

Fiche n° 6
LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS II :
LES RECOURS AU FOND

BIBLIOGRAPHIE

DELELIS (S.), « L'indemnisation du préjudice contractuel », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, Volume I, 2006, pp. 223-248.
GOURDOU (J.), « Béziers II » : du grésilleme sur la ligne jurisprudentielle : *RJEP* 2013, étude 4.
LALLET (A.), « Résilier n'est pas jouer : l'action en reprise des relations contractuelles », *AJDA* 2011, p. 670.
PAILLET (M.), « Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Montpellier, coll. Mélanges, Volume I, 2006, p. 553.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 12 avril 2021, Société Île de Sein Énergies ;
- Référence 2 :** CE, 12 avril 2021, Société Île de Sein Énergies, n° 436663 ;
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 20 novembre 2020, Association Trans'Cub et autre ;
- Référence 4 :** CE, 20 novembre 2020, Association Trans'Cub et autres, n° 428156 ;
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 9 juin 2021, Conseil national des barreaux ;
- Référence 6 :** CE, 9 juin 2021, Conseil national des barreaux, n°438047 et 438054 ;
- Référence 7 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7^e et 2^e ch. réun., 18 mai 2021, Association française indépendante de l'électricité et du gaz ;
- Référence 8 :** CE, 18 mai 2021, Association française indépendante de l'électricité et du gaz, n° 434438.

DÉCISIONS DU CORPUS

CE, 31 mai 1907, Deplanque
CE, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure,
CE Sect., 27 janvier 1933, Le Loir,
CE, 20 octobre 1954, Pithois,
CE Sect., 24 avril 1964, Société de livraisons industrielles et commerciales,
CE Sect., 6 novembre 1970, Société anonyme touristique de la vallée du Lautaret (SATHOVAL),
CE, 26 novembre 1971, SIMA,
CE, Ass., 2 février 1973, Trannoy,
CE, 1er décembre 1976, Berezowski,
CE, 7 janvier 1976, Ville d'Amiens,
CE Sect., 6 avril 2007, Centre hospitalier général de Boulogne-Sur-Mer,

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation
Le juge administratif du contrat depuis Tarn et Garonne

Épreuve pratique : cas pratique
Le 3 avril 2014, la commune A et la société B ont signé une convention d'une durée de trois années sans mesure de publicité ou de mise en concurrence. La commune, propriétaire d'un terrain vague de centaines d'hectares, s'engage à le mettre gratuitement à disposition de la société pour qu'elle puisse déposer des matériaux inertes. En contrepartie, la société B réalise gracieusement un exhaussement général dudit terrain. La commune réalise cette opération pour pouvoir procéder à des plantations d'arbres et constituer un jardin ouvert au public.

Questions :

En mai 2017, la société C, dont l'objet social est de transporter des matériaux inertes, vous engage pour attaquer ce contrat.

1/ En premier lieu, vous examinerez la compétence du juge, l'intérêt à agir de la société et la nature du contrat.

2/ En second lieu, vous évalueriez la possibilité pour la société d'obtenir la résiliation ou l'annulation du contrat et la réparation de son préjudice.

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE 12 avril 2021, Société Île de Sein Énergies

1. C'est peut-être parce qu'un dicton connu de tous les marins énonce que : « Qui voit Sein, voit sa fin ! » que, fidèle à son nom, la société Île de Sein Énergies (IDSE) a demandé le 2 novembre 2016 au président du syndicat départemental d'énergie et d'équipement du Finistère (SDEEF) de mettre fin au contrat de concession de gestion du réseau de distribution électrique de l'île, qui a été conclu pour une durée de 30 ans avec EDF le 2 mars 1993 (et étendu par avenant du 4 juin 1993 à l'île de Sein).

Plus sûrement, c'est parce que cette société, qui rassemble 66 actionnaires, dont 25 % des 120 habitants permanents de l'île, critique la gestion financière et environnementale du concessionnaire, qu'elle souhaite que soit ouverte une procédure de mise en concurrence à laquelle elle envisagerait évidemment de se porter candidate. Elle a donc contesté devant la juridiction administrative le refus que lui a opposé le président de l'autorité concédante le 14 février 2017, qui est motivé par le fait que le droit national désigne EDF comme seul et unique gestionnaire possible du réseau de l'île.

UN REFUS DE METTRE FIN À UNE CONCESSION

Le pourvoi en cassation qu'elle forme contre l'arrêt du 11 octobre 2019 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes, comme le tribunal administratif de Rennes avant elle, a rejeté ses conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à la concession litigieuse, va ainsi vous conduire à vous poser de nombreuses (onze moyens sont soulevés) et parfois délicates questions tant de procédures que de fond, s'agissant en particulier de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne du droit français désignant EDF comme seul gestionnaire des petits réseaux de distribution d'électricité non interconnectés avec le reste du maillage national.

2. Pour y voir plus clair sur ces questions, nous croyons utile de vous rappeler succinctement le cadre juridique du litige.

2.1. Sur la forme, vous aurez compris que vous vous trouvez ici dans le cadre d'un contentieux dit « Transmanche » (ou SMPAT), du nom de votre décision de Section 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche, par laquelle vous avez jeté les bases du recours de pleine juridiction désormais ouvert aux tiers pour contester le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat. Vous y avez en particulier précisé que, dans ce cadre, les tiers ne peuvent utilement soulever que trois catégories de moyens tirés :

- soit de ce que la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours ;
- soit de ce que le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ;
- soit de ce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général.

LE CADRE JURIDIQUE

Nous pensons que ces principes conduisent à regarder comme inopérants plusieurs des moyens soulevés devant vous – nous allons y revenir lors de leur examen.

2.2. Sur le fond, il convient d'avoir à l'esprit, pour ce qui est de la situation particulière de l'île de Sein, les données suivantes. Vous savez que, parmi les quatre activités que distingue l'article L. 111-1 du code de l'énergie (production, transport, distribution et

fourniture), les deux activités intermédiaires (transport et distribution) sont régulées tandis que les activités initiales et finales (production et fourniture) s'exercent au sein de marchés concurrentiels. Dans ce cadre, l'article L. 111-57 du même code impose notamment la séparation juridique des activités de gestion des réseaux de distribution et des activités de fourniture d'électricité. Toutefois, le droit européen autorise les États membres à ne pas imposer cette séparation juridique aux entreprises intégrées d'électricité qui gèrent les petits réseaux isolés .

C'est dans ce cadre que le législateur français a défini un régime particulier applicable aux zones non interconnectées (ZNI) au réseau métropolitain continental, au nombre desquelles figure l'île de Sein, et qu'il a désigné la société EDF comme gestionnaire des réseaux dans ces zones .

LE RÉGIME DES ZONES NON INTERCONNECTÉES

Or, la mission de gestionnaire de réseau public de distribution d'électricité est, selon la loi, exercée sous forme concessive. C'est la raison pour laquelle, en application du 3° de l'article L. 111-52 du code de l'énergie, la société EDF, gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité désigné par la loi, est demeurée le concessionnaire obligé du service public de distribution d'électricité sur l'île de Sein.

3. Venons-en à présent aux moyens du pourvoi.

3.1. Au titre du contrôle de la régularité de l'arrêt attaqué, vous pourrez d'abord aisément écarter le moyen tiré de ce que la cour a méconnu le principe du contradictoire en relevant, d'office et sans le soumettre aux parties, que le § 4 de l'article 26 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 permet de déroger à l'obligation faite aux États membres, par l'article 24 de la même directive, de désigner pour une durée à déterminer un ou plusieurs gestionnaires de réseau de distribution.

3.1.1. Cependant, en raisonnant ainsi, c'est-à-dire en se bornant à donner son interprétation de la combinaison de deux dispositions d'un même texte (qui plus est alors que l'article 24 énonce lui-même expressément « que les gestionnaires de réseau de distribution agissent conformément aux articles 25, 26 et 27 »), la cour administrative d'appel n'a pas relevé d'office un moyen qu'elle aurait été tenue de communiquer aux parties mais a simplement exercé son office, qui l'oblige à écarter d'elle-même, quelle que soit l'argumentation du défendeur, un moyen qui lui paraît infondé . Il n'y a là aucune méconnaissance du contradictoire.

3.1.2. Vous écarterez ensuite au même titre, et sans plus de difficulté, deux autres moyens tirés, d'une part, de ce que la cour a insuffisamment motivé son arrêt en ne précisant pas les motifs pour lesquelles elle n'a pas transmis à la CJUE les questions préjudicielles soulevées par la société Île de Sein Énergies et, d'autre part, commis une erreur de droit en estimant que le refus du tribunal administratif de faire droit à cette même demande n'avait pas à être motivé.

Vous jugez en effet que relève du pouvoir souverain des juges du fond le choix, pour une cour administrative d'appel (et nous n'avons aucun doute quant au fait que cette solution vaut également pour un tribunal administratif), de ne pas saisir la CJUE d'une question préjudicielle, aucune motivation particulière n'étant requise à cet égard.

L'INTÉRÊT GÉNÉRAL AFFECTÉ ?

3.2. Une deuxième série de moyens soutient que la poursuite de l'exécution de la concession litigieuse est manifestement contraire à l'intérêt général : vous reconnaissez là l'une des trois catégories de moyens opérants au sens de votre jurisprudence Transmanche.

3.2.1. Plus précisément, deux moyens reprochent d'abord à la cour d'avoir, d'une part, commis une erreur de droit en estimant que les considérants de la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables n'ont pas de valeur juridique contraignante et, d'autre part, insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en estimant que les dispositions de l'article 16 de cette directive n'imposaient pas en l'espèce la résiliation de la concession.

Toutefois, il est expressément jugé que les considérants des directives n'ont pas de caractère normatif, même s'ils peuvent évidemment éclairer l'intention de ses auteurs. D'autre part, si l'article 16 de la directive fixe aux États membres des objectifs généraux afin d'assurer le développement de sources d'énergie renouvelables, nous avons quelque peine à trouver, dans l'argumentaire essentiellement politique que développe le pourvoi, en quoi l'exécution de la concession constituerait un obstacle à ce que l'État atteigne les objectifs fixés par la directive.

Il faudrait, à notre sens, que les objectifs fixés par la directive soient eux-mêmes très précis et que l'exécution du contrat constitue un obstacle effectif à leur accomplissement pour que prospère un tel moyen. Il n'y a rien de tel en l'espèce et la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a donc pas commis d'erreur de droit en estimant que l'application de ces dispositions n'imposait pas la résiliation de la convention litigieuse.

3.2.2. Par ailleurs, vous réserverez un sort similaire au moyen d'erreur de droit et de méconnaissance de la portée des écritures qui critique l'arrêt pour avoir estimé que la gestion prétendument dispendieuse du réseau par EDF n'était pas établie. En effet, l'argumentation de l'appelante se bornait à déduire ce caractère dispendieux de ce que le financement du réseau sénégalais d'électricité reposerait principalement sur le recours à la contribution au service public de l'électricité (CSPE). Mais, à supposer que ce soit le cas, il n'y a là aucun rapport de cause à effet et aucun autre élément ne venait corroborer ces allégations.

LES DROITS EXCLUSIFS D'EDF CONTESTÉS

3.3. La troisième série de moyens, qui soutient que la concession litigieuse a été attribuée sans mise en concurrence, pose de ce fait des questions nettement plus redoutables quant à la compatibilité avec le droit européen des droits exclusifs conférés à EDF. Dans le détail, cinq moyens sont articulés à ce titre.

3.3.1. Nous n'avons aucun doute quant au fait que vous pourriez aisément écarter trois d'entre eux. Le pourvoi soutient en effet que la cour a insuffisamment motivé son arrêt, violé l'article 6 § 1 de la CESDH et commis une erreur de droit en estimant que les droits exclusifs attribués à EDF sont la contrepartie des missions de service d'intérêt économique général que la loi lui impose.

Or, vos chambres réunies ont déjà écarté une telle argumentation dans votre décision CE 10 juillet 2020, Mme Chichereau, en estimant que les sociétés Enedis et EDF doivent être regardées comme chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (SIEG) au sens du paragraphe 2 de l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et que les droits exclusifs qui leur sont conférés par les dispositions des

articles L. 111-52 et L. 121-5 du code de l'énergie trouvent leur justification dans les sujétions qui leur sont imposées au titre de leurs missions respectives.

Sur cette base, et dès lors que l'obligation de transparence ne trouve à s'appliquer aux entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général, en vertu des stipulations du paragraphe 2 de l'article 106 du TFUE, que sous réserve qu'elle ne fasse pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie, votre décision Chichereau a également jugé que le droit exclusif du distributeur national dispensait de mise en concurrence. Vous ne pourriez donc qu'écarter à leur tour les deux moyens tirés de ce que la cour a, d'une part, commis une erreur de droit en estimant que l'exclusivité dont bénéficie EDF pour la gestion du réseau public de distribution d'électricité sur l'île de Sein ne méconnaît pas les règles de transparence et de publicité qui résultent du TFUE et, d'autre part, entaché son arrêt d'une contradiction de motifs en affirmant que l'attribution à EDF de la concession litigieuse est imposée par une disposition législative sans durée limitée alors que sa désignation comme gestionnaire du réseau est la conséquence de la convention de concession d'une durée limitée.

3.3.2. Restent deux moyens sur lesquels vous pourriez davantage hésiter. Le premier d'entre eux est tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en estimant que le paragraphe 4 de l'article 26 de la directive du 13 juillet 2009 permet, s'agissant des gestionnaires des petits réseaux de distribution, de déroger à l'obligation, qui résulte de l'article 24 de cette directive, de désigner le gestionnaire de réseau de distribution pour une durée nécessairement déterminée. Nous vous avouons que, si tel était effectivement le sens de l'arrêt, nous y verrions à tout le moins une question sérieuse. En effet, nous ne voyons pas nécessairement en quoi le fait qu'il puisse être dérogé au principe de dissociation des gestionnaires de réseau pour les petits réseaux implique que le gestionnaire du réseau ne soit pas lui-même désigné pour une durée déterminée...

À vrai dire, les textes se caractérisent ici principalement par leur silence et, si la Cour de Luxembourg a déjà indiqué que la dérogation prévue à l'article 26 de la directive vise à ne pas faire supporter à des gestionnaires de réseaux indépendants la charge disproportionnée que représente la gestion de ces secteurs les moins rentables, cette logique finaliste ne nous paraît pas déterminante pour ce qui concerne la problématique particulière de la durée de désignation.

Nous observons toutefois que, la cour ayant écarté le moyen par un autre motif, vous pourriez, en tout état de cause, écarter vous-mêmes comme inopérant le présent moyen de cassation, en tant qu'il est dirigé contre un motif surabondant. En l'occurrence, c'est contre cet autre motif qu'est soulevé le dernier moyen du pourvoi, qui est tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en estimant que la convention litigieuse ayant été conclue pour une durée de 30 ans, EDF a, en tout état de cause, été effectivement désignée comme gestionnaire du réseau public d'électricité sur l'île de Sein pour une durée déterminée.

LA COMPATIBILITÉ DE L'ARTICLE L. 111-52 DU CODE DE L'ÉNERGIE AU DROIT DE L'UNION

Ce moyen vous invite ainsi à vous prononcer sur le point de savoir si la durée déterminée de la concession satisfait à l'exigence de désignation du gestionnaire de réseau pour une durée déterminée dès lors que celui-ci est lui-même titulaire d'un droit exclusif sans limitation de durée, ce qui, en creux, conduit à se demander si l'article L. 111-52 du code de l'énergie, qui attribue à EDF ou Enedis ce droit exclusif sans limitation de durée est

compatible avec l'exigence de désignation pour une durée déterminée de l'article 24.

La question est éminemment délicate, les textes étant équivoques, la jurisprudence encore muette et la doctrine divisée... Vous aviez, cependant, déjà tangentié cette question dans votre décision Chichereau précitée et, pour notre part, nous serions d'avis, comme vous le suggérait Gilles Pellissier dans les développements qu'il consacrait à cette question et auxquels nous nous permettons de vous renvoyer, d'estimer que, dès lors que l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité reste inachevée et demeure circonscrite à certaines activités (sachant en particulier que ni la directive de 2009 ni, d'ailleurs la directive du 5 juin 2019 qui l'a modifiée, n'impliquent, à ce jour, une mise en concurrence pour désigner le gestionnaire du réseau de distribution bénéficiant de droits exclusifs), l'attribution périodique des contrats de concession à un opérateur bénéficiant de droits exclusifs est, en l'état du droit, compatible avec l'exigence de désignation du gestionnaire de réseau de distribution pour une durée « à déterminer par les États membres en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique ».

4. Mais, s'il nous paraissait utile de livrer ces réflexions à votre sagacité afin que vous soyez parfaitement éclairés – nous n'osons dire que nous vous devons plus que la lumière ! –, nous ne vous proposerons pas de trancher la question puisque, comme nous vous le laissons entendre, nous croyons que ce dernier ensemble de moyens était inopérant dans le cadre d'un recours Transmanche.

4.1. En effet, de tels moyens ne peuvent en premier lieu être utilement soutenus, aux termes de votre jurisprudence, que si la personne publique contractante était « tenue de mettre fin à l'exécution de la convention du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours ». Nous n'avons certes pas de doutes quant au fait que, par « dispositions législatives applicables », vous pouvez inclure tout texte de portée supérieure dans la hiérarchie des normes, telles que des directives, mais il reste que la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 n'était évidemment pas applicable lors de la conclusion de la concession en litige en 1993, pas plus d'ailleurs que les deux directives 96/92/CE du 19 décembre 1996 et 2003/54/CE du 26 juin 2003 qui l'ont précédée. Dès lors, en l'absence d'effet direct de cette directive sur les contrats en cours, les moyens tirés de sa méconnaissance ne rentrent pas dans la première catégorie de moyens invocables au sens de la jurisprudence Transmanche.

4.2. Il en va de même pour la deuxième catégorie de moyens utilement invocables, tirés de ce que « le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ». Il s'agit, pour reprendre votre classification usuelle, des irrégularités tenant au caractère illicite du contenu du contrat, à l'existence d'un vice du consentement ou à tout autre vice d'une particulière gravité. Comme le pointait votre rapporteur public sous l'arrêt SMPAT, sauf circonstances particulièrement exceptionnelles (tels, par exemple, que des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale), les manquements aux règles de passation ne font pas partie de ces irrégularités.

Ainsi, en l'absence de telles circonstances particulières en l'espèce, vous ne pourrez que juger que la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence lors de sa passation n'entache pas le contrat d'un vice d'une gravité de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office.

UNE RÉPONSE À DES MOYENS INOPÉRANTS

4.3. Les moyens auxquels la cour a répondu étaient donc inopérants et nous vous proposons donc de substituer ce motif, qui n'emporte l'appréciation d'aucune circonstance de fait, à ceux retenus par la cour. Vous admettez en effet de procéder à une telle substitution, sans censurer expressément l'arrêt attaqué, lorsque les juges du fond ont répondu au fond à un moyen inopérant.

5. Vous rejetterez donc le pourvoi et pourrez faire droit aux conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative à l'encontre de la société IDSE tant par le SDEEF que par EDF, en leur allouant à chacun la somme de 1 500 €. Ce faisant, vous ferez mentir l'adage que nous vous citions au commencement de notre propos mais nous croyons que, si vous n'en avez pas fini avec ces questions, elles trouveront davantage à se poser dans des contentieux dirigés contre la passation du contrat ou sa validité.

En somme, il vaudra mieux regarder du côté des terres, notamment du Tarn-et-Garonne, que de la Manche ou même, comme ici, de l'Atlantique... Tel est le sens de nos conclusions.

Référence 2 : CE, 12 avril 2021, Société Île de Sein Énergies, n° 436663

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le 2 mars 1993, le syndicat départemental d'énergie et d'équipement du Finistère (SDEF) a conclu avec Electricité de France (EDF) une " convention de concession pour le service public de la distribution d'énergie électrique " dont la durée était fixée à 30 ans. Le champ d'application territorial de cette convention a été étendu à l'île de Sein par un avenant du 4 juin 1993. Par un courrier du 2 novembre 2016, la société Ile de Sein Energies (IDSE) a demandé au SDEF qu'il soit mis fin à l'exécution de cette convention en tant qu'elle concernait l'île de Sein et que " la concession du réseau de distribution de l'électricité sur l'île " lui soit " transférée ". Par un courrier du 14 février 2017, le SDEF a rejeté cette demande au motif qu'EDF tenait du 3° de l'article L. 111-52 du code de l'énergie l'exclusivité de la gestion du réseau de distribution de l'électricité sur l'île. La société IDSE a alors demandé au tribunal administratif de Rennes de constater l'illégalité de la convention de concession en tant qu'elle portait sur l'île de Sein et de mettre fin à son exécution dans cette même mesure. Par un jugement du 5 novembre 2018, cette demande a été rejetée. La société IDSE a relevé appel de ce jugement en tant qu'il a rejeté ses conclusions tendant à la résiliation de la convention. Par un arrêt du 11 octobre 2019, contre lequel la société IDSE se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté sa requête.

Sur le cadre juridique du litige :

En ce qui concerne le régime juridique des concessions de distribution d'électricité :

2. D'une part, aux termes de l'article 24 de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE : " Les Etats membres désignent, ou demandent aux entreprises propriétaires ou responsables de réseaux de distribution de désigner, pour une durée à déterminer par les Etats membres en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique, un ou plusieurs gestionnaires de réseau de distribution. Les Etats membres veillent à ce que les gestionnaires de réseau de distribution agissent conformément aux articles 25, 26 et 27 ". Selon l'article 26 de cette directive : " 1. Lorsque le gestionnaire de réseau de distribution fait partie d'une entreprise verticalement

intégrée, il est indépendant, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées à la distribution. Ces règles ne créent pas d'obligation de séparer la propriété des actifs du gestionnaire de réseau de distribution, d'une part, de l'entreprise verticalement intégrée, d'autre part. / 2. En plus des exigences visées au paragraphe 1, lorsque le gestionnaire de réseau de distribution fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, il est indépendant, sur le plan de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées à la distribution. (...) / 3. Lorsque le gestionnaire de réseau de distribution fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, les États membres veillent à ce que ses activités soient surveillées par les autorités de régulation ou d'autres organes compétents afin que le gestionnaire de réseau de distribution ne puisse pas tirer profit de son intégration verticale pour fausser la concurrence. En particulier, les gestionnaires de réseau de distribution appartenant à une entreprise verticalement intégrée s'abstiennent, dans leurs pratiques de communication et leur stratégie de marque, de toute confusion avec l'identité distincte de la branche " fourniture " de l'entreprise verticalement intégrée. / 4. Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer les paragraphes 1, 2 et 3 aux entreprises intégrées d'électricité qui approvisionnent moins de 100 000 clients connectés ou approvisionnent de petits réseaux isolés ".

3. D'autre part, aux termes de l'article L. 111-52 du code de l'énergie : " Les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité sont, dans leurs zones de desserte exclusives respectives : / 1° La société gestionnaire des réseaux publics de distribution issue de la séparation entre les activités de gestion de réseau public de distribution et les activités de production ou de fourniture exercées par Electricité de France en application de l'article L. 111- 57 ; / 2° Les entreprises locales de distribution définies à l'article L. 111-54 ou les entreprises locales de distribution issues de la séparation entre leurs activités de gestion de réseau public de distribution et leurs activités de production ou de fourniture, en application de l'article L. 111-57 ou de l'article L. 111-58 ; / 3° Le gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité est, dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental, l'entreprise Electricité de France ainsi que la société mentionnée à l'article L. 151-2 ".

En ce qui concerne les règles contentieuses :

4. Un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat. Les tiers ne peuvent utilement soulever, à l'appui de leurs conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, que des moyens tirés de ce que la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours, de ce que le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ou encore de ce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général. A cet égard, les requérants peuvent se prévaloir d'inexécutions d'obligations contractuelles qui, par leur gravité, compromettent manifestement l'intérêt général. En revanche, ils ne peuvent se prévaloir d'aucune autre irrégularité, notamment pas celles tenant aux conditions et formes dans lesquelles la décision de refus a été prise. En outre, les moyens soulevés doivent, sauf lorsqu'ils le sont par le représentant de l'Etat dans le département ou par les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, être en rapport direct avec l'intérêt lésé dont le tiers requérant se prévaut.

Sur la régularité de l'arrêt :

5. En premier lieu, l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne fait obligation aux seules " juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne " de saisir à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne en cas de difficulté sérieuse d'interprétation d'un traité. Il suit de là qu'en s'abstenant de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de la question de l'interprétation des dispositions notamment des articles 24 et 26 précités de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009, la cour administrative d'appel de Nantes, qui n'était pas tenue de saisir la Cour de justice de l'Union européenne, a suffisamment motivé sa décision sur ce point et n'a pas commis d'erreur de droit en estimant que le refus du tribunal administratif de Nantes de faire droit à une telle demande de renvoi n'avait pas à être motivé.

6. En second lieu, il appartient au juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé des moyens dont il est saisi et, le cas échéant, d'écarter de lui-même, quelle que soit l'argumentation du défendeur, un moyen qui lui paraît infondé, au vu de l'argumentation qu'il incombe au requérant de présenter au soutien de ses prétentions. Dès lors, en se référant aux dispositions du paragraphe 4 de l'article 26 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité pour écarter le moyen tiré de ce que le caractère permanent des droits exclusifs conférés à EDF méconnaîtrait les dispositions de l'article 24 de la même directive, la cour administrative d'appel n'a pas relevé d'office un moyen qu'elle serait tenue de communiquer aux parties en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative. Par suite, le moyen soulevé par la société IDSE tiré d'une violation du principe du contradictoire ne peut qu'être écarté.

Sur les moyens tirés de ce que la poursuite de l'exécution de la concession en litige est manifestement contraire à l'intérêt général :

7. Aux termes de l'article 16 de la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE : " 1. Les États membres prennent les mesures appropriées pour développer (...) le réseau électrique de manière à (...) tenir compte des progrès dans le domaine de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables (...). / 2. (...) / a) les Etats membres veillent à ce que les opérateurs de systèmes de transport et de distribution présents sur leur territoire garantissent le transport et la distribution de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ; / b) les Etats membres prévoient, en outre, soit un accès prioritaire, soit un accès garanti au réseau pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ; / (...) ".

8. La société requérante soutient que ces dispositions et les motifs de la directive imposent, compte tenu de l'incidence environnementale de la production électrique sur l'île de Sein par EDF et du frein à la réalisation des objectifs de la directive du 23 avril 2009 que constitue le fait de désigner EDF comme seul et unique gestionnaire du réseau de distribution électrique sur l'île, qu'il soit mis fin à l'exécution de la convention en litige. Toutefois, ni ces dispositions, qui ne fixent aux Etats membres que des objectifs, ni les motifs de la directive dont se prévaut la société requérante, qui sont au surplus dépourvus de valeur juridique contraignante, ne constituent un motif d'intérêt général imposant la résiliation d'une convention légalement conclue, à moins qu'il ne soit établi que la poursuite de son exécution fait évidemment et immédiatement obstacle à ce que l'Etat puisse se conformer aux obligations résultant du traité sur le

fonctionnement de l'Union européenne. La société IDSE, qui n'établit pas que l'exécution de la concession en litige constitue un obstacle à ce que l'Etat atteigne les objectifs fixés par la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009, dans le délai qu'elle prescrit, n'est pas fondée à soutenir qu'en jugeant que l'application de ces dispositions n'imposerait pas en l'espèce la résiliation de la convention litigieuse, la cour administrative d'appel, qui a suffisamment motivé son arrêt, aurait commis une erreur de droit ou dénaturé les pièces du dossier.

9. Par ailleurs, la cour administrative d'appel a pu estimer, sans commettre d'erreur de droit ni dénaturer les écritures, eu égard à l'argumentation qui lui était soumise, que les allégations de la société IDSE selon lesquelles le réseau électrique sur l'île de Sein n'est pas convenablement entretenu et que sa gestion par EDF est dispendieuse, ce qui aurait pour conséquence de rendre l'exécution de la convention de concession en litige manifestement contraire à l'intérêt général, ne sont corroborées par aucun élément de preuve suffisant.

Sur les moyens tirés de ce que la concession a été attribuée sans mise en concurrence :

10. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la société IDSE soutenait à l'appui de ses conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution de la convention litigieuse qu'elle avait été irrégulièrement attribuée à EDF sans mise en concurrence, les droits exclusifs dont bénéficie EDF en application du 3° de l'article L. 111-52 du code de l'énergie sans limitation de durée pour la gestion du réseau public de distribution d'électricité dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental ne remplissant pas les conditions posées par les dispositions du paragraphe 2 de l'article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et méconnaissant l'exigence posée par l'article 24 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 de la désignation par les Etats membres du gestionnaire de réseau de distribution d'électricité pour une durée à déterminer en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique.

11. En premier lieu, la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009, qui n'était pas applicable lors de la conclusion de la concession en litige en 1993, n'a pas d'effet direct sur les contrats en cours, pas davantage que la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 qu'elle a abrogé ni que la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 qui l'a précédée.

12. En second lieu, si la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence peut, le cas échéant, être utilement invoquée à l'appui d'un référé précontractuel d'un concurrent évincé ou du recours d'un tiers contestant devant le juge du contrat la validité d'un contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles, cette méconnaissance n'est en revanche pas susceptible, en l'absence de circonstances particulières, d'entacher un contrat d'un vice d'une gravité de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office. Par suite, la société IDSE, qui n'invoquait aucune circonstance particulière impliquant que le juge du contrat mette fin à l'exécution du contrat, ne pouvait utilement soutenir que la convention litigieuse avait été irrégulièrement attribuée à EDF sans mise en concurrence.

13. Ces motifs, qui n'emportent l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doivent être substitués aux motifs retenus par l'arrêt attaqué pour écarter les moyens soulevés par la société IDSE relatifs à l'irrégularité de la convention. Il en résulte que sont sans incidence sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué les moyens tirés de ce que la cour administrative d'appel a insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en estimant que

l'exclusivité dont bénéficie EDF pour la gestion du réseau public de distribution d'électricité sur l'île de Sein ne méconnaît pas les règles de transparence et de publicité qui résultent du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, a entaché son arrêt d'une contradiction de motifs en affirmant que l'attribution à EDF de la concession est imposée par une disposition législative sans durée limitée et que la désignation d'EDF comme gestionnaire du réseau de distribution est la conséquence de la convention de concession d'une durée limitée, a commis une erreur de droit en estimant que les droits exclusifs attribués à EDF sont la contrepartie des missions de service d'intérêt économique général que la loi lui impose et en jugeant, de manière au demeurant surabondante, que le paragraphe 4 de l'article 26 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 qui permet de déroger, s'agissant des entreprises intégrées d'électricité qui approvisionnent de petits réseaux isolés ou moins de 100 000 clients connectés, à l'obligation de dissociation du gestionnaire du réseau de distribution prévue par les paragraphes 1 à 3 du même article, permettait également de déroger à l'exigence, posée par l'article 24 de la même directive, de désignation du gestionnaire de réseau de distribution pour une durée à déterminer.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 20 novembre 2020, Association Trans'Cub et autre

Dans ses conclusions sur la décision Mme B. du 29 décembre 1997 1, le président Goulard soulignait déjà que : « Dans toutes les communes de France, et notamment dans les grandes villes, la gestion de la ressource en eau est une préoccupation de plus en plus vive. » Plus de vingt ans après, la vivacité ne s'est pas totalement atténuée et la ville de Bordeaux n'y a pas échappé.

Le pourvoi qui vient d'être appelé vous permettra ainsi de faire application de votre jurisprudence d'Assemblée Commune d'Olivet du 8 avril 2009, quant à la durée des délégations de service public dans le domaine de l'eau.

1. En 1991, la communauté urbaine de Bordeaux (CUB), devenue Bordeaux Métropole, a concédé le service public de l'eau à la société Lyonnaise des Eaux à compter du 1er janvier 1992 pour une durée de 30 ans. Cette concession a fait l'objet de plusieurs avenants, parmi lesquels :

— un avenant n° 7, ayant pour objet notamment d'augmenter les investissements à la charge du délégataire (de les doubler même, de 146 à 302 millions d'euros sur la durée du contrat), approuvé par une délibération du 22 décembre 2006 ;

— un avenant n° 8, visant à imposer au délégataire le remplacement sur le réseau de distribution des branchements en plomb pour un montant prévisionnel de 78 millions d'euros et de fixer une indemnité de retour tenant compte de l'absence d'amortissement total de ces travaux à l'échéance de la délégation, avenant approuvé par une délibération du 10 juillet 2009 ;

— un avenant n° 9, intervenu en 2012, modifiant certains tarifs et envisageant les modalités de transition vers un nouveau modèle d'exploitation du service, en maintenant le terme de la délégation à l'échéance prévue initialement, c'est-à-dire le 31 décembre 2021.

Par ailleurs, le 8 juillet 2011, le conseil communautaire a adopté une délibération qui notamment approuvait la création de postes à pourvoir en prévision de la reprise du service en régie à l'issue du contrat. Une association locale de défense des usagers, Trans'Cub, et trois particuliers, ont demandé au président de la communauté urbaine de Bordeaux de « rapporter et annuler » – pour reprendre leurs termes – ces quatre délibérations. Leur demande ayant été rejetée, par une décision du 18 avril 2013, ils

ont saisi le tribunal administratif de Bordeaux en vue de l'annulation pour excès de pouvoir des délibérations de 2011 et 2012, ainsi que de la décision de rejet du 18 avril 2013. Le tribunal administratif, confirmé par la cour administrative d'appel de Bordeaux, a rejeté leur demande.

QUEL RECOURS CONTRE LES AVENANTS À LA CONCESSION ?

Un point préalable doit être précisé : eu égard à la date de signature du contrat de concession, soit avant votre jurisprudence Tarn-et-Garonne, les décisions litigieuses constituent des actes détachables du contrat de concession susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir tendant à leur annulation.

Précisons à cet égard que votre décision Tarn-et-Garonne pourrait, sur un point, faire l'objet de deux types d'interprétations : vous avez jugé qu'elle entrait en application pour les actes détachables des contrats signés avant la lecture de la décision (4 avril 2014). Dans l'hypothèse où le contrat est signé avant cette date mais l'avenant après cette date, faut-il envisager que le régime contentieux de l'acte détachable de l'avenant soit distinct de celui de l'acte détachable du contrat initial ? À vrai dire, pour une telle question, qui concerne l'office du juge, vous êtes ici assez libres de dégager une solution ou une autre. Nous pensons plutôt qu'il serait compliqué de retenir des régimes contentieux distincts entre le contrat et ses avenants.

En l'espèce, le contrat comme les avenants litigieux ont été signés avant le 4 avril 2014, mais la rédaction que vous retiendrez donnera un signal important sur la date de l'acte que – celle du contrat ou de l'avenant – pour des cas dans lesquels l'avenant serait postérieur au 4 avril 2014.

QUELLE EST LA NATURE JURIDIQUE DE LA DÉLIBÉRATION QUI APPROUVE LES AVENANTS ?

2. En premier lieu, vous devez vous prononcer sur le caractère réglementaire ou non des délibérations de 2006 et 2009. La cour a rejeté comme irrecevable l'exception d'illégalité soulevée contre ces délibérations à l'appui des conclusions d'annulation de la délibération du 21 décembre 2012 et de la décision du 18 avril 2013, en se fondant sur la circonstance que ces décisions non réglementaires étaient devenues définitives. Elle a ainsi entendu faire application de votre jurisprudence selon laquelle la recevabilité d'un moyen tiré, par la voie de l'exception, de l'illégalité d'une décision administrative est ouverte de manière perpétuelle à l'égard des actes réglementaires, alors qu'elle ne l'est, s'agissant des décisions individuelles, que si les délais de recours n'ont pas couru.

Les requérants soutiennent que les délibérations de 2006 et 2009 revêtent un caractère réglementaire, en s'appuyant, d'une part, sur l'idée que toute délibération d'une collectivité territoriale aurait nécessairement un tel caractère, ce qui est bien sûr inexact, d'autre part, sur la nature réglementaire de certaines clauses contractuelles que ces délibérations approuvent.

À vrai dire, nous ne partageons pas, en tout état de cause, l'analyse du pourvoi à ce sujet, car les clauses en question – qui n'imposent pas des obligations à l'égard des tiers tels que les tarifs et qui n'accordent pas non plus de droit aux tiers en portant sur l'organisation ou le fonctionnement du service public – sont, selon nous, dépourvues de caractère réglementaire. Mais vous n'aurez pas à vous prononcer sur ce point car l'obstacle à la qualification de caractère réglementaire des délibérations se situe, nous semble-t-il, en amont.

Une décision approuvant un contrat est en effet dépourvue de caractère réglementaire, même si le contrat comporte lui-même, le cas échéant, des clauses réglementaires. Vous avez d'abord posé ce principe, s'agissant d'actes de tutelle, en retenant que la nature juridique de la décision approuvée ne détermine pas celle de l'acte d'approbation. Avec la décision du 13 juin 1997, Société des transports pétroliers par pipe-line, vous avez franchi un autre pas en retenant, s'agissant d'un décret qui déterminait les obligations mises à la charge de l'exploitant, que nonobstant la circonstance que le cahier des charges qui lui était annexé comportait certaines dispositions réglementaires, le décret était dépourvu de caractère réglementaire.

Plus précisément, vous avez déjà jugé qu'une délibération autorisant le maire à signer des contrats de concession n'avait pas le caractère d'un acte réglementaire. Ainsi que l'explique le président Goulard dans ses conclusions : « Un tel acte n'est pas réglementaire, car il autorise le maire à signer les contrats avec une personne déterminée. C'est pour un motif de cet ordre – précise-t-il – que vous avez écarté la qualification d'acte réglementaire d'abord pour la décision d'un ministre de signer un contrat de concession (CE Ass. 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres), puis pour la délibération d'un conseil municipal autorisant le maire à signer un tel contrat (CE 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, p. 226 [...]). »

Une délibération ayant pour objet d'approuver un projet de contrat de concession – ou un projet d'avenant à celui-ci – en plus d'autoriser la signature du maire ou du président de la collectivité – nous semble donc relever de cette même logique, la notion d'approbation par la collectivité n'ayant guère d'autre portée, au-delà d'une validation de principe, que d'autoriser la signature de l'autorité compétente (lorsqu'elle est antérieure et non postérieure à la signature, comme cela est parfois requis).

Ces actes, qui ne sont donc pas réglementaires sont, en outre, créateurs de droits pour le concessionnaire. Vous l'avez jugé s'agissant de délibérations et de décrets approuvant des conventions déjà signées. Et vous avez aussi jugé qu'une délibération municipale approuvant un projet de vente était créatrice de droits. Des délibérations approuvant non pas des contrats signés mais des projets d'avenants et autorisant le maire à signer, sans autre approbation ultérieure, doivent donc, nous semble-t-il, être considérés comme des actes créateurs de droits. Si le délai de quatre mois permettant le retrait de tels actes en application de votre jurisprudence Ternon est expiré – comme c'était le cas en l'espèce –, l'administration est tenue de refuser le retrait des délibérations litigieuses.

La cour a donc, sans erreur de droit et au terme d'une appréciation souveraine exempte de dénaturation, estimé que les moyens dirigés contre ce refus (la décision du 18 avril 2013) étaient inopérants.

3. Le second point important soulevé par ce pourvoi et sur lequel, à l'inverse, nous partageons la thèse des requérants, concerne la portée de la délibération du 21 décembre 2012, qui fait quant à elle l'objet d'un recours direct.

Devant la cour, les requérants estimaient que cette délibération permettait de prolonger la durée de la concession en méconnaissance des dispositions de la loi du 29 janvier 1993, dans sa rédaction postérieure à la loi du 2 février 1995, telle qu'interprétée par votre jurisprudence d'Assemblée Commune d'Olivet.

Ces dispositions, désormais codifiées aux articles L. 3114-7 du code de la commande publique et L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, ont posé le principe que les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée et précisées, s'agissant notamment du domaine de l'eau, que cette durée ne pouvait excéder 20 ans, sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée (avec, dans cette hypothèse, communication des conclusions de cet examen aux membres de l'assemblée délibérante avant toute délibération). En outre, en application des règles générales, la durée ne peut dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre.

En application de votre jurisprudence, si les contrats conclus antérieurement à cette loi et comprenant des durées supérieures ne sont pas entachés de nullité, en revanche, d'une part, aucune stipulation nouvelle ne peut méconnaître les exigences posées par la loi, d'autre part, les clauses qui auraient pour effet de permettre une exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, supérieure à la durée maximale autorisée, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de cette durée maximale.

En l'espèce, l'avenant n° 9 consacrait le principe d'une maîtrise d'ouvrage communautaire sur certains investissements structurants, encadrait et planifiait la transition vers un nouveau mode d'exploitation du service en précisant les modalités financières et prévoyait une nouvelle grille de tarification du service de l'eau applicable aux usagers. Le dispositif même de la délibération ne prend certes pas parti expressément sur la poursuite de la délégation, ce qui serait, à vrai dire, préférable dans ce type de situations.

UNE DÉCISION QUI PROLONGE LA DURÉE DE LA CONCESSION

Toutefois, deux points nous conduisent à y voir une décision ayant pour effet de prolonger le délai. La première est que la délibération a été adoptée après avis du directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de la collectivité, ce qui correspond précisément à l'hypothèse dans laquelle, conformément aux dispositions législatives précitées, la collectivité souhaite pouvoir bénéficier d'une durée dérogatoire.

Et ce point est très clairement exposé dans les motifs de la délibération, qui se réfèrent à la loi de 1995. La seconde est que la délibération approuve un avenant qui, tel que présenté dans son rapport de présentation, est dépourvu d'ambiguïté et comporte des clauses – notamment une nouvelle grille tarifaire pour 5 ans – dont l'effet est le maintien de la durée de la concession au-delà de la durée permise par ces dispositions, c'est-à-dire jusqu'à la fin de l'année 2021 et non jusqu'en février 2015 (20 ans après la loi de 1995). Elle a donc bien pour effet – puisque c'est l'effet et non seulement l'objet qu'il convient d'analyser – de prolonger la durée de la délégation.

La cour a eu une vision très formaliste de l'avenant en constatant seulement qu'il n'avait pas eu pour objet de refuser de mettre fin à l'exécution du contrat, faisant ainsi référence à votre jurisprudence Transmanche, sur laquelle nous reviendrons rapidement. Mais elle a ensuite nécessairement aussi considéré qu'il n'avait pas eu pour objet ou pour effet de prolonger la durée du contrat puisqu'elle a écarté comme inopérants tous les moyens tirés de la méconnaissance des lois de 1993 et 1995. Elle s'est ainsi méprise sur l'interprétation de cette délibération en refusant d'y voir une décision ayant pour effet de prolonger la durée du contrat. Bordeaux métropole vous invite, si vous retenez ce moyen, à procéder à une substitution de motifs. Les conclusions

du pourvoi dirigées contre la délibération seraient, en tout état de cause, irrecevables en application de votre jurisprudence Transmanche de 2017, qui ferme la voie du recours en excès de pouvoir dès lors qu'est ouvert aux tiers le recours de pleine juridiction contre le refus de faire droit à une demande de mettre fin à l'exécution du contrat.

Toutefois, cette substitution de motifs nous paraît doublement impossible. D'une part, le litige se situe ici dans l'état du droit antérieur à la jurisprudence Transmanche. Certes, vous avez jugé que les règles que cette jurisprudence a posées, qui ne portent pas atteinte à la substance du droit au recours des tiers, sont d'application immédiate. Mais cela ne nous semble pas pour autant autoriser une substitution de motifs qui reviendrait à piéger le requérant en l'enfermant dans une irrecevabilité et non en permettant une requalification des conclusions par le juge. Surtout, la collectivité n'était pas saisie à proprement parler d'une demande de tiers visant à ce que le contrat soit résilié, donc à une demande de mettre fin à l'exécution du contrat de concession. Les requérants ne demandaient pas qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, mais entendaient que sa durée ne soit pas prolongée au-delà du délai prévu par loi de 1995, soit février 2015, c'est-à-dire encore trois ans à courir au moment de la délibération de 2012.

D'autre part, l'avenant n° 9 a été signé en 2012, soit avant votre décision Tam-et-Garonne (2014), et la voie du recours en excès de pouvoir contre la délibération l'approuvant était donc toujours ouverte aux tiers, comme contre tout acte détachable d'un contrat. Cette demande de substitution de motifs devant ainsi être écartée, ce moyen justifie l'annulation de l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions dirigées contre cette seule délibération. Il nous paraît préférable de renvoyer l'affaire dans cette mesure, sans la régler au fond, afin que le débat puisse avoir lieu sur la légalité de la prolongation, qui en un mot, ne paraît pas, en première approche, choquante au regard des conditions formelles et de fond posées par la loi, mais qui a tout de même fait l'objet d'un avis réservé de l'administration des finances publiques et qui suppose un débat approfondi devant les juges du fond.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur les conclusions dirigées contre la délibération du 21 décembre 2012 ;
- au renvoi de l'affaire, dans cette mesure, à la cour administrative d'appel de Bordeaux.

Référence 4 : CE, 20 novembre 2020, Association Trans'Cub et autres, n° 428156 ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, par une délibération du 20 décembre 1991, la communauté urbaine de Bordeaux, devenue Bordeaux Métropole, a concédé le service public de l'eau potable et de l'assainissement à la société Lyonnaise des Eaux pour une durée de trente ans à compter du 1er janvier 1992. Le 22 décembre 2006, le conseil communautaire a approuvé l'avenant n° 7 à la convention de délégation de service public dont l'objet est notamment d'augmenter les investissements à la charge du délégataire de 146 à 302 millions d'euros sur la durée du contrat. Par une délibération du 10 juillet 2009, le conseil communautaire a approuvé un avenant n° 8 ayant notamment pour objet d'imposer au délégataire le remplacement sur le réseau de distribution des branchements en plomb pour un montant prévisionnel de 78 millions d'euros et de fixer une indemnité de retour tenant compte de l'absence d'amortissement total de ces travaux à l'échéance de la délégation. Le 8 juillet 2011, le conseil communautaire a adopté une nouvelle délibération qui a, notamment, approuvé des créations de postes en prévision de la reprise du service en régie à l'issue du contrat.

Enfin, par une délibération du 21 décembre 2012, le conseil communautaire a approuvé un avenant n° 9 à la convention envisageant les modalités de transition vers un nouveau modèle d'exploitation du service sans modifier la date d'échéance de la délégation, telle que prévue initialement, fixée au 31 décembre 2021. L'association Trans'Cub, M. B..., M. C... et M. E... ont adressé au président de la communauté urbaine, le 21 février 2013, un recours gracieux dirigé contre les quatre délibérations mentionnées précédemment. Après le rejet de leur demande par une décision du 18 avril 2013, ils ont saisi le tribunal administratif de Bordeaux d'une demande tendant à l'annulation pour excès de pouvoir des délibérations du 8 juillet 2011 et du 21 décembre 2012 ainsi que de la décision refusant de retirer ces délibérations et celles des 22 décembre 2006 et 10 juillet 2009. Par un jugement du 9 mai 2016, le tribunal administratif a rejeté leur demande. Les requérants se pourvoient en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 18 décembre 2018 qui a rejeté l'appel qu'ils avaient formé contre ce jugement.

2. En vertu de la décision n° 358994 du 4 avril 2014 du Conseil d'État, statuant au contentieux, la contestation de la validité des contrats administratifs par les tiers doit faire l'objet d'un recours de pleine juridiction dans les conditions définies par cette décision. Toutefois, cette décision a jugé que le recours ainsi défini ne trouve à s'appliquer qu'à l'encontre des contrats signés à compter du 4 avril 2014, date de sa lecture, la contestation des contrats signés antérieurement à cette date continuant d'être appréciée au regard des règles applicables avant cette décision. Dans le cas où est contestée la validité d'un avenant à un contrat, la détermination du régime de la contestation est fonction de la date de signature de l'avenant, un avenant signé après le 4 avril 2014 devant être contesté dans les conditions prévues par la décision n° 358994 quand bien même il modifie un contrat signé antérieurement à cette date.

3. En l'espèce, les délibérations du 22 décembre 2006, du 10 juillet 2009 et du 21 décembre 2012 sont relatives à des avenants au contrat de concession antérieurs au 4 avril 2014. Eu égard à la date de conclusion de ces avenants, elles constituent, avec la décision refusant de les retirer, des actes détachables du contrat de concession susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Sur le pourvoi en tant qu'il concerne les délibérations des 22 décembre 2006 et 10 juillet 2009 :

4. D'une part, une délibération approuvant un contrat de concession et autorisant le maire à le signer est dépourvue de caractère réglementaire, sans qu'ait à cet égard d'incidence la circonstance que le contrat approuvé comporte des clauses revêtues d'un caractère réglementaire. D'autre part, une telle délibération crée des droits au profit du concessionnaire.

5. Dès lors, la cour administrative d'appel, qui ne s'est pas méprise sur la portée de ces délibérations, n'a pas commis d'erreur de droit en retenant que la délibération du conseil communautaire du 22 décembre 2006 approuvant l'avenant n° 7 au contrat de concession et celle du 10 juillet 2009 approuvant l'avenant n° 8 étaient dépourvues de caractère réglementaire et avaient créé des droits au profit de la société concessionnaire et en déduisant, d'une part, que l'autorité compétente de Bordeaux Métropole était tenue de rejeter la demande dont elle avait été saisie de retirer ces délibérations au-delà du délai de retrait de quatre mois et, d'autre part, que les moyens excipant de leur illégalité étaient inopérants à l'encontre de la décision du 18 avril 2013 du président de la communauté urbaine de Bordeaux refusant de procéder à leur retrait.

Sur le pourvoi en tant qu'il concerne la délibération du 21 décembre 2012 :

6. Aux termes de l'article 40 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, dans sa rédaction postérieure à la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, codifié à l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales et dont la substance est désormais reprise aux articles L. 3114-7 et L. 3114-8 du code de la commande publique : " Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en oeuvre. Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation ".

7. Ces dispositions répondent à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation. Un tel motif d'intérêt général ne saurait, pas plus que la nécessité d'assurer l'égalité de tous les opérateurs économiques délégataires de service public au regard des exigences de la loi, entraîner la nullité des contrats de délégation de service public conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993 pour des durées incompatibles avec les dispositions de son article 40, ni contraindre les parties à de tels contrats à modifier leur durée. Il implique en revanche, non seulement qu'aucune stipulation relative à la durée du contrat, convenue entre les parties après la date d'entrée en vigueur de la loi, ne peut méconnaître les exigences prévues par son article 40, mais en outre que les clauses d'une convention de délégation de service public qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, excédant la durée maximale autorisée par la loi, ne peuvent plus être régulièrement mises en oeuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximale est atteinte.

8. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la communauté urbaine de Bordeaux a approuvé, le 21 décembre 2012, un avenant n° 9 au traité de concession ayant notamment pour objet de consacrer le principe d'une maîtrise d'ouvrage communautaire sur certains investissements structurants, d'encadrer et de planifier la transition vers un nouveau mode d'exploitation du service en précisant les conditions financières de sortie de la concession et de valider une nouvelle grille de tarification du service de l'eau applicable aux usagers.

9. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, pour écarter comme inopérant le moyen, invoqué à l'appui du recours pour excès de pouvoir formé contre la délibération du conseil communautaire du 21 décembre 2012, tiré de ce que l'avenant approuvé par cette délibération méconnaissait la portée des dispositions de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, la cour a retenu que cette délibération ne pouvait être regardée comme ayant eu pour objet de prolonger l'exécution du contrat de concession au-delà du délai de vingt ans prévu par la loi. En

statuant ainsi, alors que cette délibération, qui a d'ailleurs été adoptée après consultation, à l'initiative de la collectivité, du directeur départemental des finances publiques, telle qu'elle est requise par les dispositions législatives citées au point 6, impliquait, par les modifications qu'elle approuvait, la poursuite de l'exécution du contrat au-delà du mois de février 2015, c'est-à-dire au-delà de la date à laquelle la délégation de service public aurait dû en principe prendre fin en application de la loi du 29 janvier 1993 modifiée par la loi du 2 février 1995, la cour administrative d'appel de Bordeaux a méconnu la portée de cette délibération.

10. Si Bordeaux Métropole, venue aux droits de la communauté urbaine de Bordeaux, demande que soit substitué au motif retenu par la cour un motif tiré de ce que des tiers à un contrat administratif ne peuvent former un recours pour excès de pouvoir contre une décision refusant de mettre fin à l'exécution du contrat, qui peut faire l'objet uniquement d'un recours de plein contentieux devant le juge du contrat, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la requête présentée devant eux tendait, en tout état de cause, non à ce qu'il soit mis fin au contrat liant Bordeaux Métropole et la société Lyonnaise des eaux, mais à l'annulation de la délibération décidant de la poursuite de l'exécution du contrat au-delà de la durée maximale de vingt ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995. Par suite, ce motif ne peut être substitué aux motifs retenus par l'arrêt attaqué.

11. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'autre moyen du pourvoi dirigé contre cette partie de l'arrêt attaqué, que cet arrêt doit être annulé en tant qu'il statue sur les conclusions dirigées contre la délibération du 21 décembre 2012.

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de Bordeaux Métropole la somme globale de 3 000 euros à verser aux requérants au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ces mêmes dispositions font en revanche obstacle à ce que soit mise à la charge de ces derniers, qui ne sont pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demande au même titre Bordeaux Métropole.

Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 9 juin 2021, Conseil national des barreaux

L'office du juge dans le cadre d'un contentieux « Tarn-et-Garonne » est-il limité par l'interdiction de l'ultra petita ? C'est la question posée par les pourvois qui viennent d'être appelés, dont le règlement au fond peut vous permettre, en outre, de vous prononcer sur les contours de la notion d'illicéité du contenu du contrat.

1. La commune de Sainte-Eulalie a engagé, en 2015, une procédure adaptée, sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics alors en vigueur, en vue de la conclusion d'un marché portant sur une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage et d'accompagnement juridique pour la construction et la gestion d'un crématorium. Le marché a été attribué à la société Maliegui, dont la gérante est Mme Auby. M. B..., avocat associé du cabinet d'avocats Rivière Morlon et associés – désormais Rivière Avocats Associés – candidat évincé, qui a été informé que l'offre retenue était celle de la société Auby Conseil, a estimé que le véritable titulaire du marché n'était pas la société Auby Conseil mais la société Maliegui dont la gérante, Mme Auby, n'avait, selon lui, pas la qualité requise, dès lors que les missions essentielles du marché relèveraient d'une activité de consultation juridique devant être accomplie par les personnes

habilitées par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté la demande de M. B... tendant à la résiliation de ce marché et la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel de M. B... demandant de prononcer la nullité du marché ou, subsidiairement, de prononcer sa résiliation au motif :

- d'une part, que les conclusions tendant à ce que la cour prononce la nullité du marché étaient nouvelles en appel et par suite irrecevables,
- d'autre part, qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions tendant à la résiliation du marché puisque l'exécution était achevée. M. B... se pourvoit en cassation contre cet arrêt, ainsi que le Conseil national des barreaux.

2. Arrêtons-nous un instant sur le pourvoi du Conseil national des barreaux. Celui-ci était intervenant devant la cour. En application de votre jurisprudence Bories (16 mars 2018, n° 408182, aux Tables sur ce point), la personne qui est intervenue devant la cour a qualité pour se pourvoir en cassation contre l'arrêt rendu contre les conclusions de son intervention. Puis, de deux choses l'une :

- soit cette personne aurait eu qualité, à défaut d'intervention de sa part, pour former tierce-opposition : elle peut alors contester tant la régularité que le bien-fondé de l'arrêt attaqué,
- soit elle n'aurait pas eu cette qualité, et elle n'est alors recevable à invoquer que des moyens portant sur la régularité de l'arrêt attaqué relatifs à la recevabilité de son intervention ou à la prise en compte des moyens qu'elle comporte, tout autre moyen devant être écarté par le juge de cassation. Précisons que cette notion de « prise en compte des moyens » n'autorise pas, nous semble-t-il, une critique sur le bien-fondé de l'arrêt puisqu'est en facteur commun le fait qu'il ne s'agit que de moyens sur la régularité de l'arrêt.

Or, un ordre professionnel ne justifie pas d'un intérêt lésé par la conclusion d'un contrat, et ce y compris si le contrat méconnaît les règles réservant l'exercice des prestations aux professionnels qu'il défend (3 juin 2020, Département de la Loire-Atlantique, n° 426932, aux Tables sur ce point, conclusions Gilles Pellissier).

Le CNB n'avait donc pas, en l'espèce, d'intérêt à contester la validité du contrat et il n'aurait donc pas pu former tierce-opposition. Nous sommes donc dans le second cas de figure de votre jurisprudence Bories, qui conduit à ce que le CNB ne puisse invoquer que des moyens relatifs aux motifs de l'arrêt concernant la recevabilité de son intervention ou à la prise en compte des moyens de celle-ci.

Les moyens du pourvoi qui n'entrent pas dans ce cadre doivent donc être écartés. Le CNB ne méconnaît bien sûr pas la jurisprudence Bories, mais souhaiterait qu'elle évolue. Au regard de son caractère récent et de l'accès permis au juge de cassation dans les conditions qu'elle prévoit, nous ne voyons toutefois pas de raison de vous inviter à faire droit à ce souhait de revirement jurisprudentiel, quand bien même il est soutenu que la Cour de cassation serait plus clémente en la matière.

Vous pourrez, en tout état de cause, estimer qu'il y a non-lieu à statuer sur le pourvoi du CNB si vous faites droit à celui de M. B..., comme nous allons bientôt vous le proposer.

S'agissant de son intervention au soutien du pourvoi de M. B..., celle-ci est, en revanche, recevable (10 février 2014, Société cabinet Abécassis, n° 376262, aux Tables sur ce point). Et dans la mesure où vous aviez admis le pourvoi du CNB parce qu'il comportait, à titre subsidiaire, une intervention, nous vous proposons d'admettre celle-ci expressément.

3. Venons-en à la question posée par l'unique moyen du pourvoi de M. B....La cour a rejeté, comme nous l'avons dit, comme nouvelles en appel ses conclusions aux fins d'annulation du contrat. Après avoir rappelé votre considérant de principe de la décision Tarn-et-Garonne quant à l'office du juge du contrat saisi par un tiers, la cour a ajouté « en revanche, le juge du contrat ne peut, sans excéder son office, regarder comme tendant à l'annulation du contrat des conclusions qui tendent uniquement et explicitement à sa résiliation ni, saisi de telles conclusions, prononcer d'office la nullité de ce contrat. »

En empruntant un regard contentieux « de droit commun », l'approche de la cour pourrait s'entendre : le juge ne doit pas statuer ultra-petita, ce qui pourrait conduire à considérer que lorsque le requérant ne demande que la résiliation, le juge ne peut aller au-delà, en prononçant l'annulation. Mais ce serait faire fi de la spécificité du contentieux contractuel qui, s'agissant de l'office du juge, ne nous semble pas permettre de retenir un tel raisonnement. Pour au moins trois raisons.

La première tient à la rédaction même de votre décision Tarn-et-Garonne s'agissant de l'office du juge : « tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. » C'est de cette façon que les conclusions doivent être formulées ou, le cas échéant, requalifiées par le juge.

Dans cet esprit, consistant à considérer que c'est bien au juge de requalifier, le cas échéant, des conclusions, vous avez déjà retenu que, dans le cadre d'un recours Béziers II, il lui appartenait, lorsqu'il est saisi de conclusions « aux fins d'annulation » d'une mesure de résiliation, de les regarder comme un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation du contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles (27 février 2019, Société Opilo, n° 410537, aux Tables). En outre, la rédaction de Tarn-et-Garonne poursuit en précisant ce qui relève, non pas de la formulation des conclusions par les parties, mais de l'office du juge, en indiquant qu'il lui « appartient » d'apprécier les vices en présence et de décider soit la poursuite de l'exécution du contrat, soit l'invitation à prendre des mesures de régularisation, soit enfin la résiliation du contrat, et si le contrat a un contenu illicite ou se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité qu'il doit relever d'office, l'annulation totale ou partielle du contrat.

Autrement dit, le juge dispose de la palette bien connue de mesures à sa main, et sa boussole pour retenir la mesure appropriée n'est pas la formulation des conclusions par les parties – dès lors évidemment qu'il est saisi d'un recours en contestation de la validité – mais le type d'irrégularité auquel il est confronté. Dans ce cadre, qui lui confère, non pas tant un large pouvoir d'appréciation – car les irrégularités sont précisément définies – qu'une large possibilité de mesures en fonction des irrégularités constatées, il ne peut pas, pour autant, tout faire, et notamment il rencontre deux limites :

- la première tient au champ des conclusions s'agissant de leur objet même, c'est-à-dire le contrat dans son entièreté ou certaines de ses clauses. Il ne peut s'auto-saisir de clauses qui ne seraient pas mises dans le débat par les parties sauf, alors, à statuer cette fois ultra-petita ;

- la seconde tient à ce qu'il ne peut évidemment s'extraire des deux grandes catégories de conclusions dont il peut être saisi,

tendant à la contestation de la validité du contrat et/ou à une indemnisation du préjudice.

La deuxième raison qui nous conduit à ne pas suivre la cour tient aux incohérences qui résulteraient de la solution qu'elle a entendu dégager. En effet, le juge pourrait être conduit à constater un vice d'une particulière gravité, vice qu'il est tenu de soulever d'office, mais il aurait en quelque sorte les mains liées, puisqu'il ne pourrait pas, s'il n'a été saisi que de conclusions tendant à la résiliation, en tirer les conséquences en prononçant l'annulation du contrat.

On voit là que ce qui relève, d'une part, des moyens qu'il doit, le cas échéant, relever d'office et, d'autre part, des mesures qu'il lui appartient de prendre, indépendamment de la formulation des conclusions, est très étroitement lié. Et cette cohérence est essentielle car c'est elle qui permet de sanctionner des irrégularités d'ordre public.

La troisième raison, qui n'est pas moindre, tient au précédent que vous avez déjà dégagé en ce sens s'agissant de l'office du juge du référé pré-contractuel. Nous ne méconnaissons pas la différence de nature des procédures, qui pourrait conduire à retenir des solutions différentes, mais en l'occurrence, nous ne voyons pas de raison de vous en écarter. Avec la décision Commune d'Andeville (20 octobre 2006, Commune d'Andeville, n° 289234, au Recueil), vous avez en effet jugé, s'agissant du référé pré-contractuel, que « dès lors qu'il est régulièrement saisi, [le juge] dispose – sans toutefois pouvoir faire obstacle à la faculté, pour l'auteur du manquement, de renoncer à passer le contrat – de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Il peut ainsi annuler la procédure alors que seule la suspension était demandée (voir aussi 15 décembre 2006, Société Corsica Ferries, n° 298618, au Recueil). Il est vrai que dans ses conclusions, Didier Casas insistait sur « l'identité profonde du juge du référé pré-contractuel » pour fonder la solution, mais pour autant son raisonnement consistant à proposer de « considérer globalement les pouvoirs dont [le juge] dispose, comme faisant un tout indissociable au service d'une fin unique : permettre au juge, dès lors qu'il est compétemment saisi, de tout mettre en oeuvre pour faire cesser immédiatement le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il est le gardien » nous semble transposable.

Il s'agit ici de permettre au juge de disposer de tous ses pouvoirs au service d'une autre fin - la sanction des irrégularités du contrat - dont l'appréciation du degré de gravité lui permet de concilier la sécurité juridique, la validité du contrat et l'intérêt général.

Nous vous proposons donc de retenir que lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à la contestation de la validité du contrat, il appartient au juge de faire usage des pouvoirs qui lui sont conférés et le cas échéant, en présence d'une irrégularité la justifiant, de prononcer l'annulation du contrat quand bien même le requérant n'aurait demandé que sa résiliation.

Vous vous prononcerez, dans le cadre du litige qui vous est soumis, sur les recours des tiers, mais cette solution vaudra nécessairement – et c'est heureux en termes de cohérence – aussi pour des recours des parties dans le cadre de votre jurisprudence Béziers I, puisque la formulation des pouvoirs du juge comme des irrégularités susceptibles de conduire à une annulation est similaire (contenu illicite et vice d'une particulière gravité incluant notamment le vice de consentement).

Dans ce cadre, si vous nous suivez, une hésitation est toutefois permise sur un point d'application : le juge doit-il alors nécessairement informer les parties avant de prononcer une telle annulation ?

Cette obligation d'information préalable existe s'agissant du référé pré-contractuel mais les textes le prévoient (article L. 551-12 du code de justice administrative). S'agissant de l'office du juge dans le cadre d'un contentieux « Tarn-et-Garonne », la question de l'information préalable des parties avant une éventuelle annulation ne se pose pas s'il doit de toutes façons relever d'office un moyen tenant à une irrégularité d'ordre public.

Elle survient si ce moyen est déjà dans la discussion entre les parties, sans que l'une d'elles ait pour autant demandé l'annulation. Vous pourriez estimer que le juge devrait alors informer les parties de son intention d'annuler. Pourtant, même si cela est toujours possible, nous ne pensons pas qu'il faille en faire une obligation à peine d'irrégularité, car nous y voyons une forme de contradiction avec l'idée même que des conclusions présentées comme ne tendant qu'à la résiliation doivent être requalifiées en conclusions tendant à la contestation de la validité du contrat, autorisant le juge à en tirer toutes les conséquences.

4. En l'espèce, en conséquence, l'arrêt est donc entaché d'erreur de droit. Il ne nous semble pas possible de procéder par substitution de motifs. La cour ne s'est pas considérée, comme elle l'aurait dû, saisie régulièrement de conclusions à fins d'annulation. Il est donc nécessaire que les faits soient de nouveau analysés dans un cadre clarifié.

Vous annulerez donc l'arrêt, si vous nous suivez. Précisons qu'il vous faut, en toute logique, annuler tout l'arrêt (hormis le point relatif à l'intervention). Une cassation partielle en tant seulement que l'arrêt concerne les conclusions à fin d'annulation serait, en effet, incohérente avec l'idée même que de telles conclusions n'existent normalement pas et sont incluses dans les conclusions tendant à la contestation de la validité du contrat. Le règlement de l'affaire au fond ne s'impose ensuite que sous réserve de la réponse que vous apporterez à la question suivante : l'irrégularité invoquée en l'espèce était-elle de nature à engendrer l'annulation du contrat ?

La circonstance qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la résiliation - en présence d'un contrat exécuté - ne fait pas obstacle à son annulation (15 mars 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte, n° 413584, au Recueil). Il n'y a bien sûr aucun intérêt à renvoyer l'affaire à la cour s'il vous suffit de constater que l'irrégularité invoquée n'est pas de celles qui peuvent justifier l'annulation.

Or, l'objet même du contrat tel qu'il est formulé initialement par la personne publique n'est, à l'évidence, pas contraire à la loi : il s'agit d'une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage et d'accompagnement juridique pour la construction et la gestion d'un crématorium.

En revanche, la qualité juridique de l'attributaire à qui le contrat est confié et, le cas échéant, de l'irrégularité en résultant, nous semble un peu plus délicate. A supposer que la prestation litigieuse devait être qualifiée de conseil juridique au sens de la loi de 1971 (ce qui ne va pas de soi), elle ne pouvait alors être confiée qu'aux professionnels autorisés à l'exercer en application de cette loi. Et à supposer que tel n'était pas le cas de l'attributaire (ce qui ne va pas non plus de soi en l'espèce), cette irrégularité est-elle de celle qui entraîne l'annulation du contrat pour illicéité du contenu du contrat ?

Autrement dit, comment qualifier l'irrégularité consistant à confier un contrat à une personne qui ne peut pas légalement y répondre ?

Vous pourriez considérer qu'il s'agit d'une question de « capacité » du titulaire à exécuter le marché, rejoignant alors le cas dans lequel une norme méconnue est relative à une condition ou modalité d'exécution, que vous avez exclu du champ de l'illicéité de l'objet du contrat avec votre décision Cerba (9 novembre 2018, Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie, n° 420654, 420663, au Recueil). Vous avez, en effet, retenu une acception très stricte de la notion de contenu illicite du contrat, en estimant que l'objet même du contrat devait être entaché d'une telle illicéité.

Vous avez précisé que « Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement ».

Dans le cas d'une société qui ne pourrait pas légalement exercer une certaine activité régie par des obligations légales et qui, du simple fait de s'engager dans le contrat, méconnaît nécessairement la loi, n'est-ce pas l'objet même du contrat qui revêtirait alors, de ce fait, un caractère illicite ? Nous avouons avoir hésité sur ce point. En effet, si les capacités du titulaire ne sont pas des règles d'ordre public que le juge doit relever d'office et dont la sanction est l'annulation, puisque la résiliation suffit alors à permettre que la personne qui ne peut exécuter le contrat cessera de le faire, la solution pourrait être différente lorsque la nature juridique même de l'attributaire conduit à méconnaître la loi. Il ne nous paraît pas évident de transposer votre raisonnement relatif à des capacités tenant seulement à l'exécution, d'ordre technique ou financière, à des « capacités légales ».

Néanmoins, trois éléments nous convainquent finalement plutôt d'écarter une telle irrégularité du champ de celles qui sont relatives au contenu du contrat.

D'abord, l'esprit de votre jurisprudence est très restrictif s'agissant de la notion d'illicéité du contrat. Et la précision apportée par la décision Cerba que nous avons citée couvre plutôt l'hypothèse d'une évolution des termes du contrat incluant donc sa version finale, une fois signé.

Ensuite, la question de la capacité légale de l'attributaire à exercer un contrat peut supposer une analyse fine, nourrie d'un travail de qualification approfondi, qui s'accommode sans doute mal de la notion de moyen d'ordre public que le juge est tenu de soulever d'office. Le cas d'espèce l'illustre : il n'est pas évident de savoir si la prestation constitue ou non d'une consultation juridique au sens de la loi de 1971. Si vous dégagiez une telle notion, faudrait-il alors englober toute méconnaissance de la loi ou seulement celle portant sur le cœur du contrat, et faudrait-il distinguer entre obligations légales et réglementaires, alors qu'un décret peut comporter des dispositions substantielles sur une qualité juridique requise ?

Enfin, en cas d'irrespect grave de critères posés par la loi s'agissant d'une catégorie d'attributaires précis, supposant par exemple un agrément, et faisant intervenir des enjeux d'intérêt général, de protection de certains publics ou encore des enjeux de sécurité ou de santé, le juge dispose d'un autre terrain de réponse en annulant, le cas échéant, un contrat confié à celui à qui il

n'aurait pas dû l'être via le motif du vice grave, autre branche de l'annulation. Il est plus à même de vous permettre de faire le partage entre ce qui justifie l'annulation ou la résiliation selon ce que vous jugerez véritablement substantiel. Et nous pensons que le juge devrait se saisir de la notion de vice grave dans le cas où, à l'évidence, le contrat ne peut pas être confié à un prestataire ne répondant pas à des exigences légales, du fait de la méconnaissance flagrante de la loi qui en résulterait.

Si vous nous suivez, vous pourrez donc constater que l'irrégularité pointée concerne ici la qualification juridique de l'attributaire - et ce à supposer que la prestation entre dans le champ de la consultation juridique - et que cette irrégularité n'est pas de celle qui justifie une annulation pour illicéité du contenu du contrat, et sans que le juge doive, dans les circonstances de l'espèce, soulever d'office l'existence d'un vice grave.

S'agissant enfin de la résiliation dans le cadre de ce règlement au fond, qui si elle pouvait reposer sur des conclusions distinctes, vous conduiraient à prononcer un non-lieu (le contrat ayant été exécuté), vous pourrez juger que le requérant n'est pas fondé à se plaindre de ce que le tribunal administratif a rejetées les conclusions dans leur ensemble.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi du CNB
- à ce que l'intervention du CNB soit admise
- à l'annulation des articles 2 à 5 de l'arrêt attaqué
- au rejet de la requête d'appel de M. B... et de ses conclusions au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- à ce que M. B... verse à la commune de Sainte-Eulalie une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 6 : CE, 9 juin 2021, Conseil national des barreaux, n°438047 et 438054 ;

Considérant ce qui suit : [jonction]

Sur le pourvoi de M. A... :

2. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que par un marché conclu le 17 avril 2015, la commune de Sainte-Eulalie a confié à la société Maliegui une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage et d'accompagnement juridique pour la construction et la gestion d'un crématorium. Par un jugement du 6 juin 2017, le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté la demande de résiliation de ce contrat formée par M. A..., avocat associé de l'association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle Rivière Morlon et Associés, candidat évincé à l'attribution du marché. Par l'arrêt attaqué du 28 novembre 2019, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel formé par M. A....

3. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles.

4. Saisi d'un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses par un tiers justifiant que la passation de ce contrat l'a lésé dans ses intérêts de façon

suffisamment directe et certaine, il appartient au juge du contrat, en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci.

5. Il résulte de ce qui précède que le juge du contrat saisi par un tiers de conclusions en contestation de la validité du contrat ou de certaines de ses clauses dispose de l'ensemble des pouvoirs mentionnés au point précédent et qu'il lui appartient d'en faire usage pour déterminer les conséquences des irrégularités du contrat qu'il a relevées, alors même que le requérant n'a expressément demandé que la résiliation du contrat. Par suite, en considérant que les écritures par lesquelles M. A... faisait valoir devant elle que les vices entachant le contrat étaient de nature à entraîner son annulation constituaient des conclusions nouvelles en appel et par suite irrecevables au motif qu'il n'avait demandé au tribunal administratif que la résiliation du contrat, alors que les conclusions de M. A... devaient être regardées dès l'introduction de la requête devant le tribunal comme contestant la validité du contrat et permettant au juge, en première instance comme en appel, si les conditions en étaient remplies, de prononcer, le cas échéant d'office, l'annulation du contrat, la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit.

6. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, que M. A... est fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque en tant qu'il a statué sur ses conclusions en contestation de la validité du contrat.

Sur le pourvoi du Conseil national des barreaux :

7. En raison de l'annulation prononcée par la présente décision, le pourvoi du Conseil national des barreaux a perdu son objet en tant qu'il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué. Il appartient dès lors au Conseil d'Etat de constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce pourvoi dans cette mesure.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative:

8. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Sainte-Eulalie et de la société Maliegui le versement à M. A... d'une somme de 1 500 euros chacun au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ces dispositions font en revanche obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de M. A... qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Sainte-Eulalie et de la société Maliegui le versement d'une somme au Conseil national des barreaux au titre de ces mêmes dispositions.

Référence 7 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 7^e et 2^e ch. réun., 18 mai 2021, Association française indépendante de l'électricité et du gaz

1. Quelle est la portée d'un décret procédant au regroupement de concessions hydroélectriques et, conséquemment, quelle est la nature du recours dirigé contre lui ? Telle est la principale question que pose le présent litige dont vous êtes saisis en premier et dernier ressort .

En l'espèce, est contesté le décret du 20 mars 2019 par lequel le Premier ministre a regroupé deux concessions hydroélectriques exploitées sur la Dordogne par la Société hydroélectrique du Midi (SHEM) : d'une part, la concession dite de la « Haute Dordogne » octroyée par décret du 11 mars 1921 et, d'autre part, la concession de Saint-Pierre-Marèges octroyée par décret du 2 mars 1988. Ce regroupement intervient en application de l'article L. 521-16-1 du code de l'énergie, dans ses dispositions issues de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, qui visent à la fois à rationaliser la gestion des cours d'eau, en confiant au même concessionnaire les installations liées entre elles au niveau hydroélectrique dans une même vallée, et à satisfaire aux exigences du droit de l'Union européenne, en permettant une ouverture à la concurrence de ces concessions, dont une grande partie était jusqu'à présent attribuée à EDF.

Estimant en particulier que la nouvelle date commune d'échéance de ces concessions, fixée par le décret attaqué au 31 décembre 2048, alors qu'elles devaient expirer respectivement au 31 décembre 2012 et au 31 décembre 2062, est trop lointaine au regard des obligations de mise en concurrence désormais posées par le code de l'énergie, l'Association française indépendante de l'électricité et du gaz (AFIEG) a demandé au ministre de la Transition écologique et solidaire, mais sans succès, de retirer ce décret : elle en sollicite donc l'annulation devant vous, ainsi que de la décision de rejet de son recours gracieux.

2. La recevabilité de la requête est vigoureusement contestée devant vous au titre de l'intérêt à agir de l'association et, de fait, il vous faut, avant le cas échéant d'en venir au fond du litige, vous interroger sur la nature exacte du recours qui vous est soumis puisque l'intérêt à agir s'apprécie différemment selon que l'on se trouve en excès de pouvoir ou en plein contentieux.

LES PARTICULARITÉS DU RÉGIME DES CONCESSIONS HYDRAULIQUES

2.1. Il vous revient ainsi de déterminer quels sont l'objet et la portée de l'acte attaqué. Potentiellement, cet objet est large puisque le régime des concessions hydrauliques se trouve aux confins d'au moins trois législations : celles de l'énergie, de l'environnement et de la commande publique.

De manière générale, une installation de production d'électricité doit recevoir une autorisation d'exploiter en application de l'article L. 311-5 du code de l'énergie et des critères qu'il définit. L'article L. 312-1 de ce code renvoie à cet effet aux dispositions de son livre V et l'article L. 312-2 précise que : « Les titres administratifs délivrés en application du livre V valent autorisation au sens de l'article L. 311-5. »

Au sein dudit livre V, l'article L. 511-5 du code de l'énergie énonce que : « Sont placées sous le régime de la concession les installations hydrauliques dont la puissance excède 4 500 kilowatts. / Les autres installations sont placées sous le régime de l'autorisation selon les modalités définies à l'article L. 531-1. / [...] » et l'article L. 521-1 prévoit, dans sa rédaction applicable au litige, que : « Les installations placées sous le régime de la concession en application de l'article L. 511-5, les autorisations de travaux et les règlements d'eau pris pour son application sont instruits en application du présent titre selon des modalités définies par décret en Conseil d'État. / Ces actes doivent respecter les règles de fond prévues au titre Ier du livre II du code de l'environnement et valent autorisation au titre de l'article L. 214-1 du même code. / La passation et l'exécution des contrats de concession d'énergie hydraulique sont soumises aux dispositions prévues par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et par le présent titre. » Vous retrouvez là les différentes facettes du régime de ces concessions.

UN DÉCRET QUI A POUR SEUL OBJET DE MODIFIER LE RÉGIME CONTRACTUEL DES CONCESSIONS

De manière assez expédiente, vous pourriez déduire de la combinaison de ces différentes dispositions que les contrats de concession des installations hydroélectriques régies par le livre V du code de l'énergie valent autorisation de ces installations au titre tant de l'article L. 311-5 de ce code que des articles L. 214-1 et suivants du code de l'environnement. Vous regarderiez alors le décret attaqué comme valant nouvelles autorisations des installations hydroélectriques au sens des droits de l'énergie et de l'environnement.

À vrai dire, ce raisonnement ne vous sortirait pas tout à fait de l'embarras dès lors que, jusqu'à présent, les régimes contentieux de ces autorisations ne sont pas alignés : vous jugez que les recours dirigés contre les autorisations d'exploiter une installation de production d'électricité relève de l'excès de pouvoir alors que les autorisations environnementales relèvent, en vertu de la combinaison des articles L. 214-1, L. 214-10 et L. 181-17 du code de l'environnement, d'un contentieux de pleine juridiction. Mais, en tout état de cause, une telle lecture nous paraît très audacieuse, tant dans son principe que dans son application en l'espèce.

Sur le plan des principes, il nous semble que vous vous refusez à opérer une confusion contentieuse entre les différents titres administratifs prévus par les différentes législations, quand bien même ils s'inscriraient dans des procédures liées ou se manifesteraient formellement dans un même acte. Ainsi, par deux décisions du 24 juillet 2019 rendues à propos de l'autorisation d'exploiter un parc éolien off-shore sur le fondement de l'article L. 311-5 du code de l'énergie, vous avez expressément distingué la décision qui, au terme de la procédure d'appel d'offres, retient une candidature pour l'exploitation de l'installation, d'une part, et la décision qui constitue l'autorisation administrative d'exploiter l'installation, d'autre part, laquelle est délivrée au candidat retenu et désigne le titulaire de cette autorisation en fixant le mode de production, la capacité autorisée et le lieu d'implantation de l'installation.

Vous avez précisé que si la première de ces décisions rend possible l'édition de la seconde, elle n'en constitue pas, pour autant, la base légale et que la seconde décision n'est pas prise pour l'application de la première, ce dont vous avez déduit, eu égard à l'objet respectif des décisions en cause, que la requérante ne pouvait utilement invoquer, à l'appui de ses conclusions dirigées contre l'autorisation d'exploiter, l'illégalité par voie d'exception de la décision ayant retenu la candidature d'une autre société au terme de l'appel d'offres, ni utilement critiquer la procédure d'appel d'offres ayant conduit à retenir cette candidature. En d'autres termes, vous faites le départ entre le recours en tant qu'il est dirigé contre le choix de la société qui va exploiter l'installation, qui relève du contentieux contractuel, et en tant qu'il est dirigé contre l'autorisation d'exploitation, ce qui relève du recours pour excès de pouvoir.

En l'espèce, la même solution nous paraît s'imposer de plus fort car non seulement c'est là la logique contentieuse que nous venons de vous exposer mais, en outre, c'est aussi ce à quoi nous conduit l'analyse de l'objet du décret attaqué. Les trois articles qu'il comporte se bornent en effet à procéder au regroupement des deux concessions, à fixer de nouvelles dates d'échéance de la concession unifiée et à mettre à la charge du concessionnaire certains travaux. Nulle trace dans ce court texte de prescriptions particulières quant au mode de production, aux capacités d'exploitation ou aux règles de fonctionnement des ouvrages...

En d'autres termes, le décret ne modifie en rien le régime des installations au regard des règles de production d'électricité ou du

droit de l'environnement mais a pour seul effet de modifier le régime contractuel des deux concessions, étant entendu que, contrairement à ce qui est soutenu par l'AFIEG, ne sont pas ici en cause des « clauses réglementaires » au sens de votre jurisprudence Cayzeel, la durée d'une concession ne relevant pas de ce champ. Il nous semble que ce serait faire une interprétation fort constructive du décret attaqué que d'y voir une mesure de renouvellement d'une autorisation environnementale ou d'une autorisation d'exploiter, qui obéissent à d'autres logiques et sont soumises à d'autres exigences.

Ajoutons que raisonner différemment nous paraîtrait propice à créer des difficultés malvenues car une interprétation extensive conduirait à rouvrir des fenêtres contentieuses contre les autorisations octroyées alors même que les règles d'exploitation et de fonctionnement de l'installation ne sont absolument pas modifiées. Du reste, personne n'a semble-t-il songé à ce que le décret litigieux puisse avoir un tel effet – ni l'autorité administrative, ainsi qu'en attestent les visas du décret (qui ne mentionnent même pas le code de l'environnement ni d'ailleurs les articles du code de l'énergie relatifs à l'autorisation d'exploiter), ni les parties au litige, qui ne font nullement écho dans leurs écritures à toutes ces questions...

En dépit de sa forme décrétole – qui traduit simplement son caractère unilatéral –, l'acte dont vous êtes saisis ne peut donc, selon nous, s'interpréter que comme une modification du contrat de concession entre l'État et la SHEM. En tout état de cause, c'est sous cet angle – et seulement sous celui-ci – qu'il est critiqué devant vous.

2.2. C'est donc de la contestation d'un tiers contre une décision de modification unilatérale d'un contrat de concession dont vous avez à connaître.

LA RECONFIGURATION DU CONTENTIEUX CONTRACTUEL À LA SUITE DE L'ARRÊT TARN-ET-GARONNE

Or, vous n'ignorez pas que, dans la profonde reconfiguration du contentieux contractuel induite en particulier par votre jurisprudence Tarn-et-Garonne, le sort d'un tel recours n'est plus aussi clair qu'il pouvait l'être. Pour nous en tenir à ce stade à la situation des tiers au contrat, vous savez que, pendant longtemps, leur était ouverte la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre « tous les actes qui bien qu'ayant trait soit à la passation soit à l'exécution du contrat, peuvent néanmoins être regardés comme des actes détachables dudit contrat », ainsi que l'énonçait en des termes très généreux votre décision de Section 24 avril 1964, SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC) (il s'agissait en l'espèce d'un refus de l'administration de résilier un contrat). Cette faculté a ensuite été étendue à la décision de résilier un contrat et à celle de refuser de le modifier. Votre décision de Section du 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT) a toutefois clairement abandonné la jurisprudence Société LIC s'agissant du recours des tiers contre les décisions de refus de résiliation. Dans cette hypothèse, elle a substitué au recours pour excès de pouvoir un recours de plein contentieux devant le juge du contrat qui obéit à des conditions de recevabilité et d'opérance des moyens inspirées de celles du recours Tarn-et-Garonne contre le contrat. Cependant, la décision ne tranche pas explicitement le sort des recours dirigés contre les mesures intervenant durant l'exécution du contrat, en particulier les modifications de celui-ci. Formellement, en l'état actuel de la jurisprudence, le recours « LIC » nous paraît demeurer en vigueur. Vous pourriez donc vous en arrêter là et estimer que vous êtes saisis d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret litigieux.

Plaiderait en particulier en ce sens le fait que, s'agissant d'un acte unilatéral de l'administration, la décision qui vous est déférée n'exprime pas, par définition, l'accord des parties. Dès lors, l'impératif de stabilité des relations contractuelles, qui est fondamental dans la compréhension de vos jurisprudences Béziers et Tarn-et-Garonne, ne trouverait pas à jouer pareillement et vous pourriez vous en tenir aux canons les mieux établis de votre arsenal contentieux. Tel n'est cependant pas ce que nous vous proposons au vu de l'état du droit des contrats. À vrai dire, l'alternative se réduit selon nous à deux branches.

2.2.1. La première solution envisageable serait de se couler dans la vénérable ligne jurisprudentielle Goguelat, applicable aux parties au contrat et selon laquelle le juge du contrat, saisi par elles, se refuse le pouvoir d'annuler toute mesure relative à son exécution. Cette jurisprudence a d'ailleurs été appliquée non seulement à la résiliation, mais aussi à une décision de différer l'exécution d'une partie des prestations prévues par une concession, qui peut être assimilée à une modification unilatérale. Vos chambres réunies en ont fait une application récente en estimant qu'une partie à un contrat administratif ne peut pas demander au juge du contrat l'annulation d'une décision portant modification unilatérale d'un contrat de délégation de service public, mais seulement l'indemnisation du préjudice qu'elle lui a causé.

Vous pourriez vouloir transposer cette jurisprudence des cocontractants aux tiers, en vous fondant sur l'idée qu'il serait inopportun qu'un tiers puisse obtenir davantage qu'une partie au contrat. Nous sommes toutefois très réservé quant à cette option, qui vous conduirait indubitablement à fermer votre prétoire alors que votre décision dite « Béziers II » lui a déjà apporté un sérieux tempérament en admettant, certes dans de bonnes conditions très encadrées, que les parties puissent former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelle. Nous observons également qu'ayant ouvert un recours aux tiers contre les modifications conventionnelles du contrat, y compris par voie d'avenant, l'édifice deviendrait sérieusement bancal : nous peinons en effet à trouver une justification au distinguo que certains font entre avenant et modification unilatérale.

L'ADMISSION D'UN RECOURS DES TIERS CONTRE LES MESURES DE MODIFICATION UNILATÉRALE D'UN CONTRAT

2.2.2. Plus fondamentalement, nous pensons que de solides raisons militent pour conserver une voie de recours aux tiers contre ce type d'actes, tout en adaptant les modalités conformément aux évolutions récentes de votre jurisprudence. Il nous semble que c'est d'abord là une question de principe : c'est une vérité axiomatique du droit public que de postuler que l'action de l'administration n'est jamais totalement dépourvue d'effets sur les tiers, c'est-à-dire sur les citoyens, et cela vaut quand bien même elle n'aurait pour seul objet que de modifier une situation contractuelle. Il nous paraît essentiel, dans cette logique, de leur conserver une voie de recours, même s'il convient sans doute d'en moduler les conditions en fonction des spécificités de la matière contractuelle.

Dans ce même ordre d'idée, nous pensons que nous n'aurons guère de difficulté à vous convaincre qu'il est nécessaire que la préservation de l'intérêt général puisse continuer d'être défendue par certains tiers reconnus comme « privilégiés » par votre jurisprudence, tels que les préfets et les membres des organes délibérants des collectivités, dont il nous paraît plus qu'utile qu'ils soient à même de contester des modifications gravement illégales d'un contrat. Leur exemple montre d'ailleurs, de manière générale, que l'asymétrie des droits à recours en matière contractuelle entre

les parties et les tiers peut être justifiée par l'intérêt général. Il nous semble ensuite que c'est aussi désormais une question de cohérence de votre jurisprudence : il nous apparaît parfaitement illogique qu'une modification du contrat prenant la forme d'un avenant puisse aujourd'hui être contestée par des tiers dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne mais qu'elle ne puisse pas l'être si elle est effectuée par une décision unilatérale de l'administration. Non seulement c'est intellectuellement douteux, mais, comme de bons auteurs l'ont noté, en pratique, cela risquerait au surplus de créer « des stratégies consistant pour les parties à préférer modifier leur contrat par le biais d'un acte modificatif unilatéral (qui aura été négocié) afin d'éviter tout risque contentieux ».

Enfin, c'est aussi, croyons-nous, une question d'effectivité du droit et de pragmatisme : il est en effet évident que les tiers peuvent être lésés dans une mesure qui ne se résout pas nécessairement à travers la seule action indemnitaire... Que l'on songe, par exemple, à la situation de riverains d'un chantier de travaux publics au titulaire duquel l'administration imposerait des travaux supplémentaires non prévus au contrat initial : ceux-ci préféreraient sans doute les empêcher que de se voir allouer un dédommagement financier.

Si vous partagez cette opinion, il nous semble que votre décision pourrait, tout en fermant la voie du REP au tiers contre les décisions de modifications unilatérales, leur ouvrir celle du recours de plein contentieux, qui pourrait s'apparenter aux « recours aux fins de rétablissement des conditions antérieures du contrat » déjà appelé de leurs vœux par certains de vos commentateurs autorisés.

LA FORME D'UN TEL RECOURS

2.2.3. Quelle forme pourrait prendre ce recours ? Il nous semble que la voie est déjà largement tracée et qu'il faut regarder, non pas tant du côté de votre jurisprudence Transmanche, qui est en quelque sorte un « faux ami » car si elle régit le recours de tiers, c'est contre le refus de mettre fin à l'exécution du contrat qu'elle joue, c'est-à-dire contre une décision qui, au fond, refuse de le modifier, mais plutôt de celui de votre jurisprudence Tarn-et-Garonne. Il nous semble en effet que, par sa nature, la modification unilatérale du contrat se rapproche le plus de la modification conventionnelle du contrat et qu'il serait approprié de rapprocher autant que possible leur régime contentieux.

Vous pourriez donc soumettre ce recours à des règles de recevabilité et d'opérance des moyens directement inspirées de la décision Tarn-et-Garonne. Hormis pour les requérants privilégiés que constitueraient le représentant de l'État et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale, cela se traduirait pour les requérants « de droit commun » par :

— la nécessité d'être lésé dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la modification des termes du contrat ;

— la faculté de n'invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ;

— la possibilité d'assortir le recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution de la modification en litige. S'agissant de l'office du juge, son contrôle de la validité de la modification en cause serait très similaire à celui qu'il peut aujourd'hui exercer en vertu de la jurisprudence Tarn-et-Garonne, à cette différence près – mais elle est d'importance – que le recours contre une modification ne saurait « d'une maille rongée emporter tout l'ouvrage ».

Vous veillerez ainsi à restreindre les pouvoirs du juge à l'étape du raisonnement où, ayant constaté l'existence de vices entachant la

validité de la modification et ayant apprécié leur gravité, il lui revient d'en tirer les conséquences. Selon nous, il ne pourrait alors soit que décider que la poursuite de l'exécution du contrat modifié est possible, soit qu'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixerait mais non, comme cela est en revanche possible dans un recours Tarn-et-Garonne, de résilier ou de résoudre le contrat.

Il nous paraît en effet essentiel, pour éviter qu'un tel recours ne se transforme en une remise en cause permanente du contrat, de prohiber une telle possibilité, qui reviendrait à permettre aux tiers de contester la validité du contrat dans son ensemble. De même, en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation, il lui reviendra seulement de pouvoir prononcer, dans les conditions déjà prévues par la jurisprudence, l'annulation de tout ou partie de la modification en litige, mais non la résiliation du contrat ni, encore moins, son annulation totale ou partielle. Précisons enfin qu'en l'état du litige, vous n'aurez pas à prendre position sur la question d'un recours qui serait formé par un tiers contre la décision particulière que constitue la résiliation unilatérale du contrat dont, non seulement par déférence vis-à-vis des précédents mais aussi eu égard aux implications d'une telle mesure, vous pourriez estimer qu'elle relève d'une autre formation de jugement.

Il est vrai qu'il y a à tout le moins une différence de degré entre une mesure de modification et une mesure de résiliation, même si, pour vous dire l'état de notre réflexion à ce stade, nous ne sommes pas certain qu'il y ait en revanche une différence de nature.

L'ABSENCE D'INTÉRÊT POUR AGIR DE L'ASSOCIATION REQUÉRANTE

3. Venons-en maintenant à la question de l'appréciation de l'intérêt à agir de la requérante.

3.1. Si vous estimiez vous trouver dans le cadre d'un REP, nous vous proposerions de l'admettre. Certes, vous pourriez hésiter un instant car l'AFIEG étant une association nationale, se pose la question de savoir si s'applique ici votre jurisprudence selon laquelle est irrecevable le recours d'une association nationale contre une décision administrative locale, sauf lorsque les questions posées excèdent les circonstances locales. En l'espèce, la décision attaquée est un décret du Premier ministre qui concerne des concessions hydrauliques implantées sur la Dordogne dont l'impact s'étend sur les onze départements traversés par ce cours d'eau.

L'argument géographique est cependant peu convaincant car le décret attaqué ne fait que modifier les dates d'échéance des concessions sans avoir aucun impact sur les ouvrages eux-mêmes et donc sur le cours d'eau. En revanche, la requérante, qui a notamment pour objet « la promotion du développement en France d'un marché concurrentiel dans les secteurs de l'électricité et du gaz naturel » ainsi que « la promotion et la défense des intérêts communs moraux, patrimoniaux et professionnels de ses Membres », fait valoir que son recours soulève des questions qui, par leur nature et leur objet, excèdent les seules circonstances locales au sens de la jurisprudence précitée. Elle a en effet pour objet social d'assurer la promotion de la concurrence sur le marché de l'électricité qui est national.

Or, comme nous le verrons, les moyens qu'elle invoque soulèvent des questions d'ordre général d'interprétation de la partie législative du code de l'énergie et visent en effet au développement de la concurrence sur ce type de concessions, en complément des préoccupations similaires de la Commission

européenne. Au vu du libéralisme de votre jurisprudence sur ce point, son intérêt à agir serait alors suffisant.

3.2. En revanche, si, comme nous vous le proposons, c'est dans le cadre d'un recours de plein contentieux que vous devez en juger, notre conclusion ne pourra qu'être inverse. En effet, votre appréciation de la lésion des intérêts du requérant est alors beaucoup plus sévère. S'agissant des personnes morales : B. Dacosta soulignait dans ses conclusions sur la décision Département de Tarn-et-Garonne que « devra ainsi être vérifiée avec une vigilance accrue l'atteinte directe aux intérêts qu'elles entendent défendre ».

Vous avez poussé cette logique assez loin en estimant, par une décision CE 3 juin 2020, Département de Loire-Atlantique, qu'en dépit des intérêts généraux dont il a la charge, un ordre professionnel est dépourvu d'intérêt à agir pour contester un contrat susceptible d'affecter certains de ses membres. Si la page était blanche, nous devons avouer que nous ne vous aurions pas forcément proposé cette solution car il peut paraître un peu artificiel de reconnaître un intérêt à agir à chacun des membres de l'association ou de l'ordre professionnels et non à celui qui porte cet intérêt à l'échelle collective.

Mais telle est la voie dans laquelle vous vous êtes engagés et, sauf à ce que vous souhaitiez reconsidérer votre récente jurisprudence – ce à quoi nous ne sommes pas opposé mais que la discipline jurisprudentielle nous empêche de vous proposer, nous croyons qu'il serait désormais paradoxal de traiter plus favorablement une association privée qu'un ordre professionnel. Dans cette logique, vous rejetterez comme irrecevable la requête de l'AFIEG.

LE SORT DES MOYENS SOULEVÉS

4. Si vous ne nous suiviez pas, soit que vous estimiez être dans le cadre d'un REP soit que vous adoptiez ici une conception moins restrictive de l'intérêt à agir, nous vous proposons de vous dire un mot des moyens soulevés, même si dans ce dernier cas, leur invocabilité ne sera pas la même.

4.1. Vous pourriez aisément écarter les deux moyens de légalité externe tirés de ce que le décret attaqué aurait été adopté au terme d'une procédure irrégulière faute d'avoir été précédé des consultations prévues par l'article R. 521-65 du code de l'énergie et faute qu'ait été transmise une note du concessionnaire présentant les conditions économiques et les modifications du cahier des charges, prévue à l'article R. 521-66 du même code.

En effet, le premier manque en fait et le second est inopérant puisque l'article R. 521-66 n'était pas applicable à la procédure de regroupement qui est, quant à elle, régie par les dispositions de l'article L. 521-16-1 du même code.

4.2. Le premier moyen de légalité interne ne serait certainement pas invocable en plein contentieux. Il soutient par voie d'exception que les dispositions du deuxième alinéa de l'article R. 521-61 du code de l'énergie, en tant qu'elles visent la prorogation du contrat de concession en application du troisième alinéa de l'article L. 521-16, méconnaissent celles de l'article L. 521-16-1 du même code, qui ne concernent, selon l'AFIEG, que les prorogations issues des deux derniers alinéas de l'article L. 521-16, à savoir ses quatrième et cinquième alinéas, et non celles résultant de son troisième alinéa.

Or, il est vrai que, depuis que l'article 4 de l'ordonnance du 28 avril 2016 portant diverses modifications du livre V du code de l'énergie a inséré au sein de l'article L. 521-16 du code de l'énergie un nouvel alinéa entre ses deux derniers alinéas, l'article L. 521-16-1 du même code – qui n'a, pour sa part, pas été modifié

– vise de manière erronée les deux derniers alinéas de l'article L. 521-16. Il ne fait néanmoins pas de doute que l'auteur de l'ordonnance a entendu viser dans l'article L. 521-16-1, non les deux derniers alinéas tels qu'ils sont désormais, mais le troisième ainsi que le cinquième et dernier alinéa de l'article L. 521-16, à l'exclusion de son quatrième alinéa – c'est-à-dire les deux derniers alinéas tels qu'ils étaient.

Vous pourriez donc écarter le moyen et, même, puisque vous vous en reconnaissez le pouvoir, notamment lorsque sont en cause des renvois entre articles d'un même code ou d'une même loi, neutraliser ce qui peut être qualifié d'erreur de plume ou de malfaçon rédactionnelle en ordonnant la publication d'un extrait de votre décision au Journal officiel.

4.3. Est ensuite inopérant le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 521-16-3 du code de l'énergie relatives à la prorogation des concessions pour travaux puisque ce n'est pas pour ce motif que les concessions en cause ont été prolongées.

4.4. Sont en revanche beaucoup plus substantiels et complexes les moyens tirés, d'une part, de la méconnaissance des dispositions relatives aux modalités de calcul de la date d'échéance commune des concessions fixées par les articles L. 521-16-1 et R. 521-61 du code de l'énergie et, d'autre part, de ce que « la date d'échéance commune du 31 décembre 2048 autorise une durée de la concession regroupée manifestement excessive » au regard des travaux énumérés à l'article 3 du décret attaqué. L'AFIEG avance en particulier que les taux de rendement interne de la concession seraient de 20 %, ce qui permettrait au concessionnaire actuel de récupérer en quatre ou cinq années l'intégralité des investissements réalisés.

Nous pensons que de tels vices sont en rapport suffisamment direct avec l'intérêt lésé dont se prévaut l'AFIEG, en ce qu'ils sont effectivement susceptibles d'impacter fortement le jeu de la concurrence. À ce stade, nous nous bornerons à vous indiquer que le regroupement des concessions consiste, en application de la méthode dite des « barycentres », d'une part, à allonger la durée d'une ou plusieurs concessions échues ou dont la date d'échéance est proche et, d'autre part, à réduire la durée d'une ou plusieurs concessions dont la date d'échéance est plus lointaine.

Ce mécanisme a pour effet d'aligner les dates d'échéance des concessions regroupées sur une date commune, déterminée dans des conditions permettant de garantir au concessionnaire le maintien de l'équilibre économique, apprécié sur l'ensemble des concessions regroupées.

Pour dire les choses plus simplement en ces lieux dédiés à Thémis, il s'agit de trouver la formule qui permettra d'équilibrer les deux plateaux de la balance constitués par les deux concessions regroupées. À cet effet, la nouvelle date d'échéance commune des concessions doit correspondre à la date à laquelle la valeur actuelle nette des flux de trésorerie disponibles futurs de la ou des concessions dont la durée est allongée compense strictement la valeur actuelle nette des flux de trésorerie futurs de la ou des concessions dont le concessionnaire est privé du fait de la réduction de leur durée.

Lorsque le regroupement intègre une concession qui fait l'objet d'une prorogation en application du troisième alinéa de l'article L. 521-16 du code de l'énergie, l'article R. 521-61 définit les modalités de détermination de la date d'échéance théorique de cette concession dite « en délais glissants » qui doit être retenue afin de garantir la neutralité économique du regroupement. La formule de calcul de cette date d'échéance théorique varie selon

qu'est positive ou non la variable « E » mentionnée à l'article R. 521-61 du code de l'énergie, qui correspond à la valeur actualisée nette des flux de trésorerie pendant la période de prorogation de la concession, augmentée des investissements de remise en bon état des biens qui incombent au concessionnaire à la date normale d'échéance de la concession et qui ont été réalisés après cette date.

Nous vous épargnerons à ce stade les difficultés mathématico-pratiques que pose le dossier en nous bornant à vous indiquer que, si vous estimiez que ce moyen devait être examiné, il nous paraîtrait judicieux, au vu, d'une part, de ce que vous devriez à notre sens exercer un contrôle normal sur la question et, d'autre part, de la complexité des formules à appliquer pour procéder au calcul du barycentre, de surseoir à statuer et de procéder à un supplément d'instruction voire de désigner un expert avec pour mission d'apprécier l'exactitude du calcul des nouvelles dates communes d'échéance des concessions regroupées mentionnées aux articles 1er et 2 du décret n° 2019-212 du 20 mars 2019, au vu des données qui lui seront communiquées par les parties. Mais, pour les raisons que nous avons précédemment exposées, tel n'est pas ce que nous vous proposons à titre principal.

Et par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête de l'AFIEG

Référence 8 : CE 18 mai 2021, Association française indépendante de l'électricité et du gaz, n° 434438

Considérant ce qui suit :

1. Le décret du 20 mars 2019 relatif au regroupement des concessions hydroélectriques de la Société hydroélectrique du Midi (SHEM) sur la Dordogne procède, en application des dispositions de l'article L. 521-16-1 du code de l'énergie, au regroupement, d'une part, de la concession de l'aménagement de la haute Dordogne octroyée par le décret du 11 mars 1921, à l'exclusion des aménagements en amont du pont de Bort, du Chavanon et de la Rhue (à l'exception de la chute de Coindre) concédés à EDF par le décret du 6 janvier 1956 et, d'autre part, de la concession de Saint-Pierre-Marèges sur la Dordogne dans le département du Cantal octroyée par le décret du 2 mars 1988. Les dates d'échéance de ces deux concessions d'énergie hydroélectrique, actuellement exploitées par la société hydroélectrique du midi (SHEM), étaient initialement respectivement fixées au 31 décembre 2012 et au 31 décembre 2062. La nouvelle date commune d'échéance de ces concessions est fixée, par l'article 1er du décret du 20 mars 2019, au 31 décembre 2048 sous réserve de l'engagement au 31 décembre 2024 des travaux énumérés à l'article 3 de ce décret. À défaut de l'engagement de tout ou partie de ces travaux à cette dernière date, la date d'échéance commune des deux concessions sera ramenée au 31 décembre de l'année d'échéance corrigée déterminée selon la formule de calcul mentionnée à l'article 2 du même décret. Par un courrier du 17 mai 2019, l'Association française indépendante de l'électricité et du gaz (AFIEG) a demandé au ministre de la Transition écologique et solidaire de retirer ce décret. Elle demande au Conseil d'État d'annuler celui-ci ainsi que la décision du 9 juillet 2019 par laquelle le ministre a rejeté son recours gracieux.

Sur le cadre juridique du litige :

En ce qui concerne les autorisations d'exploiter une installation de production hydroélectrique :

2. Aux termes de l'article L. 311-5 du code de l'énergie : « L'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité est délivrée par l'autorité administrative en tenant compte des critères suivants : / 1° L'impact de l'installation sur l'équilibre entre l'offre et la demande et sur la sécurité

d'approvisionnement, évalués au regard de l'objectif fixé à l'article L. 100-1 ; / 2° La nature et l'origine des sources d'énergie primaire au regard des objectifs mentionnés aux articles L. 100-1, L. 100-2 et L. 100-4 ; / 3° L'efficacité énergétique de l'installation, comparée aux meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable ; / 4° Les capacités techniques, économiques et financières du candidat ou du demandeur ; / 5° L'impact de l'installation sur les objectifs de lutte contre l'aggravation de l'effet de serre. / L'autorisation d'exploiter doit être compatible avec la programmation pluriannuelle de l'énergie. » Selon l'article L. 312-1 de ce code : « La production hydroélectrique est régie par les dispositions du livre V en tant qu'elles concernent l'hydroélectricité. » Aux termes de l'article L. 312-2 du même code : « Les titres administratifs délivrés en application du livre V valent autorisation au sens de l'article L. 311-5. » Selon l'article L. 511-5 du même code : « Sont placées sous le régime de la concession les installations hydrauliques dont la puissance excède 4 500 kilowatts. / Les autres installations sont placées sous le régime de l'autorisation selon les modalités définies à l'article L. 531-1. / [...] » Aux termes de l'article L. 521-1 de ce code : « Les installations placées sous le régime de la concession en application de l'article L. 511-5, les autorisations de travaux et les règlements d'eau pris pour son application sont instruits en application du présent titre selon des modalités définies par décret en Conseil d'État. / Ces actes doivent respecter les règles de fond prévues au titre Ier du livre II du code de l'environnement et valent autorisation au titre de l'article L. 214-1 du même code. / La passation et l'exécution des contrats de concession d'énergie hydraulique sont soumises aux dispositions prévues par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et par le présent titre. »

3. Il résulte de la combinaison de ces dispositions que les contrats de concession des installations hydroélectriques régis par le livre V du code de l'énergie valent autorisation de ces installations au titre des dispositions de l'article L. 311-5 de ce code et au titre de l'article L. 214-1 du code de l'environnement.

En ce qui concerne le renouvellement et le regroupement des concessions hydrauliques :

4. Aux termes de l'article L. 521-16 du code de l'énergie : « La procédure de renouvellement des concessions est fixée par un décret en Conseil d'État. / Au plus tard trois ans avant l'expiration de la concession, l'autorité administrative prend la décision soit de mettre définitivement fin à la concession à la date normale de son expiration, soit d'instituer une concession nouvelle à compter de l'expiration. / La nouvelle concession doit être instituée au plus tard le jour de l'expiration du titre en cours, c'est-à-dire soit à la date normale d'expiration, soit si le dernier alinéa est mis en œuvre à la nouvelle date déterminée selon les dispositions de cet alinéa. À défaut, pour assurer la continuité de l'exploitation, ce titre est prorogé aux conditions antérieures jusqu'au moment où est délivrée la nouvelle concession. / [...] » Selon l'article L. 521-16-1 du même code : « Lorsque le concessionnaire est titulaire de plusieurs concessions hydrauliques formant une chaîne d'aménagements hydrauliquement liés, l'autorité administrative peut procéder, par décret, au regroupement de ces concessions, afin d'optimiser l'exploitation de cette chaîne au regard des objectifs mentionnés aux articles L. 100-1, L. 100-2 et L. 100-4 du présent code, ou des objectifs et exigences mentionnés à l'article L. 211-1 du code de l'environnement. / Le décret mentionné au premier alinéa du présent article comporte la liste des contrats de concession regroupés. Il substitue à leur date d'échéance une date d'échéance commune calculée à partir des dates d'échéance prévues par les cahiers des charges des contrats regroupés, au besoin en dérogeant au 2° de l'article L. 521-4 du présent code et à l'article 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier

1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. / Les modalités de calcul utilisées pour fixer cette nouvelle date commune d'échéance garantissent au concessionnaire le maintien de l'équilibre économique, apprécié sur l'ensemble des concessions regroupées. / Les contrats de concession faisant l'objet, en application du troisième alinéa de l'article L. 521-16, d'une prorogation jusqu'au moment où est délivrée une nouvelle concession peuvent être inclus dans la liste des contrats mentionnée au deuxième alinéa du présent article. Les dates d'échéance retenues pour le calcul de la date commune mentionnée au même deuxième alinéa tiennent compte des prorogations résultant de l'application des deux derniers alinéas de l'article L. 521-16, à hauteur des investissements réalisés. / Un décret en Conseil d'État précise les critères utilisés pour ce calcul et les conditions et modalités du regroupement prévu au présent article. » Aux termes de l'article R. 521-61 de ce code : « La nouvelle date commune d'échéance mentionnée à l'article L. 521-16-1 est calculée de telle sorte que la somme des flux de trésorerie disponibles futurs estimés des concessions, actualisés et calculés sur l'ensemble des concessions regroupées, ne soit pas modifiée par leur regroupement. Les flux de trésorerie disponibles sont définis comme l'excédent brut d'exploitation, déduction faite des investissements et de l'impôt sur les sociétés calculé sur le résultat d'exploitation. / Lorsqu'un contrat de concession inclus dans une opération de regroupement a fait l'objet d'une prorogation en application du troisième alinéa de l'article L. 521-16, la date d'échéance retenue pour le calcul mentionné à l'alinéa précédent est la suivante : [...] »

5. Il résulte de ces dispositions que le regroupement des concessions formant une chaîne d'aménagements hydrauliquement liés consiste, en application de la méthode dite des « barycentres », d'une part, à allonger la durée d'une ou plusieurs concessions échues ou dont la date d'échéance est proche et, d'autre part, à réduire la durée d'une ou plusieurs concessions dont la date d'échéance est plus lointaine. Ce mécanisme a pour effet d'aligner les dates d'échéance des concessions regroupées sur une date commune, déterminée dans des conditions permettant de garantir au concessionnaire, en application des dispositions précitées de l'article L. 521-16-1 du code de l'énergie, le maintien de l'équilibre économique, apprécié sur l'ensemble des concessions regroupées. À cet effet, la nouvelle date d'échéance commune de celles-ci doit correspondre à la date à laquelle la valeur actuelle nette des flux de trésorerie disponibles futurs de la ou des concessions dont la durée est allongée compense strictement la valeur actuelle nette des flux de trésorerie futurs de la ou des concessions dont le concessionnaire est privé du fait de la réduction de leur durée.

Sur la recevabilité de la requête :

6. Les décrets qui, sur le fondement des articles L. 521-16 et suivants du code de l'énergie, procèdent au regroupement des concessions hydroélectriques et fixent leur nouvelle date d'échéance commune doivent être regardés non seulement comme modifiant la date d'échéance des contrats de concession regroupées, mais comme valant également nouvelles autorisations des installations hydroélectriques qu'elles recouvrent au titre des dispositions précitées de l'article L. 311-5 du code de l'énergie et, en tant que de besoin, au titre de l'article L. 214-1 du code de l'environnement. Ainsi, ces décrets, qui s'inscrivent dans le régime auquel sont unilatéralement soumises les concessions hydroélectriques, sont susceptibles d'être déférés au juge de l'excès de pouvoir par les tiers y ayant un intérêt suffisant.

7. Le décret attaqué, s'il concerne principalement les départements traversés par la Dordogne, prolonge également de manière substantielle la durée de l'une des deux concessions

hydroélectriques qu'il regroupe. Il est ainsi de nature à affecter le libre jeu de la concurrence et soulève, dès lors, compte tenu des spécificités de ce secteur des concessions hydroélectriques, des questions qui par leur nature et leur objet excèdent les seules circonstances locales. Par suite, l'association requérante qui, aux termes de ses statuts, s'est notamment donnée pour objet la promotion du développement en France d'un marché concurrentiel dans les secteurs de l'électricité et du gaz naturel, justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour agir à l'encontre de ce décret.

Sur la légalité externe du décret attaqué :

8. En premier lieu, aux termes de l'article R. 521-65 du code de l'énergie : « Le ministre chargé de l'énergie transmet à chaque préfet concerné, ou le cas échéant au préfet coordonnateur, un rapport unique présentant le projet de regroupement et lui demande de procéder aux consultations : / – des communes sur le territoire desquelles les ouvrages des concessions à regrouper sont établis ou paraissent de nature à faire sentir notablement leurs effets ; / – du conseil départemental du département sur lequel s'étend le périmètre de la concession ; – du conseil régional de la région sur le territoire de laquelle s'étend le périmètre de la concession. / Ces avis sont émis dans un délai de deux mois à compter de la réception de la demande par la collectivité consultée. À défaut d'avoir été émis dans ce délai, les avis sont réputés favorables. »

9. Par courrier du 1er août 2018, le ministre chargé de l'énergie a demandé au préfet de la Corrèze, coordonnateur, en lien avec celui du Cantal, de procéder à la consultation des collectivités concernées par le projet de regroupement des concessions électriques en litige. Plusieurs courriers ont ainsi été adressés à ces collectivités par le préfet de la Corrèze le 12 septembre 2018. Le décret attaqué a donc été précédé des consultations requises, lesquelles ont donné lieu à l'émission de neuf avis, les autres étant réputés favorables à défaut d'avoir été émis dans un délai de deux mois, en application des dispositions précitées de l'article R. 521-65 du code de l'énergie. Par suite, le moyen tiré de l'omission des consultations obligatoires prévues par ces dispositions manque en fait.

10. En second lieu, aux termes de l'article L. 521-16-3 du code de l'énergie : « Lorsque la réalisation de travaux nécessaires à l'atteinte des objectifs mentionnés aux articles L. 100-1, L. 100-2 et L. 100-4 et non prévus au contrat initial l'exige, la concession peut être prorogée, dans les limites énoncées à l'article 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, au besoin en dérogeant au 2° de l'article L. 521-4 du présent code et à l'article 2 de la loi du 27 mai 1921 précitée. À la demande de l'État, le concessionnaire transmet un programme de travaux. / Lorsque les travaux mentionnés au premier alinéa du présent article sont prévus sur une concession comprise dans une chaîne d'aménagements hydrauliquement liés concernée par l'application des articles L. 521-16-1 ou L. 521-16-2, le montant de ces travaux peut être pris en compte pour la fixation de la nouvelle date d'échéance garantissant le maintien de l'équilibre économique, calculée en application du troisième alinéa des mêmes articles L. 521-16-1 ou L. 521-16 2. » Selon l'article R. 521-66 du même code : « Lorsque l'État lui fait part de son intention de proroger la concession en application de l'article L. 521-16-3 et des articles 36 et 37 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, le concessionnaire transmet, outre un programme de travaux, une note présentant les conditions économiques et les modifications du cahier des charges qu'il envisage pour donner son accord à cette prorogation. / L'autorité administrative peut demander au concessionnaire des pièces, informations et expertises complémentaires et faire

procéder par un organisme tiers, aux frais du concessionnaire, à une expertise de tout ou partie des éléments transmis. »

11. La prorogation de la concession de l'aménagement de la haute Dordogne octroyée par le décret du 11 mars 1921, dans la limite précisée au point 1, par le décret attaqué est fondée sur les dispositions de l'article L. 521-16-1 du code de l'énergie. Par suite, la requérante ne peut utilement invoquer la méconnaissance des dispositions de l'article R. 521-66 du même code qui ne concernent que les concessions prorogées en application de l'article L. 521-16-3 de ce code.

Sur la légalité interne du décret attaqué : En ce qui concerne l'exception tirée de l'illégalité de l'article R. 521-61 du code de l'énergie :

12. L'AFIEG soutient que les dispositions du deuxième alinéa de l'article R. 521-61 du code de l'énergie, en tant qu'elles visent la prorogation du contrat de concession en application du troisième alinéa de l'article L. 521-16, méconnaissent celles de l'article L. 521-16-1 du même code, qui ne concernent, selon elle, que les prorogations issues des deux derniers alinéas de l'article L. 521-16, à savoir ses quatrième et cinquième alinéas, et non celles résultant de son troisième alinéa. Il est vrai que, comme le relèvent en défense la ministre de la Transition écologique et la SHEM, l'article L. 521-16-1 du code de l'énergie dans sa rédaction issue de l'ordonnance susvisée du 28 avril 2006 portant diverses modifications du livre V du code de l'énergie vise de manière erronée les deux derniers alinéas de l'article L. 521-16 alors que cette ordonnance a inséré au sein de ce dernier article un nouvel alinéa entre ses deux derniers alinéas. Il ne fait néanmoins pas de doute que l'auteur de l'ordonnance a entendu viser dans l'article L. 521-16-1, non les deux derniers alinéas, mais le troisième ainsi que le cinquième et dernier alinéas de l'article L. 521-16, à l'exclusion de son quatrième alinéa. En l'absence de doute sur la portée de l'article L. 521-16-1 du code de l'énergie dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 28 avril 2006, cet article doit être regardé comme visant les prorogations résultant de l'application non des deux derniers alinéas de l'article L. 521-16 du même code, mais de ses troisième et cinquième alinéas. Par suite, le moyen tiré de l'exception d'illégalité de l'article R. 521-61 du code de l'énergie doit être écarté. En ce qui concerne la prise en compte de travaux non prévus par les contrats de concession initiaux en application de l'article L. 521-16-3 du code de l'énergie :

13. Aux termes de l'article L. 523-2 du code de l'énergie : « Pour toute nouvelle concession hydroélectrique, y compris lors d'un renouvellement, il est institué, à la charge du concessionnaire, au profit de l'État, une redevance proportionnelle aux recettes de la concession. [...] / Les concessions dont la durée est prolongée en application de l'article L. 521-16-3 sont soumises à la redevance mentionnée au premier alinéa du présent article. Le taux est fixé par l'autorité concédante, dans le respect de l'équilibre économique du contrat initial. Dans le cas mentionné au second alinéa du même article L. 521-16-3, l'ensemble des concessions concernées par l'application des articles L. 521-16-1 ou L. 521-16-2 est soumis à la redevance mentionnée au premier alinéa du présent article. La redevance, dont le taux est fixé par l'autorité concédante pour chaque concession, est prise en compte dans la fixation de la nouvelle date d'échéance garantissant le maintien de l'équilibre économique, calculée en application du troisième alinéa des mêmes articles L. 521-16-1 ou L. 521-16-2. / [...] »

14. La concession de l'aménagement de la haute Dordogne octroyée par le décret du 11 mars 1921, dans la limite précisée au point 1, n'a pas été prorogée par le décret attaqué, contrairement à ce que soutient la requérante, en application des dispositions de l'article L. 521-16-3 du code de l'énergie, mais de celles de son

article L. 521-16-1. Par suite, le moyen tiré de ce que le décret attaqué aurait méconnu les dispositions de l'article L. 521-16-3 de ce code ainsi que celles de l'article L. 523-2, lequel prévoit l'institution d'une redevance pour les concessions dont la durée est prolongée en application de cet article, est inopérant. En ce qui concerne la nouvelle date commune d'échéance retenue par le décret attaqué :

15. Lorsque le regroupement intègre une concession qui, comme en l'espèce, a déjà fait l'objet d'une prorogation de plein droit dite « en délais glissants » en application du troisième alinéa de l'article L. 521-16 du code de l'énergie, l'article R. 521-61 précité définit les modalités de détermination de la date d'échéance théorique de cette concession qui doit être retenue afin de garantir la neutralité économique du regroupement. La formule de calcul de cette date d'échéance théorique varie selon qu'est positive ou non la variable « E » mentionnée à l'article R. 521-61 du code de l'énergie, qui correspond à la valeur actualisée nette des flux de trésorerie pendant la période de prorogation de la concession, augmentée des investissements de remise en bon état des biens qui incombent au concessionnaire à la date normale d'échéance de la concession et ont été réalisés après cette date.

16. La question de savoir laquelle des formules de calcul doit être appliquée pour la détermination de la date d'échéance théorique de la concession de l'aménagement de la haute Dordogne octroyée par le décret du 11 mars 1921, dans la limite précisée au point 1, dont la date d'échéance était fixée, avant prorogation, au 31 décembre 2012, ne peut être résolue en l'état du dossier. En effet, celui-ci ne fait pas ressortir si la valeur « E » mentionnée à l'article R. 521-61 du code de l'énergie cité au point 4, dont dépend le choix de la formule de calcul, est positive ou non. En outre, le dossier ne comporte pas le détail des modalités de calcul de la nouvelle date commune d'échéance des concessions regroupées par le décret du 20 mars 2019 précité. Enfin, l'état du dossier ne permet pas au Conseil d'État d'apprécier l'exactitude du calcul de la date d'échéance théorique du regroupement en l'absence de production du plan d'investissement pour les chutes de Coindre et Marèges, soit 2035, ni de la nouvelle date commune d'échéance des concessions regroupées, soit au plus tard le 31 décembre 2048 en fonction de la réalisation de tout ou partie des travaux énumérés à l'article 3 du décret du 20 mars 2019 précité.

17. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu, avant de statuer sur les conclusions de la requête de l'AFIEG, d'ordonner un supplément d'instruction tendant à la production par la ministre de la Transition écologique de tous documents permettant de déterminer, d'une part, les modalités de calcul de la nouvelle date commune d'échéance des concessions regroupées et les éléments sur lesquels l'administration s'est fondée pour calculer cette date et, d'autre part, la valeur de la variable « E » mentionnée à l'article R. 521-61 du code de l'énergie.

DÉCIDE :

Article 1er : Avant de statuer sur les conclusions de la requête de l'AFIEG, il sera procédé à un supplément d'instruction tendant à la production, par la ministre de la Transition écologique, des documents mentionnés au point 17 de la présente décision.

Article 2 : Ces documents devront parvenir au secrétariat de la section du contentieux du Conseil d'État dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision.

Article 3 : Tous droits et moyens des parties, notamment les conclusions relatives à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, sur lesquels il n'est pas expressément statué par la présente décision sont réservés jusqu'en fin d'instance.