

TC

**Aff 3906**

**Société d'exploitation des énergies photovoltaïques c/ Société Electricité Réseau Distribution France**

Rapp. J.M. Béraud

**Séance du 8 juillet 2013**

L'obligation de rachat de l'électricité produite par les producteurs dits autonomes, qui pèse sur EDF et les distributeurs non nationalisés depuis le décret du 20 mai 1955, bénéficie, depuis la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, aux producteurs d'électricité d'origine renouvelable, et notamment à ceux utilisant l'énergie radiative du soleil. Afin de respecter l'objectif fixé par l'article 3 de la directive du 23 avril 2009 imposant à la France que 23 % de l'énergie consommée soit d'origine renouvelable en 2020, cette obligation d'achat avait été initialement assortie de modalités de tarification très avantageuses, à un tel point que s'est créée une « bulle » spéculative qui a conduit le gouvernement, par un décret en date du 9 décembre 2010, à suspendre cette obligation d'achat pendant trois mois avant de réduire les prix d'achat de l'électricité ainsi produite. Cette décision (*qui avait fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir rejeté par la décision du Conseil d'Etat du 16 novembre 2011 Société Ciel et Terre, 344972, aux tables p. 746*) a donné lieu à de multiples contentieux, les producteurs autonomes ayant cherché à obtenir la reconnaissance de l'obligation d'achat par EDF sur la base des tarifs fixés par l'arrêté du 10 juillet 2006.

A cette occasion s'est posée la question de la qualification des contrats d'achat conclus par EDF depuis sa transformation, du fait de la loi du 9 août 2004, en société de droit privé (*la décision de section du Conseil d'Etat du 19 janvier 1973 Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, au recueil p 48, avait regardé ces contrats conclus par EDF, personne publique, comme des contrats administratifs à raison du régime exorbitant auquel ils étaient soumis*). Le Conseil d'Etat, dans une décision du 1<sup>er</sup> juillet 2010 Société Bioenerg, 333275, aux tables p. 687, les avaient qualifiés de contrats de droit privé au motif qu'il s'agissait de contrats conclus entre deux personnes privées n'agissant pas pour le compte de personnes publiques. Mais l'article 88 de la loi du 12 juillet 2010, dite Grenelle II, a introduit un avant dernier alinéa à l'article 10 de la loi du 10 février 2000, qui dispose que les contrats d'achat d'électricité

« sont des contrats administratifs qui ne sont conclus et qui n'engagent les parties qu'à compter de leur signature » Cette disposition a précisé en outre qu'elle avait «un caractère interprétatif ». Vous avez jugé, dans votre décision du 13 décembre 2010 Société Green Yellow et autres c/ Electricité de France, 38000, au recueil p. 592, et votre décision du 5 mars 2012 Société Baryflor c/ Electricité de France, 3843, à publier au recueil, que la qualification rétroactive de contrat administratif ainsi donnée aux contrats d'achat d'énergie solaire par le législateur ne pouvait, au regard du respect du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'appliquer aux contrats faisant l'objet d'une instance en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi (*14 juillet 2010*). En revanche, elle s'impose aux contrats qui ne faisaient pas l'objet d'une action contentieuse à cette date, quelle qu'ait été la date de leur conclusion.

Mais pour conclure un contrat d'achat avec EDF, le producteur autonome doit, au préalable, en application de l'article 5 du décret du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par les producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, obtenir le raccordement de son installation au réseau. Ce raccordement donne lieu, en vertu du décret du 23 avril 2008 relatif aux prestations techniques générales de conception et de fonctionnement pour le raccordement d'installations de production aux réseaux publics d'électricité, à une convention de raccordement, établie entre le producteur et le gestionnaire du réseau public d'électricité, la société Electricité Réseau Distribution France, dite ERDF, filiale d'EDF, qui définit le point de livraison, mentionne les caractéristiques et les performances déclarées de l'installation de production qui sera raccordée et contient un descriptif de la solution technique retenue pour ce raccordement. Lorsque le projet de suspension provisoire de l'obligation d'achat d'EDF a été annoncé, la conclusion de ces contrats de raccordement avec la société ERDF a aussi été interrompue. Certains producteurs ont alors recherché la responsabilité délictuelle de la société ERDF au motif qu'en n'instruisant pas leur demande dans le délai imposé par les textes, elle les avait empêchés de disposer d'un dossier accepté en temps utile pour bénéficier des tarifs de l'arrêté du 10 juillet 2006. D'autres producteurs ont saisi le juge judiciaire afin qu'il soit enjoint à la société ERDF de leur adresser la proposition technique et financière nécessaire à leur raccordement.

C'est à ce dernier type de contentieux que se rattache le litige qui vous a été régulièrement renvoyé par le tribunal administratif de Paris, par un jugement en date du 15

janvier 2013, à la suite de la requête de la Société d'exploitation des énergies photovoltaïques, dite SEEP, tendant à ce qu'il soit enjoint à la société ERDF d'exécuter ses obligations à raison de la demande de raccordement au réseau dont elle l'avait saisie le 10 novembre 2009, cette demande ayant fait l'objet d'un jugement d'incompétence devenu définitif du tribunal de commerce de Nîmes en date du 12 avril 2011. **Vous vous prononcerez ainsi, pour la première fois, sur la qualification des contrats de raccordement conclus entre la société ERDF et les producteurs autonomes.** Elle suppose de répondre à deux questions qui tiennent d'une part, à l'application des principes jurisprudentiels, et d'autre part, à l'éventuelle incidence de la qualification légale des contrats d'achat d'électricité opérée par l'article 88 de la loi du 12 juillet 2010.

**\*\*S'agissant d'abord de l'application des critères jurisprudentiels relatifs à la qualification d'un contrat,** est en cause en l'espèce un contrat conclu entre deux personnes privées puisque la société ERDF, créée le 1<sup>er</sup> janvier 2008 en application de la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, est une société de droit privé, filiale à 100 % d'EDF. Or le principe est que ces contrats sont toujours des contrats de droit privé, même s'ils sont conclus pour la mise en œuvre de missions de service public ou comportent des clauses exorbitantes du droit commun : vous pouvez voir en ce sens par exemple votre décision du 8 novembre 1982 Commissaire de la République de la région Midi-Pyrénées, 02269, au recueil p. 461. Pour qu'un tel contrat puisse néanmoins être regardé comme un contrat administratif il faut que l'un des deux contractants soit réputé « agir pour le compte » d'une personne publique. Cette condition recouvre deux cas de figure :

-soit l'objet du contrat appartient par nature à l'Etat : c'est la logique de votre décision du 8 juillet 1963 Société entreprise Peyrot, au recueil p. 787, mais qui est limitée jusqu'à présent à la construction des autoroutes, étendue à celle des routes nationales ;

-soit un des cocontractants bénéficie d'un mandat tacite de représentation d'une personne publique dans la logique de votre décision du 7 juillet 1975 Commune d'Agde, au recueil p. 798. Ce mandat est identifié à partir d'un faisceau d'indices tenant au pouvoir de contrôle de la personne publique.

En l'espèce, nous ne croyons pas possible d'identifier un tel mandat. Il est certes vrai, comme le souligne la société ERDF dans ses écritures devant vous, que le cadre juridique de la production d'électricité par la société EDF est différent de celui de la distribution d'électricité. Alors que la production d'électricité n'est pas en elle-même une mission de service public, la

distribution d'électricité a toujours été regardée comme telle, ce qui a été réaffirmé par l'article 2 de la loi du 10 février 2000 (repris aux articles L 121-1 et suivants du code de l'énergie) qui y inclut explicitement « le raccordement et l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution ». Il s'agit d'un service public industriel et commercial, selon votre décision du 22 juin 1992 Berger, 02683, aux tables p. 840. Il relève de la compétence des collectivités territoriales, comme le réaffirme l'article L 2224-31 du code général des collectivités territoriales, issu de la loi du 10 février 2000. Cette loi a maintenu le monopole d'EDF, transféré à la société ERDF, pour la gestion des réseaux publics de distribution d'électricité (article L 111-52 du code de l'énergie). La société ERDF est ainsi le concessionnaire obligé des collectivités territoriales (article L 322-10 du code de l'énergie). Mais en sa qualité de concessionnaire, la société ERDF agit pour son propre compte, comme tout concessionnaire qui assure l'exploitation d'un service public ou d'un ouvrage public à ses risques et périls, ainsi que vous l'avez jugé dans votre décision du 9 juillet 2012 Compagnie générale des eaux c/ Ministre de l'écologie, 3834, à mentionner aux tables. La société ERDF ne peut donc être regardée comme agissant pour le compte d'une personne publique lorsqu'elle passe des contrats de raccordement avec des producteurs autonomes d'électricité. Ces conventions, au regard des critères jurisprudentiels traditionnels, sont des contrats de droit privé.

**\*Se pose alors une question subsidiaire lorsque le litige porte non pas sur un contrat mais sur le refus de conclure un tel contrat.** Dans la mesure où la société ERDF assure une mission de service public, on pourrait se demander si sa décision ne pourrait être regardée comme administrative dans la mesure où elle traduirait la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique dans la logique de la décision d'assemblée du Conseil d'Etat du 31 juillet 1942 Monpeurt, au recueil p. 239 et aux « grands arrêts de la jurisprudence administrative » n° 52.

Mais lorsqu'elle conclut un contrat de raccordement au réseau, la société ERDF ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation puisque les conditions de ce raccordement sont encadrées et précisées par le décret du 23 avril 2008. Or l'exercice d'une prérogative de puissance publique suppose une autonomie de décision de la personne qui l'exerce, comme l'a souligné la décision du Conseil d'Etat du 21 décembre 2007 Mme Lipietz et autres, 305966, au recueil p. 540. Il nous semble donc que le refus de conclure un contrat de raccordement au réseau ne peut être regardé comme une décision administrative. L'analyse est la même que pour les refus de conclure un contrat d'achat d'électricité.

**\*Reste alors la question de l'incidence éventuelle de la qualification législative des contrats d'achat d'électricité sur celle des contrats de raccordement.**

Nous n'avons guère de doute sur le fait que l'article 88 de la loi du 12 juillet 2010 ne peut pas s'interpréter comme visant les contrats de raccordement. En effet, il ne mentionne que les contrats régis par l'article 10 de la loi du 10 février 2000, c'est-à-dire les contrats conclus entre EDF et les producteurs autonomes pour le rachat de leur électricité.

En revanche on peut hésiter sur le point de savoir si la qualification légale de contrat administratif des contrats d'achat d'électricité doit emporter la même qualification pour les contrats de raccordement.

Cette analyse suppose de regarder les contrats de raccordement comme constituant l'accessoire des contrats de rachat d'électricité, formant avec eux un ensemble juridiquement indissociable.

Vous avez fait application de ce caractère à des contrats conclus en vertu d'un contrat cadre passé en application du code des marchés publics dans votre décision du 19 mars 2007 France Telecom c/ Centre hospitalier de Châteaudun, 3564, ou à un contrat de cautionnement regardé comme accessoire d'un contrat de prêt dans votre décision du 22 juin 1998 Agent judiciaire du Trésor c/ Miglierina, 03003, aux tables p. 794. (*Vous pouvez voir aussi pour des contrats de cautionnement ou de garantie d'un contrat de prêt la décision du Conseil d'Etat du 13 juin 1986 Département de la Réunion, 53110, au recueil p. 162*). En revanche vous n'avez pas appliqué cette logique à un contrat de crédit bail immobilier conclu pour le financement d'ouvrages nécessaires à l'exécution d'un contrat de concession de service public : voir votre décision du 21 mars 2005 Société Slibail Energie, 3436, au recueil p. 653.

En l'espèce, il existe un lien étroit entre les contrats de raccordement et de rachat d'électricité puisque le contrat d'achat d'électricité est subordonné au raccordement préalable de l'installation du producteur indépendant au réseau d'électricité. L'article 5 du décret du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat dispose en effet que « Les relations entre le producteur et l'acheteur font l'objet d'un contrat d'achat de l'électricité ... La prise d'effet du contrat d'achat est subordonnée au raccordement de l'installation au réseau. ». On pourrait donc considérer que le contrat de raccordement n'étant ainsi conclu que pour permettre le contrat de rachat d'électricité, il en constitue l'accessoire (*voir sur cette position un arrêt de la cour d'appel de Pau du 16 janvier*

2012 ERDF, à l'AJDA du 16 avril 2012 p. 764), à quoi pourrait être ajouté l'avantage de faire relever du même ordre de juridiction les contrats de raccordement et d'achat d'électricité conclus par un producteur autonome.

A l'inverse, force est de constater que les contrats de raccordement et de rachat d'électricité, conclus respectivement avec ERDF et EDF, relèvent d'opérations distinctes. Or, l'argument du bloc de compétence n'est pas totalement convaincant dans la mesure où l'article L 134-24 du code de l'énergie donne compétence à la cour d'appel de Paris pour connaître des recours contre les décisions et sanctions du comité de règlement des différends et des sanctions de la commission de régulation de l'énergie qui est saisi des différends entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux publics de distribution d'électricité notamment en cas de refus d'accès ou de désaccord sur la conclusion, l'interprétation ou l'exécution des contrats conclus entre eux, notamment pour l'accès au réseau.

Même si nous pensons que la solution du bloc de compétence est envisageable, nous vous proposerons plutôt de regarder les contrats de raccordement comme des contrats autonomes qui, conclus entre des personnes de droit privé, agissant pour leur compte, sont des contrats de droit privé.

Si vous appliquez cette analyse au litige qui vous a été renvoyé par le tribunal administratif de Paris, vous retiendrez la compétence du juge judiciaire pour connaître de la demande de la société SEEP contre la société ERDF.

Vous pourrez, au préalable, **admettre la recevabilité de l'intervention des sociétés Solaire Saint-Jacques et Vol-V Solar** qui ont toutes deux présenté un mémoire en intervention au soutien des conclusions de la SEEP tendant à ce que la compétence de la juridiction judiciaire soit retenue. En effet vous admettez les interventions devant votre juridiction lorsque l'intervenant justifie d'un intérêt à voir déclarer un ordre de juridiction compétent pour connaître du litige ayant donné lieu à un renvoi devant vous : vous pouvez voir sur cette recevabilité votre décision du 26 novembre 1990 Mme Daunes, 026027, aux tables p. 645, ou votre décision du 14 février 2005 Société Maison Domingo, 3405, au recueil p. 649. En l'espèce, les sociétés Solaire Saint-Jacques et Vol-V Solar justifient d'un tel intérêt puisqu'elles sont opposées à la société ERDF dans deux litiges analogues à celui soulevé par la société SEEP, qui ont donné lieu respectivement à un arrêt de la cour d'appel d'Aix en

Provence du 5 septembre 2012 et un arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 octobre 2012, qui ont tous deux retenu la compétence de la juridiction judiciaire et qui font l'objet d'un pourvoi en cassation pendant devant la première chambre civile de la Cour de cassation.

**Par ces motifs**, nous concluons :

1° à l'admission de l'intervention des sociétés Solaire Saint-Jacques et Vol-V Solar,

2° à la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître du litige opposant la SEEP à la société ERDF relatif au raccordement au réseau de transport et de distribution d'électricité d'une installation de production d'électricité d'origine photovoltaïque,

3° à ce que le jugement du tribunal de commerce de Nîmes ayant décliné sa compétence pour connaître de ce litige soit déclaré nul et non avenue et la cause et les parties renvoyées devant ce tribunal,

4° à ce que la procédure engagée devant le tribunal administratif de Paris soit déclarée nulle et non avenue à l'exception du jugement du tribunal en date du 15 janvier 2013,

5° et au rejet des conclusions présentées par la société ERDF au titre de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991.