

Notion d'ouvrage public et propriété

Conseil d'État, avis, 29 avr. 2010, *M. et M^{me} B.*, req. n° 323179 : à paraître au *Lebon* ; AJDA 2010. 926, obs. S. Brondel

Olivier Févrot, Maître de Conférences en droit public, Centre de recherche Léon Duguit, Université Évry Val d'Essonne

La qualification d'ouvrage public peut être déterminée par la loi. Présentent aussi le caractère d'ouvrage public notamment les biens immeubles résultant d'un aménagement, qui sont directement affectés à un service public, y compris s'ils appartiennent à une personne privée chargée de l'exécution de ce service public.

S'agissant des ouvrages de production d'électricité, il se déduit de l'article 2 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, aux termes duquel « Sont placées sous le régime de la concession les entreprises dont la puissance (...) excède 4 500 kilowatts », et de l'article 10 de cette même loi, qui prévoit que des obligations sont imposées aux exploitants de ces centrales, que cette loi a entendu donner à l'ensemble des ouvrages de production d'énergie hydroélectrique concédés, que la personne qui en est propriétaire soit publique ou privée, le caractère d'ouvrage public.

Le statut des autres ouvrages de production d'électricité n'a été déterminé ni par la loi du 10 février 2000 qui a défini le service public de l'électricité, ni par celle du 9 août 2004 qui a transformé Électricité de France en société de droit privé. Il faut donc rechercher, dans le cas où des personnes privées sont propriétaires d'ouvrages de production d'électricité, si elles sont chargées de l'exécution d'un service public et si les ouvrages en cause sont directement affectés à ce service public.

L'article 1^{er} de la loi du 10 février 2000, qui n'a pas été modifié sur ce point par la loi du 9 août 2004, dispose que : « Le service public de l'électricité a pour objet de garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire, dans le respect de l'intérêt général. / Dans le respect de la politique énergétique, il contribue à l'indépendance et à la sécurité de l'approvisionnement (...) ». L'article 2 de la même loi prévoit que : « Selon les principes et conditions énoncés à l'article 1^{er}, le service public de l'électricité assure le développement équilibré de l'approvisionnement en électricité, le développement et l'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ainsi que la fourniture d'électricité, dans les conditions définies ci-après. / I.- La mission de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité vise : / 1° A réaliser les objectifs définis par la programmation pluriannuelle des investissements de production arrêtée par le ministre chargé de l'énergie ; / 2° A garantir l'approvisionnement des zones du territoire non interconnectées au réseau métropolitain continental. / Les producteurs, et notamment Électricité de France, contribuent à la réalisation de ces objectifs. Les charges qui en découlent, notamment celles résultant des articles 8 et 10, font l'objet d'une compensation intégrale dans les conditions prévues au I de l'article 5. ».

Il résulte de ces dispositions que la sécurité de l'approvisionnement sur l'ensemble du territoire national constitue le principal objet du service public de l'électricité. Cette sécurité

d'approvisionnement exige, eu égard aux caractéristiques physiques de l'énergie électrique, qui ne peut être stockée, que soit assuré à tout moment l'équilibre entre la production et la consommation dont résultent la sécurité et la fiabilité du réseau de transport. De plus, dans les zones interconnectées du territoire métropolitain, la limite des capacités d'importation des réseaux transfrontières, qui ne représentent qu'une faible part du volume de la consommation maximale, impose que l'essentiel de la production soit réalisée sur ce territoire. Dans les zones non interconnectées, la production locale doit actuellement couvrir l'intégralité des besoins de la consommation.

A ces fins, la loi du 10 février 2000 prévoit, conformément à ce que permet la directive du 26 juin 2003, comme celle du 13 juillet 2009 qui entrera en vigueur le 3 mars 2011, que des obligations soient imposées aux ouvrages de production d'électricité dont le fonctionnement est indispensable à l'équilibre entre la production et la consommation et donc à la sécurité et à la fiabilité du réseau public de transport.

L'article 14 de la loi du 10 février 2000 prévoit ainsi que des « prescriptions techniques générales de conception et de fonctionnement pour le raccordement au réseau public de transport » s'imposent aux installations de production raccordées à ce réseau, afin d'assurer la sécurité et la sûreté du réseau et la qualité de son fonctionnement. Le III de l'article 15 impose également que « la totalité de la puissance non utilisée techniquement disponible » de chacune de ces mêmes installations soit mise à la disposition du gestionnaire du Réseau de Transport d'Électricité (RTE) pour permettre à celui-ci d'assurer l'ajustement entre la production et la consommation d'électricité. Il résulte de l'instruction, et notamment des indications données au cours de l'audience d'instruction, que ces prescriptions et contraintes s'imposent, en l'état actuel de la réglementation, aux ouvrages de production d'électricité dont la puissance est supérieure à 12 MW. Les prescriptions techniques générales de conception et de fonctionnement, qui résultent du décret du 23 avril 2008 et des arrêtés ministériels du même jour visés ci-dessus, sont plus contraignantes pour les ouvrages de production d'électricité dont la puissance est supérieure à 40 MW. En effet, ceux-ci ont l'obligation d'être équipés de mécanismes automatiques permettant de réguler leur puissance active en fonction des variations de la fréquence sur ce réseau, laquelle doit rester comprise entre 49,5 et 50,5 Hertz pour assurer la sécurité et la sûreté du réseau et, par voie de conséquence, la sécurité de l'approvisionnement. Ils doivent également pouvoir, en cas de déconnexion fortuite du réseau, s'y raccorder « sans délai » à la demande de RTE, tandis que les ouvrages de production d'électricité raccordés au réseau dont la puissance est inférieure à 40 MW ont seulement l'obligation de pouvoir le faire « rapidement ».

Il résulte de ce qui précède que la sécurité de l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national implique nécessairement que soient imposées à certains ouvrages de production d'électricité des contraintes particulières quant à leurs conditions de fonctionnement, afin d'assurer l'équilibre, la sécurité et la fiabilité de l'ensemble du système. Les ouvrages auxquels sont imposées ces contraintes en raison de la contribution déterminante qu'ils apportent à l'équilibre du système d'approvisionnement en électricité doivent être regardés comme directement affectés au service public et ils ont par suite le caractère d'ouvrage public. Leurs propriétaires, même privés, sont ainsi, dans cette mesure, chargés d'exécuter ce service public. En l'état actuel des techniques et eu égard aux caractéristiques d'ensemble du système électrique, présentent le caractère d'ouvrage public les ouvrages d'une puissance supérieure à 40 MW qui sont installés dans les zones interconnectées du territoire métropolitain.

Il ressort des pièces du dossier et des éléments recueillis lors de l'audience d'instruction que, dans les zones non interconnectées, l'ensemble des ouvrages dont la production est entièrement destinée de

façon permanente aux réseaux de transport ou de distribution sont nécessaires pour garantir la sécurité d'approvisionnement. Dès lors, de tels ouvrages doivent être regardés comme affectés au service public de la sécurité de l'approvisionnement et ont, par suite, le caractère d'ouvrage public.

Observations

La notion d'ouvrage public est traditionnellement indifférente à la question de la propriété. Il en résulte qu'une personne privée peut être propriétaire d'un ouvrage public, dès lors que cet ouvrage est un bien immobilier, qu'il est aménagé et qu'il est affecté à un service public ou à l'usage direct du public. L'avis rendu par le Conseil d'État, le 29 avril 2010, a incontestablement le mérite de rappeler, sans équivoque, ce principe à propos des ouvrages de production électrique de la société Électricité de France. En l'espèce, la Haute juridiction avait été saisie par le tribunal administratif de Marseille sur la question de savoir si les établissements de production électrique détenus par EDF avaient conservé leur caractère d'ouvrage public, à la suite de la transformation de cette entreprise en société de droit privé opérée par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004.

Sur le principe d'abord, le Conseil d'État affirme que, nonobstant la qualification retenue par la loi, « présentent aussi le caractère d'ouvrage public notamment les biens immeubles résultant d'un aménagement, qui sont directement affectés à un service public, y compris s'ils appartiennent à une personne privée chargée de l'exécution de ce service public ». Sur la question particulière des ouvrages de production électrique d'EDF ensuite, le Conseil se livre à une analyse serrée des dispositions de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, laquelle a donné une nouvelle définition du service public de l'électricité. Il en déduit que les ouvrages auxquels sont imposées des contraintes particulières pour assurer l'équilibre, la sécurité et la fiabilité du système d'approvisionnement en électricité sont affectés au service public et qu'ils doivent, dès lors, être regardés comme des ouvrages publics, et cela même lorsqu'ils sont la propriété de personnes privées. Renouant, de prime abord, avec une conception classique de la notion d'ouvrage public, l'avis du 29 avril 2010 appelle au moins deux observations.

En premier lieu, si le principe retenu par le Conseil d'État correspond à la définition généralement admise de l'ouvrage public ⁽¹⁾, son rappel n'en reste pas moins important dans la mesure où il semblait, depuis quelques années, battu en brèche, notamment à l'occasion du mouvement de privatisation qui a touché un certain nombre de grandes entreprises publiques. En effet, dans son avis du 11 juillet 2001, *Adelée* ⁽²⁾, le Conseil d'État avait considéré que la transformation de France Télécom en personne privée avait fait perdre leur caractère public aux ouvrages détenus par cette entreprise. Il était donc possible d'identifier, dans cet avis, une tendance à vouloir réduire substantiellement les hypothèses où une personne privée pouvait être propriétaire d'un ouvrage public ⁽³⁾. Pour dire les choses en résumé, parmi les ouvrages appartenant à une personne privée, seuls ceux incorporés dans un ouvrage public et faisant corps avec lui pouvaient encore conserver leur caractère public. Cette privatisation des ouvrages n'était alors susceptible de céder que sous l'effet de la volonté expresse du législateur, comme en témoignent, par exemple, les dispositions de l'article 2 de la loi n°2005-357 du 20 avril 2005 qui conservent le caractère public des ouvrages de la nouvelle personne privée Aéroport de Paris. Dans ce contexte, le statut des ouvrages d'EDF était grevé d'incertitude, et cela au moins à deux égards ⁽⁴⁾. D'une part, la loi du 9 août 2004 était restée muette sur le statut des ouvrages de production électrique d'EDF. Dans le prolongement de l'avis *Adelée*, on pouvait alors déduire de ce silence la volonté d'aligner le statut des ouvrages sur le nouveau statut de l'entreprise. D'autre part, les ouvrages d'EDF ne pouvaient être regardés comme des ouvrages publics qu'à la condition d'être affectés à un service public. Or, justement, des doutes étaient permis

relativement à la qualification de l'activité de production d'électricité, notamment après la libéralisation opérée par la loi du 10 février 2000 ⁽¹⁾(5). Le Conseil d'État devait donc définir avec précision les contours du service public de la production d'électricité avant de se prononcer sur le caractère des ouvrages d'EDF. Cela paraissait d'autant plus déterminant, qu'en 2001, le caractère privé des ouvrages de France Télécom avait été retenu notamment pour la raison que les missions de service public de cette entreprise étaient désormais réduites à la part congrue, à savoir la fourniture du service universel. Au cas présent, l'identification du service public de production d'électricité était d'autant moins aisée qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 10 février 2000, le service public de l'électricité a été défini de façon relativement vague, à grand renfort de formules générales, pour ne pas dire creuses. En l'espèce, c'est au travers des contraintes imposées aux ouvrages, tant par la loi du 10 février 2000 que par les directives du 26 juin 2003 et du 13 juillet 2009, que le Conseil d'État va découvrir le critère de l'affectation directe au service public de l'électricité. On observera au passage que, selon l'approche retenue, laquelle est centrée sur la sécurité de l'approvisionnement, les ouvrages éoliens ou photovoltaïques appartenant à des personnes privées ne peuvent pas, pour l'heure, être qualifiés d'ouvrages publics.



En second lieu, l'avis du 29 avril 2010 semble procéder à un resserrement de la notion d'ouvrage public, du moins lorsque celle-ci est confrontée à la propriété privée. Effectivement, le Conseil d'État retient ici une conception particulière du critère de l'aménagement. Traditionnellement, un ouvrage peut être regardé comme public lorsqu'il est aménagé, c'est-à-dire qu'il est le résultat d'un travail de l'homme, sans que cet aménagement soit absolument nécessaire au service auquel l'ouvrage est affecté. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Les ouvrages d'EDF sont publics parce qu'ils sont obligatoirement et spécialement aménagés pour assurer l'équilibre, la sécurité et la fiabilité du système d'approvisionnement en électricité. Pour reprendre une formule propre à la domanialité, l'aménagement de l'ouvrage est ici indispensable au fonctionnement du service, tel qu'il a été défini par la Haute assemblée. Pour dire les choses autrement, l'ouvrage est indissociable du service. Les sujétions de service se confondent avec les contraintes de l'ouvrage. La rigueur avec laquelle est apprécié, en l'espèce, le critère de l'aménagement, et incidemment celui de l'affectation, est parfaitement compréhensible lorsqu'on est en présence d'une personne privée agissant dans un secteur concurrentiel. Effectivement, la protection que confère le statut d'ouvrage public pourrait être regardée comme procurant à l'entité économique un avantage injustifié sur le marché. En arrière-plan, c'est certainement cette considération qui avait invité le Conseil d'État à dénier aux ouvrages de France Télécom le caractère d'ouvrages publics.


En définitive, l'avis du 29 avril 2010 met fin à l'incertitude suscitée par l'avis *Adelée*. En effet, la solution retenue ici par le Conseil d'État constitue certainement une position de principe et non une solution d'espèce, propre à EDF. Simplement, l'appropriation publique des ouvrages publics reste la règle, la propriété privée l'exception. Toutefois, comme le laisse entendre l'emploi de l'adverbe « notamment », le présent avis n'épuise pas toutes les questions susceptibles d'être générées par le couple ouvrage public/propriété privée. Et il est probable que, dans un avenir proche, le Conseil d'État vienne apporter de nouvelles précisions sur cette question délicate et que, sur le métier, il remette donc l'ouvrage.


Mots clés :


TRAVAUX PUBLICS * Ouvrage public * Définition * Ouvrage de production électrique

⁽¹⁾ Par ex., Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 2008, p. 465 s.

(2) CE, avis, 11 juill. 2001, *Adelée*, n° 229486  : Dr. adm. 2002, comm. 36, note C. Lavialle ; AJDA 2002. 266, note J. Dufau .

(3) À ce sujet, F. Melleray, Incertitudes sur la notion d'ouvrage public, AJDA 2005. 1376 .

(4) À ce sujet, P. Sablière, Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ?, AJDA 2005. 2324 .

(5) À ce sujet, T. confl., 16 janv. 1995, *Préfet de la Région Île-de-France* : Lebon 489  ; égal. P. Sablière, préc.