

DEMANDE D'AVIS

relative à l'éligibilité des personnes publiques à l'offre transitoire prévue par l'article 25 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

Le Conseil d'Etat, saisi par le Premier ministre des questions suivantes :

1° Les dispositions du III de l'article 25 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation sont-elles applicables aux personnes publiques ?

2° Dans l'affirmative, l'acceptation de l'offre transitoire par une personne publique méconnaîtrait-elle les règles de la commande publique ?

Vu la Constitution ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 ;

Vu la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;

Vu la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, et notamment son article 25 ;

est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

L'article 25 de la loi du 17 mars 2014 complète en son I l'article L. 445-4 du code de l'énergie et met fin aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel pour les consommateurs finals non domestiques consommant plus de 30 000 kilowattheures par an, à l'exception des propriétaires uniques d'un immeuble à usage principal d'habitation consommant moins de 150 000 kWh par an ou des syndicats des copropriétaires d'un tel immeuble. Il distingue trois catégories de consommateurs non domestiques : 1° les consommateurs raccordés au réseau de transport qui ne sont actuellement plus éligibles aux tarifs réglementés, ce droit ayant expiré trois mois après la publication de la loi ; 2° les consommateurs dont le niveau de consommation est supérieur à 200 000 kWh par an et qui ne seront plus éligibles après le 31 décembre 2014 ; 3° les consommateurs dont le niveau de consommation est supérieur à 30 000 kWh par an et qui ne seront plus éligibles après le 31 décembre 2015.

Le II de cet article impose aux fournisseurs de gaz naturel d'informer à trois reprises leurs clients finals bénéficiant encore des tarifs réglementés de la résiliation de fait de leur contrat et de sa date d'échéance, la dernière information devant être donnée trois mois avant la date de suppression de ces tarifs.

Le législateur a également institué un mécanisme de sauvegarde pour les consommateurs qui n'auraient pas signé un nouveau contrat de fourniture de gaz avant l'échéance fixée par le I de cet article, ceci afin d'éviter une rupture d'alimentation en période hivernale. Le III de l'article 25 dispose : « *A défaut d'avoir conclu un nouveau contrat avec un fournisseur avant la date de suppression des tarifs réglementés de vente de gaz naturel le concernant et afin de bénéficier de la continuité de sa fourniture de gaz naturel, le consommateur final est réputé avoir accepté les conditions contractuelles du nouveau contrat qui lui ont été adressées sur un support durable par son fournisseur initial trois mois avant cette date. La durée d'exécution de ce contrat ne peut excéder six mois, à l'issue desquels la fourniture de gaz naturel n'est plus assurée. Le consommateur peut résilier ce contrat à tout moment sans qu'il y ait lieu à indemnité à la charge de l'une ou l'autre des parties. Le fournisseur a l'obligation de rappeler au consommateur final, par courrier, l'échéance de son contrat trois mois et un mois avant son terme* ».

Le dispositif transitoire ainsi institué repose d'une part sur l'envoi d'une offre transitoire à son client par le fournisseur de gaz trois mois avant la date de suppression des tarifs réglementés, le contenu de cette offre étant fixé par le ministère et le fournisseur, d'autre part sur la naissance à l'expiration de ce délai d'un nouveau contrat du fait de l'acceptation tacite par le client final de cette offre s'il n'a pas passé entretemps un contrat aux conditions du marché avec ce même fournisseur ou un autre fournisseur. Ce III comporte donc deux séries de mesures qui sont distinctes bien que liées : des obligations à la charge du fournisseur, dont l'envoi d'une offre transitoire, et une faculté offerte au client final de passer un contrat avec ce fournisseur du seul fait de son silence sur cette offre.

La demande d'avis ne porte que sur la faculté pour le consommateur final, lorsqu'il est une personne publique, de passer un marché de fourniture de gaz avec son fournisseur initial du seul fait de l'acceptation de son offre transitoire.

Sur la première question :

Les personnes publiques sont dans le champ d'application de l'article 25 de la loi du 17 mars 2014, et notamment de son III. La rédaction même de cet article n'opère aucune distinction parmi les consommateurs finals et ne contient aucune réserve relative aux personnes publiques.

Mais la question posée par le Gouvernement peut aussi s'entendre comme demandant si cette disposition doit être appliquée par les personnes publiques. La réponse à cette question dépend ainsi de celles apportées à la seconde question.

Sur la seconde question :

L'acceptation tacite de l'offre transitoire par la personne publique aboutit à la conclusion d'un marché de fournitures entre le fournisseur initial et cette personne, sans que cette dernière ait procédé à des mesures de publicité et de mise en concurrence. Pour savoir si cette passation méconnaît les règles de la commande publique, il faut distinguer le droit interne et le droit communautaire.

I. - En droit interne, les règles de passation des marchés de fournitures sont fixées par le code des marchés publics lorsque la personne publique est au nombre des personnes mentionnées aux articles 2 ou 134 de ce code. Lorsque ces personnes publiques passent un marché de fourniture de gaz en qualité de client final et non dans le cadre d'une activité de gestion de réseau, elles sont alors des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et relèvent de la première partie de ce code. Pour les personnes publiques ne relevant pas du code des marchés publics s'appliquent les règles de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 susvisée lorsqu'elles entrent dans le champ de son article 3.

Le III de l'article 25 de la loi du 17 mars 2014 a pu toutefois instituer une procédure particulière de passation des marchés « transitoires » et écarter ainsi l'application du code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 sans méconnaître la hiérarchie des normes.

La passation de ces marchés doit encore respecter les principes de la commande publique, à savoir la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Ces principes ont valeur constitutionnelle comme découlant des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Cons. Const. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, considérant 10). Ces principes peuvent être conciliés avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales (Cons. Const. n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 relative à la loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, considérant 6). La généralisation des dérogations au droit commun de la commande publique ne doit cependant pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique (Cons. Const. du 26 juin 2003 précitée, considérant 18).

Le III de l'article 25 vise un objectif d'intérêt général qui est d'éviter la rupture de la fourniture de gaz en période hivernale pour les clients qui n'auraient pas eu le temps ou pris les précautions nécessaires pour passer un contrat aux conditions du marché. Plus précisément, en ce qui concerne les personnes publiques, il s'agit d'assurer la continuité du service public qu'elles assument en leur permettant de fonctionner dans des conditions satisfaisantes tant pour leurs agents que pour leurs usagers.

Le marché passé tacitement par la personne publique n'a qu'une durée de six mois, n'est pas reconductible et peut être dénoncé à tout moment par cette personne sans indemnité à sa charge, notamment si elle a signé entretemps un marché plus avantageux avec le même fournisseur ou un autre fournisseur.

La passation d'un tel marché par les personnes dont le niveau de consommation est supérieur à 30 000 kWh par an mais inférieur à 200 000 kWh par an et qui ne pourront plus bénéficier des tarifs réglementés après le 31 décembre 2015, ne méconnaît pas, compte tenu du prix payé au fournisseur, des caractéristiques rappelées ci-dessus du marché et de l'objectif poursuivi par la loi, les exigences inhérentes à l'égalité devant la commande publique.

La nécessité d'assurer la continuité du service public qui risque d'être interrompu ou perturbé dès le 1^{er} janvier 2015, date à laquelle les personnes publiques dont le niveau de consommation est supérieur à 200 000 kWh par an ne seront plus éligibles aux tarifs réglementés, justifie le recours à la procédure fixée par le III de l'article 25, alors même que ces marchés « transitoires » peuvent être d'un montant élevé. Compte tenu de la proximité de cette échéance, de l'objectif d'intérêt général visé par la loi et des caractéristiques de ces marchés, la dérogation apportée par la loi au droit commun de la commande publique ne prive pas de garanties légales les exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus.

II. - En droit communautaire, les règles de passation applicables aux marchés publics de fourniture de gaz sont fixées par la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dès lors qu'ils sont passés par les personnes publiques en qualité de clients finals et ne sont pas en rapport avec une activité que ces personnes pourraient exercer dans un des secteurs mentionnés aux articles 3 à 7 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Ils ne relèvent donc pas de cette dernière directive (CJCE, 10 avril 2008, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH, aff. C-393/06, point 58), comme le rappelle d'ailleurs l'article 12 de la directive 2004/18/CE. Par ailleurs, les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs qui ne relèvent pas de la directive, notamment par application des seuils, doivent malgré tout respecter les règles fondamentales et les principes fondamentaux du traité pour autant que le marché concerné présente un intérêt transfrontalier certain (CJCE, 21 février 2008, Commission c/ Italie, aff. C-412/04, point 66 ; CJCE, 15 mai 2008, SECAP et Santorso, aff. C-147/06 et C-148/06, points 20, 21 et 31). Il s'agit en particulier des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi que de l'obligation de transparence qui en découle.

A - En ce qui concerne les marchés passés par les personnes publiques dont le niveau de consommation est supérieur à 30 000 kWh par an mais inférieur à 200 000 kWh par an.

Les nouveaux contrats mentionnés au III de l'article 25 de la loi du 17 mars 2014, qui sont conclus à titre onéreux, sont des marchés publics de fournitures puisqu'ils sont passés par des personnes publiques ayant la qualité de pouvoirs adjudicateurs au sens du paragraphe 9 de l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE. Ils entrent ainsi dans le champ d'application de cette directive.

En vertu de son article 7, les règles de passation des marchés qu'elle fixe s'appliquent aux marchés dont la valeur estimée hors TVA est égale ou supérieure à 134 000 € pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités gouvernementales centrales mentionnées à l'annexe IV. Cette liste comprend les services de l'Etat. Pour les autres pouvoirs adjudicateurs, dont les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le seuil est de 207 000 €. Le montant du marché doit être estimé de façon sincère et raisonnable sur la durée maximale d'exécution du marché (lorsqu'elle est inférieure à un an) compte tenu des éléments dont dispose le pouvoir adjudicateur au moment du choix de la procédure. Ainsi, pour la fourniture de gaz, le montant estimé est notamment fonction de la durée d'exécution du contrat.

Par ailleurs, aucune des exceptions prévues par la directive, et notamment pas son article 12, ne s'applique aux marchés de fourniture de gaz passés par des pouvoirs adjudicateurs.

Ainsi les marchés de fourniture de gaz dont le montant estimé est supérieur à l'un des seuils fixés par l'article 7 sont soumis pour leur passation à l'une des procédures formalisées par la directive.

L'acceptation d'une offre transitoire proposée par un seul fournisseur peut être assimilée à une procédure négociée sans publicité préalable ni mise en concurrence. Le recours à une telle procédure est possible dans les cas limitativement prévus par l'article 31. Le c) du 1 de cet article permet de recourir à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché « lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec la publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs ». Cette dérogation aux règles de publicité et de mise en concurrence doit faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à la personne publique qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement. L'application de cette disposition est ainsi subordonnée à trois conditions cumulatives. L'urgence impérieuse suppose l'existence d'événements imprévisibles, d'une urgence incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et d'un lien de causalité entre

l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte (CJCE, 18 novembre 2004 Commission c/ Allemagne, aff. C-126/03, point 23).

Compte tenu de la date de publication de la loi du 17 mars 2014 dont l'article 25 a supprimé les tarifs réglementés de vente du gaz naturel et de la date du 31 décembre 2015 fixée par cette disposition pour la disparition de ces tarifs, le délai laissé aux pouvoirs adjudicateurs pour passer un nouveau marché afin de répondre à leurs besoins après la fin de ces tarifs est compatible avec les délais exigés par les autres procédures de passation des marchés de fournitures. Le c) du 1 de l'article 31 de la directive ne justifie donc pas le recours à la procédure instituée par le III de l'article 25 de la loi.

Aucune autre des dispositions de cet article 31 ne saurait fonder le recours à cette procédure.

Le III de l'article 25 de la loi du 17 mars 2014 paraît ainsi incompatible avec la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 en ce qui concerne les marchés dont le montant excède l'un des seuils fixés par son article 7.

Les marchés de fourniture de gaz d'un montant estimé inférieur à ces seuils ne sont soumis au respect des règles fondamentales et des principes fondamentaux du traité que pour autant que le marché concerné présente un intérêt transfrontalier certain. Ainsi, les marchés d'un très faible montant, qui pour ce motif ne présentent pas d'intérêt transfrontalier, ne sont pas tenus au respect de ces principes. En droit interne, cette dispense se retrouve au II et au III de l'article 28 du code des marchés publics. Il s'agit notamment des marchés dont le montant est inférieur à 15 000 €HT. Pour ces marchés, le III de l'article 25 de la loi du 17 mars 2014 a donc pu instituer valablement une procédure de passation résultant de l'acceptation tacite de l'offre transitoire.

Pour les autres marchés, les pouvoirs adjudicateurs doivent mettre en place une procédure adaptée dont les modalités de publicité et de mise en concurrence permettent de garantir le respect de ces principes fondamentaux. Le III de l'article 25 méconnaît donc ces principes en ce qu'il institue la passation d'un marché sans aucune publicité ni mise en concurrence.

Ainsi, le III de cet article n'est pas compatible avec le droit communautaire en tant qu'il s'applique aux marchés passés par les personnes publiques dont le niveau de consommation est supérieur à 30 000 kWh par an mais inférieur à 200 000 kWh par an et résultant de leur acceptation de l'offre transitoire adressée par leur fournisseur initial, à l'exception des marchés de faible montant ne présentant pas d'intérêt transfrontalier.

Il appartient aux autorités administratives nationales, dans l'hypothèse où des dispositions législatives se révéleraient incompatibles avec des règles communautaires, de donner instruction à leurs services de n'en point faire application (CE 30 juillet 2003, Association « Avenir de la langue française » n° 245076). L'autorité administrative compétente doit donc prendre la décision de ne pas appliquer le III de l'article 25 de la loi du 17 mars 2014 en ce qu'il prévoit la passation d'un contrat de fourniture de gaz par une personne publique dont le niveau de consommation est inférieur à 200 000 kWh par an, sauf si ce marché est d'un très faible montant. Elle n'a pas, en tout état de cause, à fixer de règles supplétives pour respecter la directive car ces règles existent déjà : il s'agit, selon la nature du pouvoir adjudicateur, du code des marchés publics ou de l'ordonnance de 2005. L'autorité administrative compétente doit donc inviter ses services à respecter le code ou l'ordonnance. Il est souhaitable que les services de l'Etat apportent aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics une information suffisante sur cette exigence.

Il est également souhaitable que l'envoi de « l'offre transitoire » par le fournisseur initial soit accompagné d'une notice précisant sa portée en fonction du montant prévisible du marché devant être passé par la personne publique.

B - En ce qui concerne les marchés passés par les personnes publiques dont le niveau de consommation est supérieur à 200 000 kWh par an.

Pour se conformer aux exigences de la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et à l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt Federutility du 20 avril 2010 (aff. C-265/08), le I de l'article 25 de la loi du 17 mars 2014 a supprimé à compter du 1^{er} janvier 2015 pour les consommateurs finals dont le niveau de consommation est supérieur à 200 000 kWh par an le bénéfice des tarifs réglementés de vente de gaz naturel et mis fin aux marchés passés selon ces tarifs. Parmi ces consommateurs, se trouvent des personnes publiques qui gèrent notamment des établissements scolaires, des maisons de retraite, des bâtiments hospitaliers ou administratifs. En l'absence d'un nouveau marché passé avec un fournisseur, l'interruption de la fourniture de gaz naturel pendant la période hivernale serait gravement préjudiciable pour les usagers de ces établissements ou des services publics gérés par ces personnes et porterait atteinte aux conditions de travail de leurs agents.

Le III du même article a entendu répondre au risque créé par la fin du système des tarifs réglementés en organisant un mécanisme transitoire et optionnel de sortie de ce système afin que la fourniture de gaz des consommateurs finals ne soit pas interrompue au 1^{er} janvier 2015.

Ce mécanisme ne fait pas obstacle à ce que les personnes publiques passent un marché de fourniture entrant en vigueur à compter de cette date en suivant les procédures du code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 transposant la directive 2004/18/CE. C'est seulement au cas où la personne publique n'aurait pu conclure à temps un marché selon ces procédures que le mécanisme du III de l'article 25 s'applique.

L'acceptation de l'offre adressée par le fournisseur initial peut être expresse et porter sur la durée, inférieure à six mois, nécessaire pour passer un marché conformément à ces procédures. Par ailleurs l'acceptation expresse ou tacite de cette offre ne peut faire naître qu'un contrat d'une durée de six mois, non reconductible, résiliable par la personne publique à tout moment et sans indemnisation du fournisseur, notamment parce qu'elle aura avant l'échéance du contrat passé un marché de fourniture avec le fournisseur de son choix.

Compte tenu du motif d'intérêt général constitué par la nécessité d'assurer la continuité des services publics, des difficultés rencontrées par certaines personnes publiques pour définir dans un délai limité leurs besoins et lancer une procédure formalisée de passation d'un marché de fourniture de gaz et des caractéristiques particulières du contrat passé en exécution de ce III, la procédure de passation qu'il édicte ne méconnaît pas les principes de libre circulation des marchandises, de libre prestation de services et de liberté d'établissement. Ainsi, dans la stricte mesure où le respect des règles de passation des marchés fixées par la directive 2004/18/CE ne permet pas de conclure un marché assurant une livraison effective du gaz au 1^{er} janvier 2015, la passation du contrat prévu par le III de l'article 25 de la loi du 17 mars 2014 ne méconnaît pas les exigences du droit communautaire.

Cet avis a été délibéré et adopté par la section des travaux publics dans sa séance du 16 septembre 2014.

Signé : Ph. MARTIN, Président
J.-P. JOUGUELET, Rapporteur
S. NEVERS, Secrétaire

POUR EXTRAIT CONFORME

La Secrétaire de la section