(516)

SECTION DES TRAVAUX PUBLICS — CONSEIL D'ETAT

N°s 357.262 et 357.263 — EXTRAIT DU REGISTRE DES DELIBERATIONS DE L'ASSEMBLEE GENERALE DU CONSEIL D'ETAT

M. FOURNIER, Rapporteur — SEANCE DU 28 SEPTEMBRE 1995

DEMANDES D'AVIS du ministre de l'industrie d'une part sur l'application des articles 38 à 41 de la loi n° 93-122 du 29.01.93 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, au secteur du gaz ;

et d'autre part relative à l'application de la loi Sapin aux chutes hydroélectriques dont la puissance est égale ou supérieure à 4500 Kw et inférieure à 8000 kva ;

A V I S

Le Conseil d'Etat, saisi par le ministre de l'industrie des problèmes liés à l'application éventuelle des dispositions des articles 38 à 41 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques aux concessions de distribution et de transport de gaz et aux concessions d'énergie hydraulique, et notamment des questions de savoir :

1) en matière de distribution du gaz, si, dans le cas où le service est confié à une société d'économie mixte, celle-ci peut bénéficier de l'exception prévue à l'article 41 b de la loi susmentionnée ;

2) en matière de transport de gaz, comment et à quel moment de la procédure d'octroi de la concession les dispositions de ladite loi doivent-elles être appliquées et si les autorisations qui peuvent être accordées accessoirement à une concession doivent-elles aussi être soumises à ces dispositions ;

3) en matière de concession d'énergie hydraulique, comment et à quel moment de la procédure d'octroi de la concession les dispositions de la loi doivent-elles être appliquées, comment cette application peut-elle se concilier avec le droit de préférence accordé en cas de renouvellement au concessionnaire actuel, et comment doivent être interprétés en cas de concession

.../..

accordée ou à accorder à l'établissement public EDF, les termes de l'article 41 b de la loi ;

VU le code des communes et notamment ses articles L.374-1 à L.374-4 ;

VU la loi du 16 octobre 1919, modifiée, relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique ;

VU la loi du 15 février 1941 relative à l'organisation de la production, du transport et de la distribution du gaz ;

VU la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, modifiée, relative à la nationalisation de l'électricité et du gaz ;

VU la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, modifiée, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

VU le décret n° 85-1108 du 15 octobre 1985, modifié, relatif au transport de gaz combustible par canalisation ;

VU le décret n° 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public ;

VU le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique.

EST D'AVIS

qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

I - Dans chacun des trois secteurs d'activité concernés par les demandes d'avis - distribution publique du gaz combustible, transport de ce gaz, exploitation de l'énergie hydraulique-, le législateur a organisé un système de concessions accordées par des personnes morales de droit public.

Dans chacun de ces secteurs également les activités concédées présentent le caractère d'un service public. Cette solution résulte :

- pour la distribution publique du gaz, des dispositions combinées des articles 8, 23 et 36 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz et des articles L.374-1 à L.374-4 du code des communes ;

- pour le transport du gaz, des dispositions de la loi du 15 février 1941 relative à l'organisation de la production, du transport et de la distribution du gaz, confirmées sur ce point

.../..

par celles de la loi du 8 avril 1946 et dont il est fait application par le décret du 15 octobre 1985, modifié, relatif au régime des transports du gaz combustible par canalisation ;

- pour l'exploitation de l'énergie hydraulique, et dans la mesure où cette exploitation a pour objet la fourniture de l'électricité produite au public ou aux services publics, de l'ensemble des dispositions de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique.

Cette loi, en effet, met à la charge du concessionnaire, en vue d'assurer le meilleur emploi de l'énergie naturelle des cours d'eau et la satisfaction des besoins de la collectivité, un certain nombre d'obligations en matière de fourniture du courant, de tarifs maxima, de réserves d'énergie à tenir à des tarifs préférentiels à la disposition des services publics et de certaines activités d'intérêt général et de travaux à réaliser dans ce but. Elle leur confère diverses prérogatives en matière d'occupation temporaire ou définitive des propriétés privées et d'éviction des droits particuliers à l'usage de l'eau. Elle permet dans certains cas une participation de l'Etat à la concession et prévoit que les ouvrages feront retour à l'Etat en fin de concession. L'ensemble de ces éléments est constitutif d'un régime juridique de service public.

Dans les trois secteurs, par conséquent, les concessions présentent le caractère de délégations de service public au sens des dispositions de l'article 38 de la loi susmentionnée du 29 janvier 1993. Il en résulte que, dans la mesure où les activités considérées ne sont pas couvertes par le monopole conféré par la loi au GDF ou à EDF, ces concessions doivent être soumises à la procédure de publicité prévue par ledit article.

Il en va ainsi :

- en ce qui concerne les distributions publiques de gaz, pour le renouvellement des concessions visées aux articles 8, alinéa 3, 2° et 23 de la loi susvisée du 8 avril 1946,

- en ce qui concerne le transport du gaz, pour l'octroi ou le renouvellement des concessions de transport de gaz naturel,

- en ce qui concerne l'exploitation de l'énergie hydraulique, pour l'octroi ou le renouvellement des concessions concernant des installations d'une puissance comprise entre 4500 kw et 8000 kva.

II - Toutefois les dispositions des articles 38 à 40 de la loi ne concernent que les cas où les délégations font l'objet de contrats. Elles ne sont pas applicables lorsque le choix du délégataire est le résultat d'une décision unilatérale, prévue par un texte, prise par l'autorité responsable de l'organisation du service.

Il en résulte que les autorisations de transport de gaz, qui sont des actes unilatéraux, ne sont pas soumises à la procédure

prévue par l'article 38.

III - Dans les secteurs du transport du gaz et de l'exploitation de l'énergie hydraulique la procédure de publicité prévue par l'article 38 et dont les modalités sont fixées par le décret du 24 mars 1993 susvisé peut prendre place, soit en amont de la présentation des demandes de concession et pour provoquer celle-ci, soit, lorsque l'administration a été saisie directement d'une demande, au plus tard avant le début de l'instruction de cette demande.

Il appartient au gouvernement d'apporter aux textes réglementaires en vigueur toutes modifications de nature à les rendre compatibles avec le respect de cette procédure.

IV - S'agissant des concessions d'énergie hydraulique, rien ne s'oppose à ce que, plusieurs demandes ayant été présentées à la suite de l'appel à la concurrence, et un nouveau cahier des charges définitif ayant été établi, le concessionnaire actuel, s'il accepte les conditions de ce cahier des charges, bénéficie du droit de préférence que lui reconnaît en pareil cas l'article 13 de la loi du 16 octobre 1919.

Il est souhaitable, lorsqu'une telle éventualité est susceptible de se présenter, que l'existence du droit de préférence soit rappelée lors de la mise en oeuvre de la procédure de publicité.

V - Le transport et la distribution du gaz et l'exploitation de l'énergie hydraulique figurent expressément au nombre des missions confiées, pour les deux premières activités au GDF et pour la troisième à EDF, par les textes législatifs et réglementaires qui régissent ces établissements publics.

En conséquence, et par le jeu des dispositions de l'article 41 b de la loi, lorsqu'une personne morale de droit public décide de leur confier dans l'un de ces secteurs une délégation de service public, celle-ci n'est pas obligatoirement soumise à la procédure de publicité prévue par l'article 38.

En revanche, si la personne morale délégante envisage de faire appel à un autre opérateur, y compris dans le cas où il s'agit du renouvellement d'une concession précédemment accordée à l'un des établissements publics, ladite procédure doit être appliquée.

.../..

VI - Il résulte des termes mêmes de la loi que le cas de la concession d'une distribution publique de gaz à une société d'économie mixte n'entre pas dans le champ de l'exception prévue par l'article 41 b de la loi au profit des établissements publics.

Ces demandes d'avis ont été délibérées et adoptées par le Conseil d'Etat dans sa séance du 28 septembre 1995.

Le Vice-Président du Conseil d'Etat
Signé : R. DENOIX DE SAINT MARC

Le conseiller d'Etat,
Rapporteur
Signé : J. FOURNIER

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

CERTIFIE CONFORME :
Le Secrétaire général
du Conseil d'Etat