

RAPPORT SUR LE CHOIX DU MODE DE GESTION

Contexte

Territoire d'énergie Mayenne (TE53) est autorité organisatrice de la distribution publique de gaz sur toutes ses communes adhérentes.

Parmi l'ensemble qui précède, 30 communes sont alimentées en gaz combustible dans le cadre d'un service public.

Territoire d'énergie Mayenne envisage de prendre les dispositions qui fassent en sorte que le territoire des communes de Livré-la-Touche (COG : 53135) et de Méral (COG : 53151), aujourd'hui non desservi en gaz dans le cadre d'un service public, le soit en "gaz naturel".

La loi n°98-546 du 2 juillet 1998 a bouleversé le régime juridique de la desserte en gaz naturel. Il ressort de l'article 50 de cette loi et de son décret d'application, codifié au paragraphe III de l'article L2224-31 du CGCT, que les collectivités qui ne disposent pas d'un réseau public de gaz naturel peuvent faire appel, pour la distribution de gaz naturel par canalisation, à l'opérateur de leur choix, sous réserve qu'il soit agréé.

De la nature du service public de distribution de gaz et de ses conditions d'exploitation découle sa qualification en Service Public Industriel et Commercial (SPIC), ce qui implique de respecter le principe de l'équilibre financier du service.

Par ailleurs, le respect des dispositions applicables aux concessions s'impose et les autorités concédantes doivent, préalablement à la conclusion de leur contrat de délégation de service public, suivre une procédure comprenant plusieurs étapes successives et associant tous les organes de la collectivité.

Les dispositions applicables à ces contrats ont évolué avec la publication de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et du décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatifs aux contrats de concession.

Dans le cadre de cette procédure, la Commission Consultative des Services Publics Locaux (CCSPL) mise en place par Territoire d'énergie Mayenne et le Comité Technique ont été invité à exprimer leur avis (01 février pour CCSPL et demande d'avis au comité technique envoyée le 26.01.22) sur le principe d'une délégation de service public de distribution de gaz naturel sur le périmètre constitué par les communes de Livré-la-Touche et Méral. A présent, le Comité syndical, instance délibérante de Territoire d'énergie Mayenne, est appelé à se prononcer.

En effet, conformément à l'article: « *Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévus à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire* ».

Le présent rapport, élaboré par le Président de Territoire d'énergie Mayenne, a ainsi pour objet de présenter aux membres du Comité syndical :

- les enjeux du choix entre régie et délégation de service public, pour leur permettre de se prononcer sur le mode de gestion du service public de la distribution de gaz sur le territoire des communes de Livré-la-Touche et Méral ;
- les caractéristiques du futur contrat.

I – Le service aujourd’hui

Territoire d’énergie Mayenne est autorité organisatrice de la distribution publique de gaz sur l’ensemble des communes du département de la Mayenne en ce compris les communes de Livré la Touche et Méral.

A ce titre, Territoire d’énergie Mayenne a notamment la charge :

1. de la négociation et de la passation avec les entreprises délégataires de tout acte relatif à la délégation des missions de service public afférentes à l’acheminement du gaz sur le réseau public de distribution ainsi qu’à la fourniture de gaz ou exploitation en régie de tout ou partie de ces services ;
2. de la représentation et la défense des intérêts des usagers en relation avec les exploitants ;
3. du contrôle du bon accomplissement des missions de service public par le délégataire ;
4. de la représentation des collectivités membres dans tous les cas où les lois et les règlements en vigueur prévoient que celles-ci doivent être représentées ou consultées.

II - Les différents modes de gestion du service de la distribution de gaz

La gestion des services publics peut prendre deux voies : la gestion publique ou privée.

Le service public de gaz naturel étant celui envisagé par Territoire d’énergie Mayenne, il convient de considérer que la distribution de ce gaz bénéficie d’un traitement particulier ; le Code général des collectivités territoriales encadre le choix du mode de gestion que doit opérer la collectivité.

L’article L2224-31 III du Code précise ainsi : « *Les communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes qui ne disposent pas d’un réseau public de distribution de gaz naturel ou dont les travaux de desserte ne sont pas en cours de réalisation peuvent concéder la distribution publique de gaz à toute entreprise agréée à cet effet par le ministre chargé de l’énergie, dans les conditions précisées à l’article 25-1 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 précitée. Ces communes et ces établissements peuvent créer une régie agréée par le ministre chargé de l’énergie, avoir recours à un établissement de ce type existant ou participer à une société d’économie mixte existante.* »

1- La gestion publique ou régie

Le code général des collectivités territoriales (articles L2221-1 à L2221-14 CGCT) offre aux collectivités le choix entre deux formules de régie : la régie avec simple autonomie financière et la régie avec autonomie financière et personnalité morale.

La régie avec simple autonomie financière est administrée par un conseil et un directeur nommé par l’assemblée délibérante de la collectivité. Elle dispose d’un budget propre. La régie avec autonomie financière et dotée de la personnalité morale possède une personnalité juridique propre et un patrimoine distinct de la collectivité à laquelle elle est rattachée.

Quel que soit son statut juridique, le personnel employé par la régie et affecté au service relève en principe du droit privé, exception faite du directeur et du comptable public. Pour le reste elle est soumise à un régime de droit public prédominant : Code des marchés publics, comptabilité publique.

Le prix du service en régie est généralement moins élevé qu’en gestion déléguée, ce qui peut s’expliquer en partie par une différence de structure des charges d’exploitation (frais de siège moins élevés, couverture du risque non valorisé financièrement, la régie ne poursuivant pas un but lucratif).

Cependant, la gestion du service par le syndicat nécessiterait, outre l’acquisition de moyens techniques (matériels, etc.) l’embauche de personnel d’exploitation.

La gestion directe suppose par ailleurs la connaissance d'un métier, l'exploitation d'un service, que le Territoire d'énergie Mayenne n'a encore jamais assuré.

En outre, la régie implique également des responsabilités directes dans le fonctionnement du service ainsi qu'un investissement plus important des élus dans la gestion au quotidien du service.

Au regard de l'ensemble des inconvénients qu'elle présente, notamment en termes de risque technique lié à l'exploitation du service et du coût important des moyens à développer par le Syndicat pour l'exploitation directe du service, une gestion en régie n'est pas préconisée.

2- La gestion déléguée

La gestion déléguée du service se fait à travers plusieurs catégories de contrats et notamment :

- la gérance ;
- la concession avec investissements de premier établissement à la charge du concessionnaire ;
- la concession avec investissements de premier établissement à la charge de l'autorité concédante (désignée classiquement par le terme d'affermage) ;
- la concession avec financement des investissements de premier établissement et versement de la rémunération par l'autorité concédante (désignée classiquement par l'appellation de régie intéressée).

Ces quatre types de contrats peuvent être divisés en deux familles :

- la famille des contrats dans lesquels la collectivité conserve les risques financiers de l'exploitation et la maîtrise des tarifs qui regroupe la régie intéressée et la gérance,
- la famille des contrats « aux risques et périls » de l'exploitant qui regroupe les catégories de concession susvisées.

L'article L.1411-1 du CGCT modifié par l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 puis par l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018, d'une part, et d'autre part, les articles L1121-1 et L1121-3 du code de la commande publique, apportent une définition légale de la délégation de service public, définition qui comporte des conséquences juridiques sur la qualification des contrats susvisés, ainsi :

« Les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics peuvent confier la gestion d'un service public dont elles ont la responsabilité à un ou plusieurs opérateurs économiques par une convention de délégation de service public définie à l'article L. 1121-3 du code de la commande publique préparée, passée et exécutée conformément à la troisième partie de ce code. »

« (...) La délégation de service public mentionnée à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales est une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales. » (L1121-3 du code de la commande publique).

Etant par ailleurs précisé par l'article L1121-1 du code de la commande publique que : *« Un contrat de concession est un contrat par lequel (...) est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.*

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. »

2-1 Gérance

Le contrat de gérance a pour objet de confier à un tiers extérieur aux services de la collectivité, la responsabilité de gérer le service public en son lieu et place mais présente une particularité dans la mesure où l'exploitant est rémunéré forfaitairement par la collectivité directement au vu du compte d'exploitation prévisionnel du service établi sur la durée du contrat.

Or, dès lors que la rémunération est versée par la collectivité indépendamment des résultats d'exploitation, le contrat de gérance ne rentre pas dans la logique d'une concession.

La collectivité décide seule des tarifs, conserve les bénéfices et le cas échéant rembourse les déficits au gérant qui perçoit une rémunération forfaitaire. Dans une telle configuration, le cocontractant de la collectivité n'est donc pas soumis à une réelle exposition aux aléas du marché et il n'assume pas le risque d'exploitation.

Dans ces conditions, le Conseil d'Etat a ainsi considéré qu'un contrat de gérance ne constitue donc pas une délégation de service public mais un marché public (*Conseil d'Etat, 7 avril 1999, Commune de Guilhaumand Granges, n°156008*).

Or l'article L.2224-31 III renvoie à un service qui doit être « *concedé* », ce qui ne semble pas inclure une gestion dans le cadre d'un marché public.

Par ailleurs, il est généralement préférable pour une collectivité de transférer à un tiers les risques et périls de l'exploitation, notamment dans le domaine de la distribution de gaz, où la mise en œuvre et l'exploitation sont régies conjointement par les règles de sécurité qui s'imposent à tout opérateur.

Pour ces différentes raisons, un montage sous forme de gérance n'est pas adapté.

2-2 Concession

2-2-1 Concession avec financement des investissements liés à l'établissement du service et versement de la rémunération par la personne publique (régie intéressée)

Comme le contrat de gérance, le contrat de régie intéressée a pour objet de confier à un tiers extérieur aux services de la collectivité la responsabilité de gérer le service public en son lieu et place.

Cependant, dans un contrat de régie intéressée, le fonctionnement du service est essentiellement défini par la collectivité. Le régisseur est rémunéré selon une formule complexe comportant un minimum garanti par le contrat auquel s'ajoutent, le cas échéant, des primes de gestion en fonction des résultats de l'exploitation.

Selon la part respective des primes par rapport à la rémunération forfaitaire, le contrat est qualifié de délégation de service public ou non (*Conseil d'Etat, 30 juin 1999, SMITOM*).

Un tel montage implique un suivi approfondi et complexe du service.

A ce titre, il n'est pas préconisé.

2-2-2- Concession

Conformément à l'article L1121-3 du code de la commande publique, les contrats de concession peuvent déléguer un service public.

Le concessionnaire est chargé d'exploiter le service concédé en se rémunérant auprès des usagers.

Il peut être chargé de construire les ouvrages ou d'acquérir les biens nécessaires au service concédé.

On distingue donc plusieurs hypothèses :

- l'hypothèse dans laquelle la collectivité concédante confie, outre l'exploitation du service public concédé, la construction des ouvrages de premier établissement et la charge des investissements ultérieurs de développement et de renouvellement des ouvrages.
Il s'agit alors généralement d'un contrat de longue durée (en raison de la durée d'amortissement du réseau) ;
- l'hypothèse dans laquelle le concessionnaire n'est pas maître d'ouvrage des travaux de premier établissement et développement des réseaux. Les ouvrages sont remis par la collectivité au début de l'exploitation. C'est pourquoi la durée des contrats d'affermage est moins longue que celle des contrats de concession. Il est également possible de "mixer" ces deux options. Un contrat de concession peut, par exemple, charger le concessionnaire, de réaliser sous sa responsabilité et à ses frais un programme de travaux bien défini. La durée du contrat doit alors être déterminée en fonction de l'amortissement de cet investissement par le concessionnaire.

Au cas présent, dans la mesure où le réseau n'existe pas, le contrat de concession peut se justifier.

Par ailleurs, le financement des premiers investissements pèserait lourdement sur le budget de Territoire d'énergie Mayenne.

Le haut degré de technicité du métier, les responsabilités juridiques engagées et l'évolution de la réglementation incitent à retenir le principe d'une gestion du service en délégation.

Ainsi, la gestion par concession avec mise à la charge du concessionnaire de l'ensemble des investissements semble la plus satisfaisante.

III - Objectifs de Territoire d'énergie Mayenne pour la gestion du service

La gestion des services de distribution de gaz s'inscrit dans un cadre juridique et réglementaire particulièrement exigeant en matière de qualité du service (règles et indicateurs de performances techniques destinés à répondre aux objectifs de sécurité et de qualité du gaz livré).

L'utilisateur du service, qui est aussi un consommateur, est en droit d'exiger un service public de qualité au coût le plus juste. Cette qualité prend plusieurs formes : la continuité de la fourniture de gaz, un service disponible en cas d'urgence, la conformité du gaz aux normes en vigueur, une qualité d'information, d'écoute et d'accueil, une facture claire, etc.

Pour Territoire d'énergie Mayenne, la qualité dans le long terme (c'est-à-dire au-delà de la durée d'un contrat) implique des responsabilités en matière d'investissement, de renouvellement et d'entretien des installations du service : préservation du patrimoine, remplacement des canalisations vétustes, etc.

Le choix du mode de gestion du service doit contribuer à atteindre ces objectifs.

IV - Caractéristiques du service public de distribution de gaz naturel

Communes concernées	Population
Commune de Livré-la-Touche (53135)	740 habitants (population RP 2018).
Commune de Méral (53151)	1 119 habitants (population totale ; RP 2018).

Le périmètre concédé couvre l'intégralité des territoires communaux de Livré-la-Touche et Méral ; les travaux de premier établissement devront concerner, à minima la desserte de Livré la Touche_.

Les caractéristiques des prestations que devrait assurer l'entreprise concessionnaire seraient principalement les suivantes :

- la construction puis exploitation du réseau,
- les relations du service avec les usagers,
- la facturation et le recouvrement de l'ensemble des redevances, droits et taxes,
- la fourniture aux usagers d'un gaz de qualité conforme à la réglementation en vigueur,
- la tenue à jour des plans et des inventaires technique et comptable des immobilisations,
- le fonctionnement et la surveillance, la prise de toute disposition utile afin d'assurer la sécurité des personnes et des biens,
- l'entretien préventif et curatif de l'ensemble de l'infrastructure, la maintenance,
- le renouvellement des réseaux et ouvrages (équipements électriques, mécaniques, hydrauliques, compteurs, branchements, etc.),
- l'extension éventuelle des réseaux,
- le raccordement pour tous les usagers pour lesquels le seuil de rentabilité de l'investissement de desserte, tel que prévu dans la convention, sera atteint,
- la conception et la mise en œuvre des actions d'information de la clientèle et de promotion du service,
- la fourniture d'un compte-rendu annuel d'activité détaillé à l'autorité concédante,
- la fourniture à Territoire d'énergie Mayenne de conseils, avis et mises en garde sur toutes les questions intéressant la bonne marche de l'exploitation et sa qualité globale.

Le contrat devra définir précisément les informations que le délégataire tiendrait à la disposition du Territoire d'énergie Mayenne, les modalités de leur transmission et les moyens de contrôle effectifs dont il pourrait faire usage pour vérifier la bonne exécution des contrats et la qualité du service.

Le gaz distribué sera du « gaz naturel ».

Conformément aux dispositions des articles L.432-7 et R.432-8 du Code de l'énergie, la collectivité pourra contribuer au financement de l'opération de desserte. Son éventuelle participation sera appréhendée, déduction faite des participations de tiers en numéraire ou en nature, sur la base de l'ensemble des éléments que devra produire le candidat pour justifier une compensation des charges de service public qui ne pourraient être couvertes par le tarif.

La délégation de service public sera accordée pour une durée de 30 ans à compter de la date où elle sera rendue exécutoire.

CONCLUSION

Compte tenu des attentes de Territoire d'énergie Mayenne en matière de gestion du service, la solution de la concession avec financement de l'ensemble des investissements par le concessionnaire serait la plus favorable car elle permettrait d'externaliser des frais de premier investissement très coûteux (construction du réseau) et ferait peser sur le concessionnaire le risque technique de la réalisation.

Cela étant précisé, le contrat devra donner au Syndicat les moyens de contrôler le montant et le rythme des investissements.

La durée du contrat serait de 30 ans.

Dans le cadre de la procédure de délégation de service public instituée par les articles L1411-1 et suivants du CGCT, le Comité syndical est donc appelé à se prononcer le 01 février 2022 sur le principe d'une gestion déléguée du service de distribution de gaz naturel, avec mise à la charge du concessionnaire de l'ensemble des investissements d'établissement et de développement du service sur le territoire des communes de de Livré-la-Touche et Méral, avec recours, le cas échéant, à une participation financière, conformément aux dispositions de l'article L.432-7 et R.432-8 et suivants du code de l'énergie relatif au développement de la desserte gazière et aux extensions des réseaux publics de distribution de gaz naturel.

Fait à CHANGE le 25 Janvier 2022