

N° 434438

Association française indépendante de l'électricité et du gaz (AFIEG)

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 3 mai 2021

Lecture du 18 mai 2021

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

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 ressort¹.

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 2048², 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.

¹ sur le fondement du 1° de l'article R. 311-1 du CJA

² sous réserve de l'engagement avant le 31 décembre 2024 de certains travaux énumérés à son article 3

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.**

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 définit³. 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'Etat. / Ces actes doivent respecter les règles de fond prévues au titre I^{er} 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 concession⁴ et par le présent titre* ».

Vous retrouvez là les différentes facettes du régime de ces 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

³ « 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 ».

⁴ Désormais aux « dispositions prévues par la troisième partie du code de la commande publique »

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'environnement⁵. Vous regarderiez alors le décret attaqué comme valant nouvelles autorisations des installations hydroélectriques au sens des droits de l'énergie et de l'environnement.

A 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 (CE 7 juin 2019, *Association GRSB*, n° 414426, B) 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 (*Société Nass & Wind*, n° 416862 ; *Association Gardez Les Caps*, n° 418846, à mentionner aux Tables) 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'édiction 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

⁵ Aux termes de l'article L. 214-1 du code de l'environnement : « *Sont soumis aux dispositions des articles L. 214-2 à L. 214-6 les installations, les ouvrages, travaux et activités réalisés à des fins non domestiques par toute personne physique ou morale, publique ou privée, et entraînant des prélèvements sur les eaux superficielles ou souterraines, restitués ou non, une modification du niveau ou du mode d'écoulement des eaux, la destruction de frayères, de zones de croissance ou d'alimentation de la faune piscicole ou des déversements, écoulements, rejets ou dépôts directs ou indirects, chroniques ou épisodiques, même non polluants* ».

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 causes des « clauses réglementaires » au sens de votre jurisprudence *Cayzele* (Ass. 10 juillet 1996, n° 138536, p. 274), la durée d'une concession ne relevant pas de ce champ⁶.

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'Etat et la SHEM**.

En tout état de cause, c'est sous cet angle – et seulement sous celui-ci – qu'il est critiqué devant vous.

⁶ Cf. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, 2 éd., 1984, t. I, p. 107 ; concl. O. Henrard sous CE février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982, A

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.

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)*, n° 53518, p. 239 (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 (Ass. 2 février 1987, *Société TV6*, n° 81131 et autres, p. 28) et à celle de refuser de le modifier (CE 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, n° 51022, p. 153).

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 REP 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.

A 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* (CE 20 février 1868, *Goguelat*, n° 39761, p. 198), 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 (Section 9 décembre 1983, *SA d'étude de participation et de développement*, n° 34607, p. 498, aux conclusions contraires du président Genevois).

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 (CE 15 novembre 2017, *Soc. Les Fils de Mme Géraud*, n° 402794, C, concl. O. Henrard).

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* » (Section 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, concl. E. Cortot-Boucher, A) lui a déjà apporté un sérieux tempérament en admettant, certes dans des 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 (CE 20 novembre 2020, *Association Trans'Cub*, n° 428156, B), l'édifice deviendrait sérieusement bancal : nous peinons en effet à trouver une justification au distinguo que certains font entre avenant et modification unilatérale.

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* »⁷.

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 autorisés⁸.

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*⁹, 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**.

⁷ Hélène Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., 2020, n° 1104

⁸ A. Lallet, « Résilier n'est pas jouer », *AJDA*, 2011, p. 670

⁹ 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.

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'Etat 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 (cf. *Société TV6* précitée) 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.

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 (CE 7 février 2017, *Assoc. Aides et autres*, n° 392758, B).

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 (voir notamment Section 3 décembre 2018, *Ligue des droits de l'homme*, n° 409667, p. 434), 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*, n° 426932, B, concl. G. Pellissier, 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.

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 (voir par ex. : CE 5 février 2014, *M. R... et autres*, n° 371020, B, concl. B. Dacosta ; CE 17 juin 2019, *Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle et autres*, n° 400192, B, concl. L. Dutheillet de Lamothe).

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.

A 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.

A 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 incombaient 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-pratiques¹⁰ 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 1^{er} 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.

¹⁰ En particulier, le dossier ne fait pas ressortir si la valeur « E » mentionnée à l'article R. 521-61 du code de l'énergie, 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. Enfin, l'état du dossier ne permet pas 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 celle 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

EPCMNC :

- au rejet de la requête de l'AFIEG ;
- à ce que l'AFIEG verse à la SDEM une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.