

<http://www.moniteurjuris-contratspublics.fr/document/20-22549216>

Contrats publics

REVUE - n°136 - (VIE DES CONTRATS) - (contentieux)

octobre 2013

Un nouveau critère du contrat administratif : le contrat accessoire d'un contrat de droit public

Gilles Le Chatelier Avocat Associé Cabinet Adamas, Professeur Associé à L'ens De Lyon

Le Tribunal des conflits a dû déterminer quelle est la nature juridique des contrats de raccordement au réseau électrique. Peut-on considérer que ces contrats de raccordement, intimement liés aux contrats d'achat d'électricité et qualifiés de contrats administratifs, sont de même nature ?

Par sa décision du 8 juillet 2013, le Tribunal des conflits juge de manière tranchée que les contrats de raccordement au réseau électrique ne sont pas des contrats administratifs. Cette décision est importante par ses conséquences pratiques, s'agissant de la détermination des juridictions compétentes pour trancher les nombreux litiges que suscitent ces contrats, du fait en particulier de la baisse des tarifs de rachat d'électricité à laquelle le Gouvernement a procédé, après la mise en œuvre du moratoire par le décret du 9 décembre 2010.

Elle s'inscrit ainsi dans une jurisprudence qui, depuis quelques années, a été amenée à se prononcer sur la nature juridique des différents contrats intervenant dans ce domaine. Mais, au-delà de cette dimension sectorielle, cette décision revêt une importance certaine, en reconnaissant clairement l'existence d'une nouvelle catégorie de contrats administratifs : les contrats accessoires de contrats de droit public.

La situation particulière des contrats de raccordement au réseau électrique

La question de la nature juridique des contrats de raccordement ne peut être abordée sans prendre en compte les solutions apportées précédemment, s'agissant de la qualification des contrats d'achat d'électricité. Ces solutions ont été largement prises en compte par le Tribunal des conflits pour juger de la nature juridique des contrats de raccordement.

La nature juridique des contrats d'achat d'électricité

L'article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 a maintenu, à la charge d'EDF, l'obligation d'achat par contrat de la production des installations d'énergie renouvelable. Ces contrats étaient antérieurement considérés par la jurisprudence comme administratifs, dès lors que leur conclusion obéissait à un « régime exorbitant du droit commun » [1] . Il s'agit là d'un élargissement de la jurisprudence bien connue selon laquelle est administratif le contrat qui contient une clause exorbitante du droit commun [2] .

La transformation d'EDF en société anonyme, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004, change bien évidemment la donne, dès lors que les contrats d'achat d'électricité sont désormais conclus entre deux personnes privées. Le Conseil d'État en a tiré comme conséquence qu'il s'agissait de contrats de droit privé [3] .

Le Tribunal des conflits devait confirmer cette solution dans sa décision du 13 décembre 2010, Société Green Yellow et autres c/ EDF [4] . La solution principale que confirme le Tribunal des conflits, en reprenant l'appréciation portée quelques mois auparavant par le Conseil d'État, est bien celle selon laquelle EDF, en concluant les contrats d'achat d'électricité, n'agit pas pour le compte de l'État.

Ce faisant, il refuse d'assimiler cette situation aux quelques hypothèses dans lesquelles la jurisprudence admet qu'un contrat conclu entre deux personnes privées puisse être administratif : soit que son objet soit par nature administratif [5] , soit que la personne privée dispose d'un mandat, même tacite, de représentation de la part d'une personne publique [6] .

À suivre les conclusions de son Commissaire du gouvernement, il semble que le Tribunal des conflits, pour écarter la seconde hypothèse admise par la jurisprudence, ait considéré que le contrat d'achat d'électricité n'était pas conclu pour le compte de l'État, mais pour le propre compte d'EDF qui, ce faisant, poursuit ainsi son objet social.

La juridiction a ici écarté l'argument - qui ne manquait tout de même pas de poids - selon lequel ce contrat continuait de conserver une nature particulière malgré la « privatisation » d'EDF, compte tenu, d'une part, de son caractère obligatoire, d'autre part, de la finalité d'intérêt général de cette obligation, s'agissant de l'électricité produite grâce à des installations d'énergie renouvelable [7] .

Toutefois, le Tribunal des conflits devait écarter un tel raisonnement, confirmant par la même sa jurisprudence constante selon laquelle un contrat conclu entre deux personnes privées ne peut être qualifié d'administratif, même s'il contient des clauses exorbitantes du droit commun [8] ou s'il est conclu pour la mise en œuvre d'une mission de service public [9] .

Comme on le sait néanmoins, l'article 88 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 a tranché définitivement et d'une autre manière le débat, en faisant des contrats d'achat d'électricité des contrats administratifs par détermination du législateur.

La confirmation de la jurisprudence traditionnelle s'agissant de la nature juridique des contrats de raccordement

L'octroi du bénéfice d'un contrat d'achat d'électricité repose sur une procédure préalable qui peut être particulièrement longue. Le décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 a défini les règles permettant de bénéficier de l'obligation d'achat susmentionnée. L'article 5 de ce décret prévoit en particulier que la prise d'effet du contrat d'achat est subordonnée au raccordement de l'installation au réseau.

Le raccordement est lui-même soumis à la conclusion de deux conventions avec le gestionnaire du réseau public de transport et/ou de distribution d'électricité : une convention de raccordement qui « définit le point de livraison, mentionne les caractéristiques et les performances déclarées de l'installation... et contient un descriptif de la solution technique retenue pour le raccordement » et une convention d'exploitation. Dès lors, la conclusion du contrat d'achat d'électricité est subordonnée à la conclusion préalable du contrat de raccordement.

Ces contrats ont donné lieu à un abondant contentieux - loin d'ailleurs semble-t-il de se tarir - du

fait de l'intervention du décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 instituant un moratoire sur la mise en œuvre de l'obligation d'achat pour l'électricité photovoltaïque. Devant le succès, coûteux pour la puissance publique, du développement de cette forme d'énergie, du fait en particulier d'un tarif de rachat particulièrement avantageux pour les producteurs, les pouvoirs publics ont mis en œuvre ainsi un processus devant conduire à la diminution progressive de ces tarifs de rachat. Le décret du 9 décembre 2010 prévoyait cependant que le moratoire ne s'appliquait pas aux installations de production dont le producteur avait notifié au gestionnaire de réseau, avant le 2 décembre 2010, son acceptation de la proposition technique et financière de raccordement au réseau. Un contentieux abondant allait résulter de l'interprétation à donner à ces dispositions, dès lors que le retard mis par le gestionnaire du réseau de distribution à accepter la proposition pouvait avoir pour effet de priver le producteur du bénéfice du tarif de rachat applicable avant l'entrée en vigueur du moratoire.

Se posait alors la question de savoir devant quelle juridiction le producteur devait introduire l'action devant lui permettre de voir reconnaître ses droits à bénéficier du tarif de rachat applicable avant le moratoire. Nécessairement, l'appréciation de cette question dépend de la nature juridique à donner au contrat de raccordement lui-même.

Telle était bien la portée de la question soumise au Tribunal des conflits dans l'affaire qui devait donner lieu à sa décision du 8 juillet 2013.

La société d'exploitation des énergies photovoltaïques (SEEP) avait ainsi introduit, devant le tribunal de commerce de Nîmes, une action tendant à constater que la décision prise par ERDF le 18 mars 2011 par laquelle elle avait annulé sa proposition technique et financière du 22 novembre 2010 relative au raccordement d'une installation de production photovoltaïque était irrégulière et à ce que le juge enjoigne à ERDF de racheter l'électricité produite aux conditions tarifaires prévues par l'arrêté du 10 juillet 2006. Était donc ici nécessairement posée, s'agissant d'une question d'ordre public, l'interrogation relative à la juridiction compétente pour examiner la régularité d'une décision d'ERDF refusant de conclure un contrat de raccordement.

Le tribunal de commerce s'était déclaré incompétent pour examiner cette demande, par un jugement du 12 avril 2011. La SEEP a alors saisi le TA de Paris qui, s'estimant également incompétent, a transmis au Tribunal des conflits, le 15 janvier 2013, le soin de trancher ce conflit négatif.

Logiquement, compte tenu de ce qui a été rappelé précédemment s'agissant de la nature juridique des contrats d'achat d'électricité, le Tribunal des conflits devait confirmer qu'à l'aune des critères traditionnels, le contrat de raccordement n'est pas un contrat administratif.

En effet, le contrat de raccordement est conclu entre deux personnes privées, depuis qu'ERDF est une société de droit privé. Et, de la même manière que pour les contrats d'achat d'électricité, le contrat de raccordement n'est pas conclu par ERDF pour le compte de l'État. Comme l'indique le Tribunal : « cette dernière [ERDF] n'exerce aucune mission pour le compte d'une personne publique ».

En revanche, se posait la question de savoir si le contrat de raccordement pouvait être qualifié d'administratif, pour constituer un contrat accessoire du contrat d'achat d'électricité, devenu lui-même administratif du fait de l'intervention des dispositions de l'article 88 de la loi 12 juillet 2010.

Un nouveau critère du contrat administratif : le contrat accessoire à un contrat de droit public

L'intérêt de la décision rendue par le Tribunal des conflits porte, au-delà du seul secteur de l'énergie électrique, sur l'ensemble des critères du contrat administratif. Si la notion de convention accessoire à un contrat de droit public n'est pas nouvelle dans la jurisprudence, sa reconnaissance par la décision du Tribunal des conflits n'en est pas moins à saluer, même si c'est pour dénier une telle qualité aux conventions de raccordement au réseau.

La notion de contrat accessoire à une convention de droit public

« Un contrat peut être qualifié d'administratif par la reconnaissance d'un lien accessoire à principal. On considère alors qu'il est administratif en raison de son contexte et non de son contenu » [\[10\]](#) .

Ainsi, la jurisprudence a admis qu'un contrat pouvait être administratif, même dans l'hypothèse où les critères traditionnels ne trouvaient pas à s'appliquer - absence de clauses exorbitantes de droit commun et de participation à l'exécution même du service public - dès lors qu'il constituait l'accessoire d'une convention de droit public.

Le juge met en œuvre ce mode de raisonnement lorsqu'il considère qu'il existe un lien de dépendance fort entre le contrat principal qui relève du droit public, et la convention qui en constitue l'accessoire indispensable. Néanmoins, jusqu'à présent, ce raisonnement était implicite et n'avait pas fait l'objet d'une reconnaissance officielle et explicite de la part de la jurisprudence. Ainsi, le juge a admis que le contrat accordant une garantie de cautionnement pour l'exécution d'un contrat administratif, comme par exemple un marché public, obéit à un régime de droit public [\[11\]](#) .

Dans le même esprit est administratif la convention de transaction mettant fin à un litige portant sur l'exécution d'un contrat administratif [\[12\]](#) .

Enfin, le Tribunal des conflits avait accepté de faire jouer cette théorie, s'agissant de contrats annexes à des marchés publics portant sur l'acquisition et la maintenance d'un système téléphonique [\[13\]](#) .

Mais, la jurisprudence est stricte et n'admet que rarement cette qualification de contrat administratif par « contamination ». Ainsi, parce que la garantie à première demande constitue une garantie autonome par rapport à l'obligation principale, elle n'est pas qualifiée de contrat administratif, même si elle porte sur un tel contrat [\[14\]](#) .

De même, la convention tripartite accessoire d'un crédit-bail est soumise au droit privé, car elle n'est pas dépendante d'un contrat administratif [\[15\]](#) .

Le refus du Tribunal des conflits de considérer que la convention de raccordement est un accessoire du contrat d'achat

L'enjeu principal du litige soumis en l'espèce au Tribunal des conflits portait bien évidemment sur l'application aux contrats de raccordement de ce critère de l'accessoire d'un contrat administratif, en l'espèce le contrat d'achat d'électricité qui l'est par détermination de la loi.

La cour d'appel de Pau avait suivi ce raisonnement dans son arrêt du 16 janvier 2012 ERDF [\[16\]](#) . Dans cet arrêt, la Cour avait estimé que les contrats de raccordement constituaient « un préalable nécessaire et indispensable » à la conclusion des contrats d'achat, « formant un tout indivisible concourant au service public de la distribution d'électricité ».

Si le Tribunal des conflits n'a pas entendu suivre ce raisonnement, il a en revanche procédé à une reconnaissance claire et expresse de la théorie de l'accessoire. Il juge en effet que : « les

contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé, hormis le cas où l'une des parties agit pour le compte d'une personne publique ou celui dans lequel ils constituent l'accessoire d'un contrat de droit public ».

S'agissant en revanche de la situation particulière des contrats de raccordement, le Tribunal considère que « si le raccordement constitue un préalable technique à la délivrance de l'électricité à EDF et si l'article 5 du décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 dispose que « la prise d'effet du contrat d'achat est subordonnée au raccordement de l'installation au réseau », il ne résulte pas que le contrat de raccordement soit l'accessoire du contrat d'achat de sorte que la qualification de contrat administratif conférée à ce dernier par l'article L. 314-7 du code de l'énergie tel qu'il résulte de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 ne s'étend pas au premier ».

Le juge semble ici faire la distinction entre la notion de « préalable technique » à une opération couverte par un contrat administratif de celle du véritable accessoire à un tel contrat. Si le juge admet bien l'existence d'un lien technique entre les deux conventions, il ne considère pas que la première soit « l'accessoire », on ajouterait volontiers ici « indispensable », de la seconde.

Cette position prise par le Tribunal des conflits conforte une jurisprudence dont on a vu précédemment qu'elle était plutôt restrictive sur la qualification de « contrat accessoire d'un contrat de droit public ». Il y a certainement là aussi l'expression d'une politique jurisprudentielle visant à ne pas étendre de manière trop forte le champ des contrats administratifs, par une forme de contagion, comme cela a pu être le cas, par exemple, dans le passé de la notion de domaine public. On fera cependant remarquer que le Tribunal des conflits n'avait pas hésité à être plus audacieux dans une hypothèse où, comme en l'espèce, il était confronté à des contrats dont la nature juridique était susceptible de changer, du fait de la privatisation de l'opérateur public cocontractant [17] .

Cette position suscite cependant quelques regrets. En effet, la justification implicite de la théorie de l'accessoire d'un contrat administratif réside dans l'idée de constituer un bloc de compétence juridictionnelle pour permettre au même juge de trancher une série de litiges portant sur des sujets connexes. Or, à cet égard, compte tenu de l'importance des enjeux entourant les questions de raccordement au réseau de distribution électrique et des litiges que l'application des règles en cause suscite, il aurait certainement été souhaitable que le même juge tranche les litiges portant sur le raccordement et sur la conclusion des contrats d'achat.

La position prise par le Tribunal des conflits risque à cet égard d'ajouter à la complexité des règles à appliquer celle découlant nécessairement de l'intervention concurrente des deux ordres de juridiction sur des sujets connexes. Il est dommage que par la même décision qui officialise le critère de la convention accessoire au contrat administratif, le Tribunal des conflits retienne une solution restrictive au cas d'espèce qui lui était soumis.

Références

TC 8 juillet 2013, Société d'exploitation des énergies photovoltaïques, n° C3906

Mots clés

Achat d'électricité • Contrat de raccordement • Personnes privées • Théorie de l'accessoire

.....
.....

[1] CE Sect. 19 janvier 1973, Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant, req. n° 82338 Rec. p. 48. [2] CE 31 juillet 1912, Sté des granits porphyroïdes des Vosges, Rec. p. 909. [3] CE 1er juillet 2010, Sté Bioenerg, req. n° 333275 [4] AJDA 2011, p. 439, concl. M. Guyomar et la note de L. Richer. [5] TC 8 juillet 1963, Sté Entreprise Peyrot, Rec. p. 787, pour les contrats routiers et autoroutiers, y compris quand leur lien avec ces travaux est assez ténu : Voir Cass.1re civ. 17 février 2010, pourvoi n° 08-11.896 DA n° 5 mai 2010 comm 76 par F. Brenet. [6] TC 7 juillet 1975, Commune d'Agde, n° 2013, Rec. p. 798 ; TC 10 mai 1993 Sté Wanner Isofi isolation et Sté Nersa, n° 2840[7] Voir pour une défense fort pertinente de cette thèse : V. Loy, « Nature du contrat conclu entre EDF et un producteur d'électricité d'origine photovoltaïque », RJEP juillet 2011, comm 34. [8] TC 10 janvier 1983, Centre d'action pharmaceutique c/ Union des pharmaciens de la région parisienne, n° 02227, Rec. p. 535. [9] CE Sect. 13 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Merlin, Rec. p. 623. [10] G. Mollion, La théorie de l'accessoire dans les contrats publics, Contrats et marchés publics, n° 8, août 2009, étude 10. [11] CE Sect. 13 octobre 1972, SA Le Crédit du Nord, req. n° 79499, Rec. p. 630 ; CE 22 mars 1974, Banque Alexandre de St Phalle, req. n° 81721, Rec. p. 211. [12] CE 23 octobre 1970, Clot et Sté Oréface, Société Hebert c/ Dame Tourmente, req. n° 73763, Rec. p. 617 ; CE Ass. 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses, req. n° 249153, Rec. p. 433, concl. G. Le Chatelier, RFDA 2003, p. 291. [13] TC 19 mars 2007, France Telecom, n° C3564 [14] CE 3 novembre 2004, Sté Technibat aluminium service, req. n° 263934 [15] CAA Versailles 14 septembre 2006, Sté Unifergie c/ Commune de Draveil, req. n° 04VE03502, Contrats et marchés publics 2006, comm. 282, note J.P. Pietri. [16] « Nature juridique et régime contentieux du contrat de raccordement électrique », note de L. Rapp, AJDA 2012, p. 764. [17] TC 19 mars 2007 France Télécom, précité.

SOURCES OFFICIELLES

Article 10 - Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

Loi | 22/02/2000

Tribunal des Conflits, , 08/07/2013, C3906, Publié au recueil Lebon

Arrêt, Tribunal des conflits | 08/07/2013

Décret n°2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Electricité de France.

Décret | 26/03/2012

LOI n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (1)

Loi | 24/03/2012

Article L314-7

Code de l'énergie | 01/06/2011

Article 88 - LOI n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (1)

Loi | 01/06/2011

Décret n°2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat

Décret | 06/03/2011

Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil

Décret | 11/12/2010

Conseil d'État, 9ème et 10ème sous-sections réunies, 01/07/2010, 333275

Arrêt, Conseil d'Etat | 01/07/2010

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 17 février 2010, 08-11.896, Publié au bulletin

Arrêt, Cour de Cassation | 17/02/2010

Article 5 - Décret n°2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat

Décret | 07/03/2009

Tribunal des Conflits, , 19/03/2007, C3564, Inédit au recueil Lebon

Arrêt, Tribunal des conflits | 19/03/2007

Cour administrative d'appel de Versailles, 3ème Chambre, du 14 septembre 2006, 04VE03502, mentionné aux tables du recueil Lebon

Arrêt, Versailles | 14/09/2006

Conseil d'Etat, 7ème sous-section jugeant seule, du 3 novembre 2004, 263934, inédit au recueil Lebon

Arrêt, Conseil d'Etat | 03/11/2004

Tribunal des conflits, du 10 janvier 1983, 02227, publié au recueil Lebon

Arrêt, Tribunal des conflits | 10/01/1983

Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, du 22 mars 1974, 81721, publié au recueil Lebon

Arrêt, Conseil d'Etat | 22/03/1974

Conseil d'Etat, Section, du 19 janvier 1973, 82338, publié au recueil Lebon

Arrêt, Conseil d'Etat | 19/01/1973

SUR LE MÊME SUJET

PDF de l'article

08/10/2013