

SECTION DES TRAVAUX PUBLICS

CONSEIL D'ETAT

N°356.089

EXTRAIT DU REGISTRE DES DELIBERATIONS
DE L'ASSEMBLEE GENERALE DU CONSEIL D'ETAT

M. VIGOUROUX, Rapporteur

Séance du 7 juillet 1994

DEMANDE D'AVIS du ministre de l'industrie sur la conformité des diversifications d'Electricité de France et de Gaz de France aux dispositions législatives et réglementaires régissant ces établissements.

AVIS

Le Conseil d'Etat, saisi par le ministre de l'industrie, des postes et des télécommunications et du commerce extérieur de la question de la compatibilité de la diversification d'EDF et de GDF avec la spécialité des établissements publics, les limitations imposées aux activités industrielles et commerciales d'EDF et GDF par l'article 46 de la loi du 8 avril 1946 et la nationalisation d'entreprises, et en particulier de la compatibilité avec les principes et règles juridiques mentionnées ci-dessus ou avec d'autres principes et règles juridiques

- de l'exercice par l'établissement public EDF ou par une de ses filiales directes ou indirectes, d'activités du secteur concurrentiel dans le domaine de l'ingénierie, du traitement des déchets, de l'éclairage public, de la télésurveillance, de la domotique, des réseaux câblés ou de la cartographie

- de l'exercice par l'établissement GDF ou par une de ses filiales directes ou indirectes, d'activité du secteur concurrentiel dans le domaine de la vente de chaleur, du génie thermique et climatique, de l'exploitation d'installations thermiques, du traitement des ordures ménagères, et de la cartographie,

Vu la loi du 8 avril 1946 modifiée sur la nationalisation de l'électricité et du gaz,

Vu le décret n°49-935 du 13 juillet 1949 relatif à l'application des dispositions de l'article 46 paragraphe 4 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, concernant les installations intérieures et les appareils ménagers,

Vu le décret n°53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique et social,

est d'avis

de répondre dans le sens des observations qui suivent:

1- en ce qui concerne la question du respect du principe de spécialité et de la loi du 8 avril 1946:

1-1 Le principe de spécialité qui s'applique à un établissement public tel qu'EDF et GDF signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au delà de cette mission. Il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités.

Si ce principe de spécialité invite, pour déterminer la nature des activités confiées à l'établissement, à se reporter à ses règles constitutives, telles qu'elles ont été définies en l'espèce par la loi, il ne s'oppose pas par lui même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques à la double condition:

* d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale, en l'occurrence de la production, du transport, de la distribution et de l'importation et exportation d'électricité et de gaz ou au moins connexe à ces activités,

* d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal.

Ces critères valent, pour la spécialité, quelque soit la méthode de diversification retenue : par l'établissement lui même, par une filiale à contrôle majoritaire de l'établissement ou par une participation minoritaire.

1-2 Aux termes de l'article 1er de la loi du 8 avril 1946 :

"...sont nationalisés:

1° la production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation d'électricité;

2° la production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation de gaz combustible".

Selon les articles 2 et 3 de ladite loi, "la gestion des entreprises nationalisées" est confiée aux établissements publics nationaux EDF et GDF.

Selon l'article 46 de la même loi dans sa version issue de la loi du 2 août 1949: " des décrets pris sur le rapport du ministre de la production industrielle et, le cas échéant, du ministre de l'intérieur, déterminent... 4° les conditions dans lesquelles les services de distribution devront cesser toutes activités industrielles et commerciales relatives à la réparation et à l'entretien des installations antérieures à la vente et la location des appareils ménagers et, d'une façon générale, toutes activités en dehors de celles définies à l'article 1er de la présente loi".

Le décret ainsi annoncé n'est pas intervenu mais la cessation de l'intervention des services de distribution aux tiers pour la réparation et l'entretien des installations intérieures et la vente et la location d'appareils ménagers a été prescrite, sous réserve d'accords amiables prévus par ce texte, par le décret n°49-935 du 13 juillet 1949 toujours en vigueur. Ni les prescriptions ci-dessus qui concernent les services de distribution dont l'objet est précis, ni le fait que la loi du 8 avril 1946 ne comporte pas pour l'établissement public l'autorisation, devenue courante dans les textes particuliers concernant les établissements publics chargés de services publics industriels et commerciaux, d'exercer toute activité liées directement ou indirectement à leur objet ne peut être interprétée comme témoignant d'une volonté du législateur d'exclure, en ce qui concerne les activités d'EDF et GDF, l'interprétation du principe de spécialité analysé au 1-1.

1-3 Les deux critères de la spécialité sus-énoncés confrontés avec la loi du 8 avril 1946, conduisent à admettre une certaine marge légale de diversification.

Il suit de là que doivent être tenus pour complément normal de l'activité confiée à ces entreprises de haute technologie, d'ailleurs chargées d'importer et d'exporter, les activités qui valorisent le savoir faire de l'entreprise et favorisent les échanges technologiques.

De même se justifient tant par les nécessités de l'évolution technique de ces entreprises que par l'intérêt national la part prise à la production d'énergie à partir des déchets et le recours à des techniques issues de leurs activités pour le traitement des déchets. Sont ainsi admissibles, à l'exclusion de la collecte et de la mise en décharge, pour EDF le traitement des déchets et pour GDF le traitement des ordures ménagères.

Si est respectée l'interdiction de s'immiscer dans les activités chez les particuliers évoqués au 1-2, le développement et la fourniture de services de génie thermique et climatique et d'exploitation d'installations thermiques par GDF traduit l'adaptation technique des entreprises à la manière dont ont évolués les besoins de leur clientèle et ses rapports avec les fournisseurs d'énergie. Ces activités sont donc compatibles avec les règles et principes sus-énoncés.

Il en est de même s'agissant de l'éclairage public : la proximité technique avec la distribution électrique, l'ancienneté des liens tissés en ce domaine entre l'établissement public et les communes et l'intérêt général d'un réseau cohérent et moderne d'éclairage public justifient la présence d'EDF dans cette activité.

Enfin ces deux entreprises nationales ne s'écartent pas illégalement de leurs missions lorsqu'elles se consacrent à l'ingénierie à condition qu'elle porte sur leur mission principale de production, transport ou de distribution d'énergie ou sur les actions complémentaires admises ci-dessus.

Ne peuvent, en revanche, trouver un fondement en tant que complément normal des missions principales et justifié par l'intérêt général, les activités qui engagent les établissements dans des rapports très différents avec leurs clients et qui requièrent des techniques n'ayant qu'un rapport lointain avec la production, le transport ou la distribution d'énergie.

Il en va ainsi, pour les deux établissements, de la cartographie sans autre rapport avec eux que la connaissance des réseaux et pour EDF de la télésurveillance, de la domotique, ou des réseaux câblés.

Car ces activités nouvelles traduiraient une transformation profonde des établissements en établissements fournisseurs "multi-services" aux collectivités locales et à l'industrie, ce que seul le législateur pourrait entériner au titre des règles constitutives des établissements.

2- En ce qui concerne le texte auquel le gouvernement devrait recourir pour encadrer ces activités s'il l'estimait nécessaire:

Il dispose de deux voies:

- Les modalités du contrôle exercé par l'Etat sur les établissements relevant de lui ressortissent par leur nature du domaine du règlement. L'Etat peut donc, par la voie réglementaire, rendre plus contraignante la tutelle qui s'exerce sur les établissements notamment par l'approbation des budgets et des comptes et l'autorisation des prises de participation dans le cadre des dispositions du décret du 9 août 1953.

Il appartient à l'Etat de mettre en oeuvre par le biais de ces décisions de tutelle, les critères qu'il entend faire valoir. Lorsque l'engagement d'activités nouvelles compatibles avec la spécialité est le fait de filiales majoritaires ou minoritaires, il appartient à l'établissement public de subordonner sa participation à des conditions permettant aux représentants de l'Etat auprès des conseils d'administration d'EDF et GDF d'être suffisamment informés de la manière dont sont menées les activités en cause.

Par ailleurs s'il est loisible à l'Etat et aux établissements publics de préciser dans les stipulations du contrat de plan (EDF) ou du contrat d'objectifs (GDF) une conception commune des critères et modalités de développement de ces activités, de telles dispositions n'ont pas la portée de normes dont les tiers peuvent invoquer l'application.

- Si l'Etat entend interdire par principe à EDF et GDF certaines des activités admises ci-dessus, il lui appartient de préciser à cette fin par la loi, les règles constitutives des établissements.

3- En ce qui concerne les règles de concurrence:

les développements qui précèdent n'ont ni pour objet ni pour effet de définir le corps de règles issues tant de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que du droit communautaire dans lequel les activités exercées par EDF et GDF dans les secteurs concurrentiels doivent en tout état de cause s'insérer. Il s'ensuit que des activités, qui en principe seraient conformes à la spécialité de l'établissement, pourraient cependant être tenues pour incompatibles avec les règles de concurrence si leur mise en oeuvre impliquait un abus de position dominante.

Il appartient aux établissements, sous le contrôle des autorités compétentes, de veiller à ce que les modalités choisies pour la diversification n'encourent pas de telles critiques.

4- En ce qui concerne la question de la nationalisation : enfin, si les établissements publics sont conduits, à prendre le contrôle d'autres entreprises, de telles acquisitions ne constituent pas des nationalisations.

Quant à l'exercice du contrôle sur ces acquisitions, il revient au Gouvernement, en application du décret du 9 août 1953, de proportionner les prises de participation de diversification d'EDF et GDF aux limites tracées ci-dessus.

Cette demande d'avis a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 7 juillet 1994.

Le Vice-Président du Conseil d'Etat
Signé : M. LONG

Le conseiller d'Etat,
Rapporteur
Signé : C. VIGOUROUX

Le Secrétaire Général
du Conseil d'Etat
Signé : B. STIRN

CERTIFIE CONFORME
LE SECRETAIRE GENERAL
DU CONSEIL D'ETAT