

N° 426291

M. L. M... et autres

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 11 mars 2020

Lecture du 27 mars 2020

## Conclusions

### Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Le pourvoi qui vient d'être appelé va vous permettre de vous prononcer sur les contours de l'intérêt à agir des contribuables locaux auteurs d'un recours «Tarn-et-Garonne ».

1.Par une délibération du 15 avril 2011, le conseil de la communauté urbaine du Grand Nancy, devenue la métropole du Grand Nancy, a autorisé son président à signer avec les sociétés ERDF, devenue Enedis, et EDF, un contrat de concession du service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution et de fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés. Il s'agissait du renouvellement, pour une durée de 30 ans, de ce contrat de concession.

Il a été signé le 18 avril 2011, mais par un premier arrêt du 12 mai 2014, la cour administrative d'appel de Nancy a annulé la délibération ainsi que la décision de signer la convention, en tant que figuraient à son cahier des charges les articles 2 et 19 relatifs à la propriété des compteurs et l'article 31 relatif à la réévaluation de l'indemnité de fin de contrat en cas de résiliation anticipée. La communauté urbaine a alors signé, le 25 février 2015, avec les sociétés EDF et ERDF un avenant n° 1, modifiant ces trois articles.

Estimant que les modifications apportées par cet avenant étaient insuffisantes, M. L. M... et d'autres particuliers, qui étaient déjà à l'origine du premier litige, ont d'abord formé un recours gracieux, puis demandé au tribunal administratif de Nancy d'annuler cet avenant, cette fois dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne ».

Le tribunal administratif de Nancy, puis la cour administrative d'appel de Nancy ont rejeté leur demande comme irrecevable. La cour a considéré que les requérants ne justifiaient pas d'un intérêt à agir suffisant.

2. Au préalable, vous pourrez écarter les conclusions à fins de non-lieu présentées par la métropole du Grand Nancy.

Le contrat de concession litigieux a été résilié au 31 décembre 2019, par une délibération du 20 décembre 2019.

Nous pensons que cela ne prive pas d'objet le pourvoi. Par votre décision société anonyme gardéenne d'économie mixte (15 mars 2019, n° 413584, au Recueil), vous avez notamment jugé que la circonstance qu'une concession soit arrivée à son terme n'était pas, par elle-même, de nature à priver d'objet la demande d'annulation par les tiers. En l'espèce, il ne s'agit pas de la circonstance que la concession soit arrivée à son terme mais que le contrat ait été résilié. Mais malgré cette différence, nous pensons, de la même façon, que ce raisonnement peut être transposé et que la circonstance tenant à la résiliation ne prive pas d'objet la demande car elle tend à l'annulation de l'avenant du 25 février 2015, qui a été en vigueur depuis cette date.

Précisons que les requérants vous demandent, dans un mémoire récent, de regarder leurs conclusions comme tendant également, le cas échéant après cassation, à l'annulation de la nouvelle convention et du nouveau cahier des charges.

3. Les quatre moyens soulevés critiquent tous, sous des angles différents, le refus de la cour de reconnaître l'intérêt à agir des requérants.

Il nous paraît intéressant d'évoquer trois d'entre eux, compte tenu de leur lien dans le raisonnement suivi par la cour, même si nous vous proposerons, in fine, un terrain unique d'annulation sur ce qui nous paraît constituer le cœur du sujet, lié à la qualité de contribuable local.

4. En premier lieu, la cour était saisie de deux types de conclusions : d'une part, des conclusions de plein contentieux tendant à l'annulation du contrat, d'autre part et à titre subsidiaire, avec la qualité d'usagers du service public, des conclusions d'excès de pouvoir tendant à l'annulation des clauses réglementaires du contrat (article 1<sup>er</sup> de l'avenant, considéré comme une clause réglementaire).

Les requérants soutiennent que la cour a omis de statuer sur leurs conclusions d'excès de pouvoir, présentées à titre subsidiaire, à l'encontre de l'article 1<sup>er</sup> de l'avenant.

D'abord et malgré un débat nourri sur ce point devant vous que nous ne détaillerons pas, de telles conclusions étaient bien présentes en appel.

Ensuite, vous pourriez estimer que la cour a implicitement répondu de façon globale en estimant que « *les usagers du service public de distribution d'électricité n'ont, en cette seule qualité, intérêt à contester un avenant conclu par la personne publique responsable du service public que si celui-ci emporte des effets sur l'organisation ou le fonctionnement de ce service public* », puis, lorsqu'elle a évoqué la qualité d'usagers du service public, en indiquant qu'ils ne pouvaient « *se prévaloir d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par l'avenant en litige* ».

La cour a-t-elle ainsi entendu se prononcer de façon globale sur l'appréciation de l'intérêt à agir pour l'ensemble des conclusions qui lui étaient soumises ? Ce n'est pas évident et, en tout état de cause, révèle une difficulté car il n'y a pas équivalence parfaite de cette appréciation dans les deux cas.

En plein contentieux, dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne », il faut - nous y reviendrons - que le requérant soit lésé dans ses intérêts de façon « suffisamment directe et certaine ».

En excès de pouvoir, un requérant peut se prévaloir de sa qualité d'usager du service public dès lors que sont en cause les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public<sup>1</sup>. Mais il faut quand même aussi que l'intérêt soit affecté de manière suffisamment directe et certaine<sup>2</sup>, même si l'appréciation est plus libérale.

Le doute nous semble donc permis sur la portée que la cour a entendu donner à son arrêt sur ce point. Mais la seconde raison qui, elle, nous paraît déterminante est qu'à l'issue de son raisonnement (au point 7 de l'arrêt), elle n'évoque expressément et exclusivement que les demandes tendant à l'annulation de l'avenant n° 1 « dans le cadre d'un recours de pleine juridiction ».

Elle a donc omis de statuer sur l'appréciation de l'intérêt à agir en excès de pouvoir, soit dans le cas autorisant une acception potentiellement plus souple ou plus large. Nous pensons donc que, quoi que nous dirons sur la suite du pourvoi, l'arrêt doit au moins être annulé en tant qu'il n'a pas répondu à une partie des conclusions.

5. Le deuxième moyen, sur lequel nous nous arrêtons un instant, porte sur l'appréciation de l'intérêt à agir en tant que les requérants étaient partie à l'instance contentieuse précédente ayant donné lieu à une décision juridictionnelle.

Les requérants soutiennent que l'avenant litigieux est intervenu afin de tirer les conséquences du premier arrêt de la cour et estiment qu'ils avaient, de ce fait, un intérêt à agir en tant que partie à l'instance précédente.

La cour a écarté ce raisonnement en retenant que « *la qualité de partie à une instance contentieuse ayant donné lieu à une décision juridictionnelle, à la suite de laquelle sont intervenues, indépendamment de son exécution, de nouvelles décisions administratives, ne confère pas en elle-même un intérêt pour agir à l'encontre de ces nouvelles décisions* ».

Elle s'est ainsi fondée sur votre jurisprudence Société Lyonnaise des eaux (11 mai 2011, n° 331153), dans laquelle vous avez établi une distinction entre les décisions prises « en conséquence » d'une décision juridictionnelle et les décisions prises « en exécution » d'une

---

<sup>1</sup> 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey Tivoli, p. 962

<sup>2</sup> Voir conclusions précitées du Pdt Boulouis sur décision Société Lyonnaise des eaux

telle décision. Dans ses conclusions, le président Boulouis rappelait votre jurisprudence relative au droit des parties et des personnes directement concernées de saisir le juge d'une demande d'exécution d'une décision d'annulation pour excès de pouvoir<sup>3</sup>, mais, soulignait-il, « cela n'emporte pas une sorte de droit de suite ».

Or, en l'espèce, le premier arrêt, intervenu en 2014, s'est borné à annuler certaines clauses mais il n'enjoignait nullement aux cocontractants de prendre certaines mesures. Et rien n'obligeait les cocontractants à reprendre un avenant au contrat, dont les clauses annulées étaient divisibles du reste de la convention. L'avenant doit donc, selon nous, bien être regardé comme étant intervenu « en conséquence » et non « en exécution » du premier arrêt.

On pourrait nous opposer que cette approche est trop formaliste au regard du contexte du dossier. Même si l'arrêt ne le commandait pas, l'avenant est, il est vrai, intervenu comme une conséquence très directe et sans doute assez inévitable de l'arrêt. La configuration est certes légèrement différente de celle de votre décision Société Lyonnaise des eaux, qui portait sur une délibération autorisant une transaction à la suite de l'annulation d'une délibération décidant la passation d'un contrat. Mais dans les deux cas, il ne s'agit pas d'une mesure d'exécution et nous pensons délicat – et à vrai dire peu souhaitable - de nuancer votre jurisprudence Lyonnaise des eaux en introduisant une approche subjective tenant au caractère plus ou moins inéluctable de la décision prise après l'annulation.

Une autre raison doit, en tout état de cause, vous conduire à ne pas retenir ici l'intérêt à agir en tant que partie à une instance antérieure : les deux recours ne sont pas intervenus dans la même configuration contentieuse. Le premier était un recours en excès de pouvoir contre un acte unilatéral, le second était, à titre principal, un recours de plein contentieux contre le contrat. L'appréciation de l'intérêt à agir n'était ainsi pas la même.

La cour a donc, sans erreur de droit, dénié qualité à agir aux requérants en tant que partie à l'instance antérieure.

6. Nous en venons au moyen qui fait, nous semble-t-il, l'intérêt principal de cette affaire.

La cour a écarté l'intérêt à agir des requérants en leur qualité de contribuable local.

En cette qualité, ils contestaient deux points :

- d'abord, la validité des clauses relatives à la délimitation du périmètre des ouvrages concédés, en soulignant qu'il n'incluait pas, dans les biens de retour, des équipements nécessaires au fonctionnement du service public, pouvant contraindre ainsi la métropole à procéder à leur rachat à l'issue de la concession ;
- Ils mettaient également en cause les clauses relatives à l'indemnité due en cas de rupture anticipée du contrat, en estimant que son application pouvait excéder le

---

<sup>3</sup> Section, 13 novembre 1987, Mme T... et M..., p. 360 ; Section, 27 janvier 1995, Me..., p. 52)

montant du préjudice réellement subi par le concessionnaire et constituer ainsi une libéralité prohibée.

C'est la première fois que vous aurez à faire application de la jurisprudence Tarn-et-Garonne à des contribuables locaux.

Dans le cadre du recours en excès de pouvoir, la qualité de contribuable local donne intérêt à agir à l'encontre des décisions des collectivités territoriales qui sont susceptibles d'avoir des répercussions négatives sur leurs finances ou leur patrimoine (29 mars 1901, C., p. 333).

Tel n'est pas le cas s'agissant de décisions qui n'ont aucune répercussion financière (25 avril 1994, Mme A..., n° 89602, aux Tables, s'agissant d'un avenant à un marché passé pour les besoins de chauffage des lycées d'une région, sans conséquence financière sur le budget régional et, par suite, sur le montant des impôts) ou dont les répercussions sont trop incertaines (8 mars 1933, B., p. 277 ) ou encore, ce qui est fort logique, lorsque la décision a pour conséquences des recettes supplémentaires ou des économies (Section, 25 mars 1955, Hivet et autres, n° 10599, 10601, p. 179).

Plus récemment, vous avez jugé qu'un contribuable communal n'était recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir d'une délibération - en l'espèce autorisant la signature d'un BEA pour un terrain de camping - que si les conséquences directes de cette délibération sur les finances communales étaient d'une importance suffisante pour lui conférer un intérêt pour agir (1<sup>er</sup> juin 2016, Commune de Rivedoux-Plage, n° 391570, inédit).

Par ailleurs, vous avez admis, en matière contractuelle, qu'un contribuable local conteste un acte détachable (pour un marché de fournitures : 19 novembre 1926, D., p. 992).

Comment apprécier l'intérêt à agir du contribuable local dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne ?

Dans ses conclusions sur cette décision, Bertrand Dacosta soulignait que l'abandon de la jurisprudence Martin (4 août 1905, n° 14220, p. 749) supposait de trouver un équilibre entre d'une part, l'extension du recours en contestation de la validité du contrat et de ses effets et, d'autre part, l'appréciation de l'intérêt à agir, dans un sens moins libéral. Il soulignait, en conséquence, qu'il était « légitime qu'un tiers se prévalant de [la] qualité [de contribuable] puisse contester un contrat dont l'exécution est susceptible de peser de façon significative sur les finances locales », en excluant, en revanche et fort logiquement, que « tout euro dépensé dans un cadre contractuel lui ouvre un intérêt à agir ».

Nous pensons donc que la lésion des intérêts « de façon suffisamment directe et certaine » - termes retenus par cette décision - suppose, lorsque le tiers se prévaut de la qualité de contribuable local, que l'impact sur les finances locales ne soit ni purement hypothétique, ni insignifiant. Autrement dit, il doit, nous semble-t-il, pour être reconnu, réunir deux

conditions : une condition de probabilité et une condition de taille, aucune ne devant aboutir à un résultat nul.

En l'espèce, la cour a retenu, d'une part, qu'« eu égard au caractère aléatoire que revêt le déploiement d'autres dispositifs [que les compteurs Linky], il ne résulte pas de l'instruction qu'une telle clause [excluant de tels dispositifs des ouvrages concédés] affectera de façon significative les finances ou le patrimoine de la métropole du Grand Nancy ».

Elle a ajouté, d'autre part, que « de même, eu égard au caractère incertain d'une rupture anticipée du contrat, compte tenu des dispositions de l'article L. 111-52 du code de l'énergie<sup>4</sup> et de la durée de la convention, l'éventualité que l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article 31 B du cahier des charges puisse excéder le montant réel du préjudice réellement subi par le concessionnaire à l'issue du contrat, est trop hypothétique pour suffire à établir que les finances ou le patrimoine de la CUGN s'en trouveraient affectés de façon significative ».

Cette appréciation nous semble trop restrictive pour les raisons suivantes.

D'abord, estimer qu'une clause excluant certains dispositifs du champ des ouvrages concédés ne pouvait être regardée comme affectant de façon significative les finances ou le patrimoine de la métropole au motif du « caractère aléatoire » du déploiement de tels dispositifs pose une difficulté. La condition de probabilité et de taille quant à l'impact sur les finances locales, que nous évoquions, pour reconnaître un intérêt à agir des contribuables locaux, ne peut aller de pair avec une exigence de caractère certain de mise en œuvre d'une clause.

Ensuite, retenir que le caractère incertain de la rupture anticipée du contrat empêcherait de caractériser un risque sur le montant de l'indemnité de fin de contrat ne nous paraît pas non pouvoir être retenu. Cela ne l'est certainement pas de façon générale, eu égard à la nature et à la vie des contrats : les clauses relatives à la résiliation anticipée sont, par essence, conditionnelles. Et la prise en compte du caractère éloigné dans le temps de la mise en œuvre éventuelle de certaines clauses pour dénier l'intérêt à agir ne nous paraît ni fondée, ni d'ailleurs opportune.

En déniaut cet intérêt à agir sur des critères tenant au caractère aléatoire d'une clause relative au périmètre des biens concédés d'une part, et à l'incertitude d'une clause relative à la rupture anticipée, d'autre part, la cour a commis une erreur de droit.

Et il s'ensuit assez directement, en l'espèce, une erreur de qualification juridique. C'est bien ce contrôle que vous exercez en cassation s'agissant de l'appréciation de l'intérêt à agir d'un requérant (9 décembre 1996, Association pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais - Assaupamar, n° 155477, au Recueil ; 30 juillet 1997, Société nouvelle Etude Berry et Attali, n° 157313, aux Tables).

---

<sup>4</sup> qui déterminent les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité

Le risque financier invoqué ne nous semble pas pouvoir être regardé, en l'espèce, comme purement hypothétique, ou insignifiant en montant s'il se réalise.

Si certains équipements n'ont pas le caractère de biens de retour, l'autorité concédante devra les racheter à l'issue de la concession, avec un effet sur les finances locales. Or, sur un contrat d'une durée si longue, il est fort probable que les évolutions technologiques et scientifiques conduiront à de nos nouveaux dispositifs, du moins cela n'est pas une hypothèse purement théorique ou dénuée de sens, sauf à considérer que cette clause était dépourvue de toute portée.

S'agissant de la rupture anticipée, reconnaissons que la cour ne s'est pas totalement arrêtée à une affirmation de principe sur son caractère incertain. Elle a fondé son analyse sur la spécificité des dispositions du code de l'énergie couplée à la durée de la convention pour ce type particulier de concessions.

Il y a là une spécificité indéniable. Pour autant, cette circonstance ne nous paraît pas de nature à redresser son raisonnement : les évolutions des dernières décennies dans le champ de l'énergie montrent que ce domaine est loin d'être immuable et que des ruptures anticipées liées à l'évolution du droit national ou communautaire, par exemple, ne relèvent pas du phantasme.

En termes de montant, le préjudice ne saurait être considéré comme insignifiant ou même non significatif. S'agissant du rachat éventuel d'ouvrages non inclus dans les biens de retour, auquel la métropole devrait procéder afin d'assurer le fonctionnement du service public, les requérants évaluent le préjudice à 2,4 millions d'euros. Même si leur interprétation est peut-être discutable et devrait être rapportée en valeur relative, à la population et au budget de la collectivité, le montant en jeu ne peut être considéré comme dérisoire. Les requérants l'ont précisément évalué sur la base d'un préjudice estimé à 15 euros par usager, soit pour près de 160 000 usagers, une somme totale de 2,4 Me. Quant à l'indemnité en cas de résiliation anticipée, les requérants la chiffrent à une somme de 71,4 Me. Si, là aussi, le montant peut sans doute être discuté, une telle indemnité représente nécessairement un montant substantiel.

Surtout, nous pensons que le chiffre précis n'est pas déterminant pour ce qui nous intéresse ici : le juge doit non pas, à ce stade, retenir un montant exact, car il n'existe pas un seuil minimal dont découlerait l'intérêt à agir du contribuable local, mais il doit apprécier si la mise en œuvre, le cas échéant, d'une clause contestée est susceptible d'avoir un effet - qui ne soit pas dérisoire - sur les finances locales. Et en l'espèce, nous n'avons de ce point de vue guère de doute : autant les effets financiers précis sont indéniablement sujets à discussion, autant l'existence même d'un tel effet s'agissant de clauses tenant à la propriété des biens et à l'indemnité de rupture nous paraît assuré.

Enfin, s'il est soutenu qu'aucune charge pour le contribuable local ne pourrait résulter du fait du paiement de l'indemnité de fin de contrat ou du rachat des biens en question, eu égard à l'obligation d'équilibre de la gestion des SPIC, posée par le CGCT (article L. 2224-1 et 2), cet

argument ne nous paraît pas de nature à vous arrêter puisque les requérants dénoncent précisément le fait que le contrat prévoit une indemnité constitutive d'une libéralité.

Au total, nous pensons donc que la cour a non seulement commis une erreur de droit, mais aussi inexactement qualifié les faits en déniaient l'intérêt à agir des requérants en tant que contribuables locaux.

Ajoutons enfin un argument, à titre confortatif : le code de l'énergie prévoit que les sociétés Enedis et EDF disposent d'un monopole légal, écartant, en conséquence, la notion même de concurrents évincés et, partant, la possibilité d'un recours par de tels requérants. Si la voie du recours par les tiers était entendue de façon restrictive, comme l'a fait la cour, ces contrats seraient quasiment non contestables devant le juge.

Précisons enfin que vous pourriez, en revanche, écarter un moyen relatif à la nature des équipements nécessaires au fonctionnement des compteurs Linky, point sur lequel la cour a apprécié souverainement les faits et suffisamment motivé son arrêt.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué
- au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Nancy
- à ce que la métropole du Grand Nancy, la société Enedis et la société EDF versent chacune une somme de 1 000 euros aux quatre requérants, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées au même titre par la métropole du Grand Nancy, la société Enedis et la société EDF.