

N° 323179  
M. et Mme B...

Assemblée du Contentieux

Séance du 16 avril 2010  
Lecture du 29 avril 2010

Rapporteur public : Mattias GUYOMAR,

## CONCLUSIONS

***(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Guyomar en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)***

« M. et Mme B..., dont la maison d'habitation est située à proximité de la centrale thermique de Martigues-Ponteau, exploitée par Electricité de France (EDF), ont saisi le tribunal administratif de Marseille d'une demande d'indemnisation du préjudice qu'ils estiment subir du fait de la présence et du fonctionnement de cette centrale. Par un jugement en date du 8 décembre 2008, le tribunal administratif de Marseille vous saisit d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative. Il vous pose la question de savoir si, « en raison de l'intervention des lois des 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières affectant le statut de la société Electricité de France et la notion même de service public de l'électricité, les établissements de production électrique détenus par cette société conservent leur caractère d'ouvrage public »<sup>1</sup>. La loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières a en effet procédé au changement de statut d'EDF qui est devenue une société anonyme en vertu de son article 24.

Les conditions de recevabilité posées à l'article L. 113-1 du code de justice administrative sont remplies : il s'agit bien d'une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et susceptible de se poser dans de nombreux litiges.

Nous avons déjà conclu sur cette affaire devant votre Assemblée, le 11 décembre 2009. Elle a ensuite été rayée afin que la 6<sup>e</sup> sous-section de la section du contentieux procède à une audience d'instruction, en application des articles R. 623-1 et suivants du code de

---

<sup>1</sup> S'agissant de conclusions indemnitaires, les questions tenant au caractère de l'ouvrage et à la qualité des requérants à son égard doivent être appréciées à la date du fait générateur du dommage (voir en ce sens par exemple TC, 17 décembre 2007, *EDF c/ Assurances Pacifica*, qui relève que la victime devait être regardée comme « ayant la qualité de tiers vis-à-vis de l'ouvrage public d'EDF, alors établissement public » ; TC, 12 avril 2010, *ERDF c/ M. et Mme M...*, n° 3718, au recueil p. 578). En l'espèce, il s'agit d'un dommage continu

justice administrative, audience que vous avez estimé nécessaire compte tenu de la complexité des questions techniques en jeu. Celle-ci qui s'est déroulée, le 9 mars dernier, en présence d'EDF, Réseau de Transport d'Electricité (RTE), du ministre chargé de l'énergie et de la

Commission de régulation de l'énergie (CRE), s'est révélée particulièrement fructueuse. Elle a utilement nourri les débats de la Section du contentieux qui a instruit le dossier sur le fondement des articles R. 122-17 et 18 du CJA.

La difficulté de la question tient à l'absence de définition générale de l'ouvrage public<sup>2</sup> qui constitue pourtant une catégorie juridique autonome soumise à un régime particulier. Il pourrait sembler peu logique de faire précéder la détermination du champ d'une notion de l'analyse de son régime juridique. Nous pensons pourtant que c'est la bonne manière de procéder s'agissant d'une notion fonctionnelle.

Les spécificités que comporte ce régime sont ambivalentes : elles assurent aussi bien la protection de l'ouvrage public que la protection des tiers contre l'ouvrage public.

La protection de l'ouvrage vise à préserver son intégrité en évitant les éventuelles entraves qui pourraient être apportées à son fonctionnement. Ce principe dont l'origine est ancienne (17 juillet 1853, *Robin de la Grimaudière*) est consacré par l'adage « ouvrage public mal planté ne se détruit pas ». Visant prioritairement le juge judiciaire (« il n'appartient, en aucun cas, à l'autorité judiciaire, de prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public » TC, 6 février 1956, *Consorts Sauvy*, p. 586), il s'étend également au juge administratif (26 janvier 1894, *Lebreton* ; 3 mai 1963, *Dame veuve B...*, n° 55265, p. 266). Mais naturellement, l'ouvrage public n'est pas intangible à l'égard de l'administration qui reste libre, eu égard aux nécessités du service, de modifier l'implantation, la nature ou l'affectation d'un ouvrage public ou de procéder à sa démolition (10 mars 1905, *Berry et Chevillard*, p. 255).

Historiquement, le fondement du principe d'intangibilité a pu être trouvé dans l'interdiction faite au juge d'adresser des injonctions à l'administration ou encore dans la préservation de l'intérêt financier public<sup>3</sup>. Nous partageons l'analyse de J. Petit et de G. Eveillard, dans leur remarquable ouvrage sur « L'ouvrage public » (Litec) : « seule l'affectation à l'intérêt général de l'ouvrage public offre une justification véritable à son intangibilité ». Maurice Hauriou décrivait la singularité de l'ouvrage public en ces termes : « un ouvrage public a son individualité, une certaine manière d'être, un certain état de solidité ou de viabilité et cette manière d'être, il doit la conserver constamment ».

Des évolutions jurisprudentielles récentes ont conféré à ce principe une portée atténuée.

---

<sup>2</sup> Ainsi que le notent les professeurs Jacques Petit et Gweltaz Eveillard, dans leur remarquable ouvrage « L'ouvrage public » (Litec), « à la différence des notions de travail public et de domaine public, celle d'ouvrage public, n'a jamais fait l'objet d'un arrêt de principe énonçant sa définition en termes généraux ».

<sup>3</sup> S'agissant des ouvrages illégalement implantés sur un fonds privé, Léon Aucoc estimait que l'intangibilité évitait « d'imposer au Trésor un sacrifice supplémentaire » dans la mesure où « l'administration les rétablirait presque aussitôt, à la suite d'une expropriation régulière ».

Cette évolution a concerné, dans un premier temps, le juge judiciaire. Par la décision *M. et Mme B... c/EDF* (6 mai 2002, n° 3287, p. 544), le Tribunal des conflits a rappelé « que des conclusions dirigées contre le refus de supprimer ou de déplacer un ouvrage public, et le cas échéant à ce que soit ordonné ce déplacement ou cette suppression, relèvent par nature de la compétence du juge administratif » et « qu'ainsi, l'autorité judiciaire ne saurait, sans s'immiscer dans les opérations administratives et empiéter ainsi sur la compétence du juge administratif, prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public ». Mais la décision ajoute « qu'il n'en va autrement que dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative et qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée »<sup>4</sup>. La Cour de cassation<sup>5</sup> a ensuite fait application de cette solution qui reconnaît au juge judiciaire le pouvoir de porter atteinte à un ouvrage public à la double condition de l'existence d'une voie de fait et de l'absence d'engagement d'une procédure de régularisation (3<sup>e</sup> civ. 30 avril 2003, *Cts X c/Commune de Verdun-sur-Ariège*, Bull. civ. III, n° 92, p. 84 ; 1<sup>ère</sup> civ. 28 juin 2005, *Cts X c/Commune de Cayenne*, Bull. civ. I, n° 287, p. 238).

L'atténuation de la portée du principe d'intangibilité est également remarquable en tant qu'il s'applique au juge administratif. Ainsi qu'y fait écho la jurisprudence *Binet*, le juge administratif s'est d'abord reconnu compétent pour connaître du refus de supprimer ou de déplacer un ouvrage public (Section, 19 avril 1991, *Epoux D... et M...*, n° 78275, p. 148, qui admet pour la première fois la compétence du juge pour connaître de telles décisions consacre sur ce point le contrôle restreint du juge). La décision *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans* (Section, 29 janvier 2003, p. 21) a ensuite admis le pouvoir du juge d'ordonner, à certaines conditions, la suppression d'un ouvrage public : « lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible. Dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que l'existence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général ». L'exercice de ce pouvoir d'injonction est subordonné à une forme de bilan qu'il incombe au juge d'effectuer en mettant en balance, d'une part, les inconvénients du maintien de l'ouvrage et, de l'autre, ceux de sa destruction. L'intangibilité ne constitue plus une protection absolue de l'ouvrage public. Mais sa justification – la préservation de l'intérêt général qu'il sert – trouve un écho dans la limite posée à l'exercice du pouvoir d'injonction. Comme l'expliquait Christine Maugué dans ses

---

<sup>4</sup> Ainsi que l'indique le fichage de cette décision au recueil Lebon, il s'agit bien sur ce point d'un abandon de la jurisprudence *Consorts Sauvy c/ Etat* du 6 février 1956. Voyez, dans la ligne de ce nouvel état de la jurisprudence, la réaffirmation de la compétence du juge administratif en l'absence de voie de fait (TC, 17 décembre 2007, *M. et Mme D... c/ Ville d'Etaples et Société des Eaux du Touquet*, n° 3886, T. p. 761 ).

<sup>5</sup> Qui, pour sa part, avait contribué à faire évoluer la jurisprudence en mettant fin à la théorie de l'expropriation indirecte (*Assemblée plénière*, 6 janvier 1994, *Consorts Baudon de Mony c/ EDF*).

conclusions sur cette affaire : « nous n'excluons pas que des considérations d'intérêt général puissent en tout état de cause faire obstacle à la démolition de l'ouvrage. Tel pourra être le cas si la réalisation de l'ouvrage répond à un motif d'intérêt général impérieux, lié par exemple à la préservation de l'ordre public, ou à des considérations tenant à la santé publique ou encore au fonctionnement d'un service public. Notre sentiment est que dans tels cas, le motif d'annulation ne sera le plus souvent pas de nature à justifier la démolition de l'ouvrage. L'existence d'un motif d'intérêt général supérieur aura pour conséquence que l'illégalité de l'implantation de l'ouvrage

n'impliquera pas sa destruction ». Comme le relève Pierre Sablière, dans son commentaire critique à l'AJDA (2003, p. 784) : l'intérêt général « peut, en tout état de cause, même en cas de persistance de l'emprise irrégulière, même en l'absence de toute régularisation, justifier l'intangibilité de l'ouvrage public ».

Le second ensemble de spécificités de l'ouvrage public tient au régime de responsabilité qui lui est propre. Trois hypothèses sont envisageables, s'agissant des particuliers, selon que la victime du dommage imputable à l'ouvrage public est un agent qui en assure l'entretien ou l'exploitation, un usager ou un tiers.

La notion de dommages de travaux publics englobe indifféremment les dommages dus à l'exécution du travail public que ceux résultant de l'ouvrage public<sup>6</sup>. Le caractère extensif de cette notion conduit à ce que le régime de responsabilité qui lui est attaché s'applique non seulement aux dommages issus de l'existence de l'ouvrage public mais aussi ceux provoqués par l'absence d'un tel ouvrage (18 décembre 1931, *Robin*).

Le paragraphe 3 de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII disposait que : « le conseil de préfecture prononcera sur les réclamations de particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration ». Il est peu de dire que la compétence de la juridiction administrative s'est étendue bien au-delà du sens littéral de cette disposition pour attirer l'ensemble des dommages de travaux publics. Ainsi que le relève le Répertoire général du droit français Fuzier-Herman : « il ne faut voir dans l'article 4 §3 de la loi de pluviôse an VIII que le point de départ de la compétence administrative. Le principe qu'il édictait a été depuis longtemps dépassé par la jurisprudence qui a créé de toutes pièces les théories régissant la matière [...] et il faut bien le dire, les juges administratifs, dans cette mainmise sur les litiges naissant à l'occasion de travaux publics et que ne prévoyait pas le texte initial au sens restreint de la loi de l'an VIII ont tout simplement cherché à reconquérir la plénitude de juridiction appartenant

---

<sup>6</sup> Le caractère de droit public du régime applicable aux ouvrages publics tient historiquement à la confusion entre cette notion et celle de travail public. Comme l'explique le doyen Auby, c'est « seulement à partir des travaux publics que les ouvrages publics se sont vus appliquer un régime exorbitant du droit commun » (CJGE, 1962, p. 1). En doctrine, il faut attendre l'étude de René Capitant pour que soient clairement distingués les deux concepts. Ainsi qu'il l'explique dans « La double notion de travail public », RDP 1929, p. 507) : « C'est le mot travail qui donne à l'expression sa double signification. Ce mot est pris, en effet, suivant les circonstances, dans un sens actif ou dans un sens passif ; il désigne une activité ou une chose, en langage d'économiste, un service ou un bien [...] c'est le sens passif qu'on lui donne si on l'emploie pour désigner la voie ferrée ; le viaduc ou l'église, si par travail public, on entend ouvrage public ».

en fait à leurs prédécesseurs de l'ancien régime, les intendants et les conseils du roi aux termes de la plupart des actes ordonnant ou concédant l'exécution de travaux publics ».

Cet effet attractif du régime des dommages de travaux publics a entraîné une extension de la compétence administrative aux réclamations dirigées contre des particuliers (voir par exemple 19 novembre 1958, *Zagouatti*, p. 569).

Le régime de responsabilité des dommages de travaux publics est caractérisé par la large place qu'y occupe la responsabilité sans faute sans que celle-ci soit pour autant exclusive. L'importance de la responsabilité sans faute dans ce régime repose sur le souci du juge de bâtir un régime de protection efficace en contrepartie des prérogatives dont dispose le maître de l'ouvrage en la matière. Mais il ne s'agit pas là du seul fondement de ce régime. Ainsi que l'explique M. Rougevin-Baville, dans son fascicule consacré à « La responsabilité sans faute » : « il n'est pas normal, il n'est pas conforme au principe au principe de l'égalité devant les charges publiques que l'aménagement ou le fonctionnement d'un ouvrage public soit générateur de blessures faites à un particulier ou de détériorations matérielles de ses biens ».

Au risque de céder à une présentation trop sommaire, on peut affirmer que la responsabilité pour faute saisit les dommages causés aux participants à l'exécution du travail public ou à l'entretien de l'ouvrage public (1<sup>er</sup> décembre 1937, *Société des Ets Jean François*, p. 986). S'agissant des dommages causés aux usagers, le régime correspond plutôt à une présomption de faute articulée autour du critère du défaut d'entretien normal (6 octobre 1944, *Streichenberger*). Enfin, la responsabilité sans faute s'applique aux dommages causés aux tiers, qu'ils soient permanents ou accidentels (7 novembre 1952, *Grau*, p. 503). Ainsi que le rappelle votre décision *Département du Var c/Entreprise Bec frères* (Assemblée, 28 mai 1971, p. 419), « le maître de l'ouvrage est responsable, même en l'absence de faute, des dommages que les ouvrages publics dont il a la garde peuvent causer aux tiers tant en raison de leur existence que de leur fonctionnement ; il ne peut dégager sa responsabilité que s'il établit que ces dommages résultent de la faute de la victime ou d'un cas de force majeure ».

L'effet attractif du régime des dommages de travaux publics est variable selon les trois hypothèses précitées.

S'agissant des agents victimes d'un accident du travail, la compétence juridictionnelle dépend du lien de droit public ou de droit privé qui les unit à leur employeur. Mais s'agissant de la réparation des préjudices subis par leurs ayants droits, le statut d'ouvrage public entraîne la compétence de la juridiction administrative pour connaître des demandes dirigées contre l'entrepreneur alors même qu'il est l'employeur de l'agent (TC, 19 mars 2007, *Mme B... c/Sté Ruault Père et Fils*, n° 3509 ; 19 novembre 2007, *Consorts D... c/EDF*, n° 3566, p.610).

S'agissant des usagers de l'ouvrage, la compétence juridictionnelle est fonction de la nature du service public auquel il participe : administrative si le service public est administratif (TC, 13 décembre 1976, *Epoux Z... c/ Aéroport de Paris*, n° 2038, p. 706 ; 15 mars 1999, *Mme P...*, n° 3027, p. 444); judiciaire s'il est industriel ou commercial (24 juin 1954, *Galland, Guyomar et Salel*, p. 717). Le fait de l'ouvrage est en effet assimilé au fait de l'exploitation.

Si l'accident concerne un tiers par rapport au service, les actions relèvent en bloc de la compétence de la juridiction administrative, quelle qu'en soit la nature. Consacrant la solution retenue par le Conseil d'Etat (Section, 25 avril 1958, *Dame Veuve Barbaza*, p. 228), le Tribunal des conflits, après avoir relevé que « le maître d'un ouvrage public a, même en l'absence de toute faute relevée à sa charge, l'obligation de réparer les dommages causés, par le fait dudit ouvrage, aux tiers », a jugé que « l'action ouverte à ces derniers relève, en vertu des dispositions de la loi du 28 pluviôse an VIII, de la juridiction administrative, que le dommage invoqué résulte de l'existence même de l'ouvrage ou qu'il ait pour cause les conditions dans lesquelles le fonctionnement de cet ouvrage a été assuré par les agents du maître de cet ouvrage pour l'exploitation du service confié à celui-ci » (16 mai 1983, *Préfet commissaire de la République du département de la Loire c/ Tribunal de grande instance de Montbrison*, p. 538 ; voir également 21 mars 2005, *D...*, n° 3442<sup>7</sup>).

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire<sup>8</sup>, cette répartition des compétences juridictionnelles n'a pas été affectée par l'abrogation de l'intégralité de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII qu'effectue le 11° de l'article 7 de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques. Depuis lors, le Tribunal des conflits a réaffirmé, à plusieurs reprises, la compétence du juge administratif pour connaître d'un litige de cette nature (voyez notamment 19 octobre 2009, *Gaz de France c/ M. et Mme B...*, n° 3700 ; 23 novembre 2009, *Association syndicale autorisée de Saint-Omer* ; 12 avril 2010, *ERDF c/M. et Mme M...*, n° 3718, au Recueil p. 578 ; voyez également en ce sens votre décision du 13 novembre 2009, *Association agréée de pêche et de protection du milieu aquatique « La sauvegarde de la Moine »*).

De la qualification d'ouvrage public découle donc un régime juridique qui est parvenu à définir un juste équilibre entre la protection renforcée qu'appelle l'ouvrage et la nécessité d'une protection particulière des tiers contre celui-ci. Comme l'explique Guy Braibant, dans ses conclusions sur la décision *Sieur et dame A...* (Section, 13 juillet 1965, n° 60133, p. 442) : « le régime de responsabilité applicable aux ouvrages publics est la contrepartie des privilèges qui leur sont attachés ; la collectivité bénéficie de privilèges pour les implanter, les construire et les protéger ; il est normal qu'elle répare les dommages que, même sans faute de sa part, leur existence ou leur fonctionnement ont causés ». La destination de l'ouvrage public appelle l'intervention d'un régime à la fois protecteur de l'ouvrage vis-à-vis des tiers et des tiers vis-à-vis de l'ouvrage.

---

<sup>7</sup> « Si les collectivités publiques, leurs concessionnaires ou leurs entrepreneurs doivent, quelle que soit la nature du service public qu'ils assurent, réparer les dommages causés aux tiers par les ouvrages dont ils ont la charge ou les travaux qu'ils entreprennent et si la responsabilité qu'ils encourent ainsi, même en l'absence de toute faute relevée à leur encontre, ne peut, en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, être appréciée que par la juridiction administrative, il n'appartient pas, en revanche, à ladite juridiction de connaître des dommages imputables aux ouvrages ou travaux dont s'agit et d'apprécier la responsabilité encourue à raison de vices dans leur conception, leur exécution ou leur entretien lorsque ces dommages ont été causés à l'usager d'un service industriel et commercial par une personne ayant collaboré à l'exécution de ce service et à l'occasion de la fourniture de la prestation due par le service à cet usager ; qu'en raison des liens de droit privé existant entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour connaître de l'action formée par l'usager contre les personnes participant à l'exécution du service ».

<sup>8</sup> Dans nos conclusions devant le Tribunal des conflits sur la décision *ERDF c/M. et Mme M...*, 12 avril 2010, n° 3718, au Recueil p. 578.

Contrairement à ce qui est avancé par la CRE dans ses observations devant vous, sur un terrain d'ailleurs plus idéologique que juridique, la qualification d'ouvrage public conserve toute son utilité. Et c'est pourquoi la question qui vous est aujourd'hui posée revêt une réelle portée ainsi qu'en témoignent les écritures d'EDF, rejoint sur ce point par le ministre chargé de l'énergie, qui plaide fermement pour la reconnaissance d'un tel caractère à ses ouvrages de production d'électricité.

Il faut d'abord rappeler que les effets juridiques que nous venons de vous présenter ne sont attachés qu'à la catégorie des ouvrages publics. Alors même qu'il est fréquemment rattaché à celles de travaux publics ou de domaine public ou encore de service public, l'ouvrage public constitue en effet une notion autonome. Cette autonomie des notions dont rendent magistralement compte les conclusions de Daniel Labetoulle sur votre décision *OPHLM de Nancy* (Section, 10 mars 1978, p. 121), s'explique par la différence de leurs critères de définition (voyez pour les travaux publics TC, 28 mars 1955, *Effimief*, p. 617 et pour le domaine public Section, 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, p. 375). S'ils se recoupent parfois, ils ne coïncident pas nécessairement.

La qualification d'ouvrage public est ainsi indépendante de celle de travail public. Certes, l'ouvrage public est normalement le fruit de travaux publics de même que, le plus souvent, les travaux publics sont réalisés sur des ouvrages publics. Mais la corrélation n'est pas systématique. En effet, un ouvrage privé peut résulter d'un travail public<sup>9</sup> tout comme un ouvrage public peut résulter d'un travail privé soit indirectement<sup>10</sup> soit directement<sup>11</sup>. Enfin, tout travail effectué sur un ouvrage public ne revêt pas, par là même, le caractère d'un travail public.

Même si l'on constate une large correspondance entre l'appartenance d'un bien au domaine public et son caractère d'ouvrage public, il convient également de bien distinguer les deux notions. C'est pourquoi votre décision *EDF* (Assemblée, 23 octobre 1998, p.364) qui juge qu'EDF ne possède pas de domaine public est sans incidence sur la question qui vous est aujourd'hui posée. Les deux catégories n'ont pas la même consistance : celle d'ouvrage public est à la fois plus étroite et plus large que celle de domaine public. Le statut d'un ouvrage n'est pas nécessairement celui du terrain sur lequel il est édifié. Un ouvrage public peut être implanté sur le domaine privé d'une personne publique<sup>12</sup> sans pour autant en faire partie<sup>13</sup>. Les chemins ruraux constituent ainsi des ouvrages publics inclus dans le domaine privé communal<sup>14</sup> de même que les immeubles construits par les offices publics d'HLM (Section, 10 mars 1978, *Office public d'HLM de Nancy*, p. 121) ou encore les immeubles de bureau des personnes publiques. Mais la notion de domaine public peut aussi déborder celle d'ouvrage public. Il existe en effet un domaine public naturel et un domaine public mobilier. Par ailleurs, un ouvrage implanté sur le domaine public peut revêtir le caractère d'ouvrage privé<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Voir par exemple TC, 22 février 1960, *Borel*, p. 858 s'agissant d'immeubles appartenant au domaine privé de collectivités publiques ; CE, 27 mai 1964, *Sieur C...*, n°s 59923 59924, p. 300.

<sup>10</sup> Après acquisition et affectation d'un ouvrage privé par une personne publique (25 mai 1921, *Radel*, p. 505 ; TC, 10 février 1949, *Roubaud*, p. 591).

<sup>11</sup> Voir par exemple Section, 8 novembre 1946, *Ville de Brides-les-Bains*, p. 266.

<sup>12</sup> Voir notamment 25 juillet 1934, *Maurice* ; TC, 21 mars 1966, *Commune de Soulf.*

<sup>13</sup> La domanialité publique ou privée de l'ouvrage est en effet autonome de celle de son terrain d'assiette.

<sup>14</sup> 16 mars 1955, *Ville de Grasse*, p. 161.

<sup>15</sup> Voir par exemple CE, 30 mai 1986, *L...* ; Cour cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 février 1991, *SNCF*.

Attardons nous un instant sur les mérites comparés d'un ouvrage public.

En premier lieu, une telle qualification soustrait, comme nous vous l'avons dit, l'examen des litiges relatifs aux dommages causés aux tiers aux règles de droit civil qui encadrent le régime de responsabilité du fait des travaux de construction d'un ouvrage privé, de son existence ou de son fonctionnement<sup>16</sup>. Aux côtés du régime de droit commun de la responsabilité pour faute des articles 1382 et suivants du code civil, le juge judiciaire<sup>17</sup> fait application, en la matière, de la théorie dite des « troubles anormaux de voisinage »<sup>18</sup> qui fonde un régime spécial de responsabilité objective du maître de l'ouvrage<sup>19</sup>.

Mais ce régime de responsabilité, qui n'est engagé que lorsque les troubles dépassent le seuil de ce qui est normalement inhérent au voisinage, est moins protecteur pour les victimes que celui mis en œuvre par le juge administratif. En vertu de la théorie dite de la préoccupation dont fait application l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation<sup>20</sup>, des voisins gênés par une nuisance provenant d'une activité professionnelle qui existait légalement avant leur installation et qui s'est poursuivie dans les mêmes conditions après ne sont pas fondés à se plaindre d'un trouble anormal de voisinage<sup>21</sup>.

En second lieu, l'ouvrage privé ne bénéficie d'aucune protection équivalente<sup>22</sup> à celle que confère la qualification d'ouvrage public. Certes, l'article 322-2 du code pénal prévoit une protection spécifique pour certaines catégories d'ouvrages. Il dispose ainsi

---

<sup>16</sup> L'abondance du contentieux relatif aux antennes-relais souligne l'actualité de la question.

<sup>17</sup> Sous réserve de régimes législatifs de responsabilité tel celui institué par la loi du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, loi, prise à la suite de la convention de Paris du 29 juillet 1960, qui crée un régime d'indemnisation des dommages nucléaires dont l'application est confiée au juge judiciaire.

<sup>18</sup> Voir s'agissant de l'articulation entre ces deux régimes notamment Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 mai 1975, D. 1976, p. 318 avec la note de G. Viney ; 3<sup>ème</sup> civ, 19 février 2003, n° 01-12.036.

<sup>19</sup> Voir par exemple Cass. 3<sup>e</sup> civile, 4 février 1971.

<sup>20</sup> Aux termes duquel : « Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales ou commerciales n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé aux nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise à bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant, dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives et réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions ».

<sup>21</sup> Même si, ainsi que l'écrit G. Viney, dans son ouvrage sur « La responsabilité civile » : « [...] l'immunité légale, qui ne profite qu'à des professionnels, est subordonnée à certaines conditions. La jurisprudence s'est d'abord attachée à l'exigence d'une activité exercée en conformité avec les lois et règlements en vigueur pour priver de leur droit d'antériorité les établissements pollueurs qui ne les respectent pas – voyez en ce sens Cass. 2<sup>e</sup> civ. 12 janvier 1983 *Gennero c/ dame Medina* ; 3<sup>e</sup> civ. 10 octobre 1984 Bull. civ. III n° 165 – [...] Le texte imposant que l'exploitation se soit poursuivie « dans les mêmes conditions », la jurisprudence en a refusé l'application lorsque l'activité s'est accrue, entraînant des nuisances nouvelles ou une aggravation de celles existantes au moment de l'installation de la victime – voyez notamment Cass. 2<sup>e</sup> civ. 15 juin 2000 et particulièrement topique 2<sup>e</sup> civ. 17 juillet 1991 Bull. civ. II n° 234 par laquelle la Cour de cassation a refusé d'appliquer la théorie de la pré-occupation en raison de l'aggravation des nuisances sonores engendrées par une entreprise de concassage de pierres dues au passage incessant de camions) ».

<sup>22</sup> L'ordonnance du 29 décembre 1958 tendant à renforcer la protection des installations d'importance vitale qui oblige les exploitants d'entreprises « dont l'indisponibilité risquerait de diminuer d'une façon importante le potentiel de guerre ou économique » de la nation à dresser des plans particuliers de protection soumis à l'approbation du préfet et à réaliser les mesures de protection qui y sont prévues n'institue rien de comparable.

que : « l'infraction définie au premier alinéa de l'article 322-1<sup>23</sup> est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende et celle définie au deuxième alinéa du même article de 7 500 euros d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général, lorsque le bien détruit, dégradé ou détérioré est : 1° Destiné à l'utilité ou à la décoration publiques et appartient à une personne publique ou chargée d'une mission de service public [...] ».

Mais cette protection particulière ne vise qu'à réprimer les atteintes portées par un particulier à l'ouvrage. Elle est par définition inopérante à l'encontre du juge. Or, il résulte de la jurisprudence judiciaire que le juge civil peut ordonner, en cas de responsabilité fautive ou de troubles anormaux de voisinage, toutes mesures<sup>24</sup> de nature à y porter remède : mesures conservatoires, remise en état, travaux, suspension ou interdiction d'une activité et même démolition de l'ouvrage<sup>25</sup>. La qualification d'ouvrage public constitue donc la seule limite efficace aux mesures susceptibles d'être ordonnées par le juge judiciaire. Celui-ci retient en outre une acception extensive du principe d'intangibilité. Nous relevons ainsi que la cour d'appel de Lyon, saisie d'un différend entre EDF et la Coordination des pêcheurs de l'étang de Berre, a jugé, dans un arrêt du 22 janvier 2007, que « le juge judiciaire ne saurait sans s'immiscer dans les opérations administratives et empiéter ainsi sur la compétence du juge administratif prescrire des mesures qui portent atteinte au fonctionnement d'un ouvrage public, même lorsque celui-ci met en jeu l'exercice d'une liberté fondamentale dans les conditions susceptibles de caractériser une voie de fait ». Et, au cas d'espèce, elle a estimé que l'arrêt de la centrale hydroélectrique qui avait été demandé au juge des référés d'ordonner sous astreinte « porterait une atteinte directe au fonctionnement de cet ouvrage public [...] qu'EDF exploite dans le cadre de ses missions de service public ». La jurisprudence confère ainsi son plein effet à la décision *B...* précitée (TC, 6 mai 2002, *M. et Mme B... c/EDF*, n° 3287, p. 544), qui interdit au juge judiciaire de porter atteinte au fonctionnement d'un ouvrage public.

On voit bien les caractéristiques incomparables du régime de l'ouvrage public : il ouvre aux tiers victimes un champ d'action plus large dans la mise en jeu de la responsabilité du maître d'ouvrage dans la mesure où ne peut leur être opposée la théorie de préoccupation mais, dans le même temps, il garantit à l'ouvrage une protection renforcée, qu'il s'agisse de sa consistance comme, s'agissant de la jurisprudence judiciaire, de son fonctionnement.

Puisqu'il s'agit d'une notion fonctionnelle, la qualification d'ouvrage public n'a d'autre objet que celui d'y appliquer les règles que nous venons de décrire.

C'est pourquoi les critères retenus par la jurisprudence pour procéder à une telle qualification reposent sur un raisonnement finaliste.

La définition de l'ouvrage public renvoie tout d'abord à des éléments concrets tenant à sa nature matérielle.

En premier lieu, seul un bien immobilier est susceptible de recevoir la qualification d'ouvrage public (voyez pour le rappel de cette condition 26 septembre 2001, *Département du*

---

<sup>23</sup> Qui réprime « la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui ».

<sup>24</sup> Sans préjudice d'une indemnisation financière.

<sup>25</sup> Voir par exemple s'agissant de la destruction de l'ouvrage privé d'une commune Cass. 3<sup>e</sup> civ. 14 décembre 2005 Bulletin 2005 III N° 248 p. 229.

*Bas-Rhin*, p. 434). Ce critère physique recouvre plusieurs cas de figure : le bien immeuble par nature, les installations, y compris les biens mobiliers, incorporées dans de tels biens ou encore liés à eux par un rapport de destination. En deuxième lieu, le bien immeuble doit résulter d'un aménagement. Un ouvrage public est nécessairement le fruit du travail de l'homme. Des biens restés dans leur état naturel ne peuvent être qualifiés de tels (voyez par exemple s'agissant des pistes de ski, Section, 12 décembre 1986, *R...*, n° 51249, p. 281).

Ces conditions étant remplies, deux hypothèses peuvent être envisagées.

Première hypothèse : un bien immeuble résultant d'un aménagement revêt le caractère d'un ouvrage public par détermination de la loi. Cette qualification peut être expresse. L'article 2 de la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports, sur laquelle nous reviendrons dans un instant, précise ainsi que les ouvrages appartenant à Aéroports de Paris « et affectés au service public aéroportuaire sont des ouvrages publics ».

Mais une telle qualification peut également être déduite de l'économie générale de la loi dont la logique d'ensemble révèle que le législateur a entendu reconnaître cette qualité à certaines catégories d'ouvrages.

S'agissant des biens immeubles affectés à la production de l'électricité, une telle qualification a ainsi été déduite, pour les ouvrages concédés, des dispositions de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique. L'article 2 de cette loi prévoit que : « Sont placées sous le régime de la concession les entreprises dont la puissance (...) excède 4 500 kilowatts ». Suivant l'article 10 de cette même loi, le cahier des charges fixe les réserves en énergie que l'exploitant est tenu de céder au département, ainsi que, le cas échéant, les tarifs maxima de l'entreprise et détermine « les terrains, bâtiments, ouvrages, machines et engins de toute nature constituant les dépendances immobilières de la concession et qui, à ce titre, doivent faire gratuitement retour à l'Etat en fin de concession ». Le Conseil d'Etat a, dans un premier temps, jugé que les concessions d'énergies hydrauliques instituées par la loi du 16 octobre 1919 constituaient des concessions de travaux publics (22 juin 1928, *Epoux de Sigalas*). Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Josse se fondait sur les « caractères intrinsèques » des concessions : l'exécution de l'ouvrage pour le compte d'une personne publique et l'affectation de l'ouvrage à l'utilité générale. Alors même que la concession n'a pas pour objet principal l'organisation et le fonctionnement d'un service public, le Conseil d'Etat a déduit des dispositions de la loi de 1919 que les travaux du concessionnaire revêtaient le caractère de travaux publics (voir sur ce point la note d'André Pépy). Dans sa note critique sur cet arrêt (Sirey 1928, p. 113), Maurice Hauriou relève qu'une telle qualification de la concession n'en emporte aucune conséquence s'agissant des ouvrages eux-mêmes : « pour le moment, ils ne sont pas dans le domaine public, ils ne sont pas classés dans la grande voirie et ils ne sont pas des ouvrages publics ».

Un pas a ensuite été franchi avec la décision *Ané c/EDF* (TC, 12 décembre 1955, p. 628). Dans cette décision, le Tribunal des conflits rappelle que la compétence attribuée à la juridiction civile par l'article 6 de la loi du 16 octobre 1919 se limite à la seule question de la suppression ou de la réduction des droits à l'eau<sup>26</sup> et que, pour le reste, « les dommages

---

<sup>26</sup> L'arrêt précise que, « par son caractère exceptionnel », cette « dérogation » « doit être interprétée strictement ».

résultant de l'existence d'ouvrages compris dans une concession d'énergie hydraulique ou des travaux exécutés pour l'édification ou l'entretien de ces ouvrages ont le caractère de dommages de travaux publics et que, par suite, les litiges nés desdits dommages ressortissent à la compétence de la juridiction administrative ». Le caractère d'ouvrage public des concessions y est implicitement mais nécessairement reconnu ainsi qu'en témoigne l'attribution, au visa de la loi du 28 pluviôse An VIII, du litige né des troubles occasionnés par le fonctionnement de l'ouvrage concédé à la juridiction administrative.

Le fondement d'une telle qualification ressort clairement d'un avis publié<sup>27</sup> d'assemblée générale du Conseil d'Etat en date du 28 septembre 1995 (n°s 357262 et 35763 sur le rapport de la section des travaux publics). Cet avis indique que s'agissant de l'exploitation de l'énergie hydraulique, « les activités concédées présentent le caractère d'un service public » dans la mesure « où cette exploitation a pour objet la fourniture de l'électricité produite au public ou aux services publics ». L'avis précise que cette solution résulte « de l'ensemble des dispositions de la loi du 16 octobre 1919 » : « cette loi, en effet, met à la charge du concessionnaire, en vue d'assurer le meilleur emploi de l'énergie naturelle des cours d'eau et la satisfaction des besoins de la collectivité un certain nombre d'obligations en matière de fourniture du courant, de tarifs maxima, de réserves d'énergie à tenir à des tarifs préférentiels à la disposition des services publics et de certaines activités d'intérêt général et de travaux à réaliser dans ce but. Elle leur confère diverses prérogatives en matière d'occupation temporaire ou définitive des propriétés privées et d'éviction des droits particuliers à l'usage de l'eau. Elle permet dans certains cas une participation de l'Etat à la concession et prévoit que les ouvrages feront retour à l'Etat en fin de concession. L'ensemble de ces éléments est constitutif d'un régime juridique de service public ». En d'autres termes, la qualité d'ouvrage public ne se fonde pas sur son affectation à une activité de service public mais sur la définition, par le législateur, d'un régime juridique de service public applicable à cette activité.

La demande d'avis dont vous êtes saisis vous offre l'occasion de réaffirmer cet état du droit.

La seconde hypothèse, qui est la plus fréquente, correspond aux cas dans lesquels le caractère public ou non public d'un ouvrage ne peut se déduire de la loi. Les critères distinctifs résultent alors uniquement de la jurisprudence.

Il ressort des jurisprudences du Tribunal des conflits, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation que le trait distinctif de l'ouvrage réside dans son affectation<sup>28</sup> à l'utilité publique. Indépendamment des qualifications résultant de la loi, le caractère public d'un bien immeuble, résultant d'un aménagement, découle toujours de son affectation à l'utilité publique<sup>29</sup>. Cette finalité de l'ouvrage public justifie parfaitement les caractéristiques du

---

<sup>27</sup> Au Rapport public 1995, p. 229.

<sup>28</sup> Au sens de but en vue duquel il a été conçu et aménagé et non d'usage qui en est fait. Si l'utilisation de fait d'un ouvrage doit normalement correspondre à son affectation, tel n'est pas toujours le cas.

<sup>29</sup> La notion d'utilité publique peut être rapprochée de celle de « public utilities ». Au Royaume Uni, les *public utilities* ont des origines lointaines dans la doctrine et la jurisprudence de la fin de XVIII<sup>ème</sup> et du début de XIX<sup>ème</sup> siècle.<sup>29</sup> Lorsque l'exploitation d'un produit ou la prestation d'un service apparaissait nécessaire à l'intérêt public, l'exploitant se voyait imposer une série d'obligations découlant du droit public : en matière de prix et modalités d'exploitation notamment. Ont été particulièrement concernées les « industries de réseau »<sup>29</sup> c'est-à-dire les activités de distribution d'eau, de gaz, d'électricité et des télécommunications. Comme l'explique Anne-Elizabeth Villain-Courrier : « si la notion de *public utilities* disposait à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle d'une nature et

régime juridique que nous venons de vous décrire. Par la fonction publique qu'il remplit, l'ouvrage appelle une protection particulière qui appelle à son tour, en contrepartie, un régime de responsabilité spécifique.

Reste à appréhender ce que recouvre cette notion d'utilité publique. Elle repose sur l'application de deux critères, l'un organique, l'autre matériel selon une distinction qui vous est familière. Le critère organique renvoie au propriétaire du bien. Le critère matériel correspond à la fonctionnalité de l'ouvrage. Ces deux critères qui ne sont pas nécessairement cumulatifs sont fongibles. Un certain seuil d'utilité publique est requis pour entraîner la qualification d'ouvrage public. Dans certains cas, il sera atteint par la combinaison de la propriété publique et d'une certaine fonction. Mais le critère organique ne constitue pas une condition indispensable à la qualification d'ouvrage public : le seul critère matériel peut suffire à en révéler la fonction publique. Un bien appartenant à une personne privée peut ainsi être qualifié d'ouvrage public. Mais pour qu'il soit regardé, dans pareille hypothèse, comme affecté à une utilité publique, encore faut-il que sa fonctionnalité suffise à le justifier, à elle seule.

Nous ne nous attarderons pas sur les hypothèses correspondant aux ouvrages appartenant à une personne publique<sup>30</sup>. S'agissant des biens appartenant à une personne privée, le défaut de critère organique entraîne, pour que soit atteint le seuil d'une utilité publique suffisante, une intensification du critère matériel tenant à la fonctionnalité de l'ouvrage. Cette extension d'un régime de droit public à un ouvrage appartenant à une personne privée recouvre, en l'état actuel de la jurisprudence, trois hypothèses<sup>31</sup> : les biens qui s'incorporent matériellement à un ouvrage public et en deviennent, par la théorie de l'accessoire, une dépendance<sup>32</sup> ; les biens affectés à l'usage direct du public dont une personne publique assure l'entretien, la gestion et la surveillance<sup>33</sup> et les biens directement affectés à l'exécution d'un service public.

Nous nous intéresserons à cette dernière branche de la jurisprudence qui correspond à l'hypothèse dont vous êtes saisis.

On en trouve des illustrations dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. Civ., 2 juin 1913, *Société nîmoise d'éclairage électrique*), la vôtre (par exemple 30 septembre 1955, *Caisse régionale de sécurité sociale de Nantes*, p. 459, s'agissant d'une plaque tournante appartenant à la SNCF qui n'a pas cessé d'être affectée au service public du chemin de fer) comme celle du Tribunal des conflits (6 février 1956, *Etablissements Ponsa-Lardit*, s'agissant d'une centrale thermique établie par un concessionnaire de chemin de fer et affectée à l'exécution du service).

---

d'une portée juridiques, elle ne dispose plus aujourd'hui de dimension juridique. De plus, l'essentiel de son contenu a fait l'objet de privatisations, obligeant à évoquer les « *private utilities* » (Contribution Générale à l'Etude de l'Ethique du Service Public en Droit Anglais et Français Comparé, Dalloz, 2004, page 143).

<sup>30</sup> Nous renvoyons, pour une présentation plus complète aux conclusions que nous avons prononcées sur la décision précitée *ERDF c/ M. et Mme M...* (TC, n° 3718, p. 578).

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> Tel est le cas par exemple des branchements particuliers d'eau, de gaz ou d'électricité.

<sup>33</sup> Cette catégorie recouvre le cas des voies privées ouvertes à la circulation générale.

En son temps, votre avis A... (11 juillet 2001, n° 229486, p. 372) rendu s'agissant des ouvrages de France Télécom a pu faire naître un certain doute sur la pérennité de cette jurisprudence. Historiquement, les ouvrages affectés au service public des télécommunications ont été qualifiés d'ouvrages publics (voyez par exemple CE, 15 mai 1987, *Ministre chargé des PTT c /SA Gaz de Strasbourg* ; 31 mars 1989, *Ministre chargé des PTT c/Mme B...*). A la suite de la transformation de France Télécom en société par la loi du 26 juillet 1996 et du déclassement à compter du 31 décembre 1996 des biens relevant auparavant du domaine public, s'est posée la question du statut des ouvrages appartenant à la nouvelle institution. Après avoir relevé que « le législateur a entendu mettre fin à la protection particulière dont bénéficiaient les biens de la personne morale de droit public France Télécom », votre avis précité poursuit : « il résulte de ce qui précède que, quelles que soient les dates auxquelles ils ont été entrepris et achevés, les ouvrages immobiliers appartenant à la société France Télécom ne présentent plus, depuis le 31 décembre 1996, le caractère d'ouvrages publics. Il n'en est autrement que pour ceux qui sont incorporés à un ouvrage public tel qu'une voie publique et qui en constituent une dépendance ». Cette solution a parfois été présentée comme consacrant un revirement de jurisprudence imposant dans tous les cas que le critère de la propriété publique soit rempli dès lors que l'avis prend le soin de le relever que les ouvrages en cause sont affectés au service public des télécommunications.

En décembre dernier, nous vous proposons déjà de ne pas accorder une telle portée à ce que nous qualifions d'avis d'espèce. Nous n'avons pas changé d'avis : la solution retenue en 2001 est propre au cas particulier de France Télécom et n'a pas vocation à bouleverser le droit des ouvrages publics<sup>34</sup>. Ainsi que le relève avec justesse Fabrice Melleray, « la rédaction de l'avis » révèle que « la solution se justifie par la situation particulière de France Télécom et par la volonté de respecter la volonté du législateur ». Dans ses conclusions, Emmanuelle Prada-Bordenave explique que le motif déterminant de la solution réside dans « la volonté du législateur » « d'unifier les régimes applicables à France Télécom et aux opérateurs privés autant que possible dans un souci de cohérence et de faire en sorte que leur activité soient régies par des règles comparables ».

A l'occasion d'un litige relatif à un transformateur électrique, le Tribunal des conflits vient d'en apporter une éclatante confirmation en réaffirmant sa jurisprudence.

S'agissant de conclusions à fin de déplacement du transformateur, le caractère public de l'ouvrage devait en effet être apprécié à la date de leur examen par le juge des conflits invité à trancher la question de compétence juridictionnelle. Par sa décision précitée du 12 avril 2010 (*Sté ERDF c/M. et Mme M...*, n° 3718, p. 578), le Tribunal a répondu, conformément à nos conclusions, que « les postes de transformation qui appartenaient à l'établissement public EDF avant la loi du 9 août 2004 transformant cet établissement en société avaient le caractère ouvrage public » et « qu'étant directement affectés au service public de distribution électrique dont la société ERDF a désormais la charge, ils conservent leur caractère d'ouvrage public ».

Nous tirons, de cette décision, trois séries de conclusions qui sont décisives pour la question qui vous est aujourd'hui posée.

---

<sup>34</sup> Ainsi qu'en témoigne le fait que l'avis a été rendu en formation de sous-sections réunies et l'absence de toute mention en ce sens au recueil Lebon.

En premier lieu, le Tribunal des conflits a considéré que la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières était neutre quant au régime des ouvrages appartenant à EDF.

L'article 24 de la loi procède au changement de statut d'EDF qui devient une société anonyme. Mais contrairement à ce qu'il fera, un an plus tard, s'agissant des biens d'ADP<sup>35</sup>, le législateur est resté muet sur la qualité des ouvrages appartenant à EDF. L'article 25 de la loi se borne en effet à prévoir que : « La transformation en sociétés d'Electricité de France et de Gaz de France n'emporte ni création de personnes morales nouvelles, ni cessation d'activité. Les biens, droits, obligations, contrats et autorisations de toute nature des sociétés Electricité de France et Gaz de France, en France et hors de France, sont ceux de chacun des établissements publics au moment de la transformation de leur forme juridique. Cette transformation ne permet aucune remise en cause de ces biens, droits, obligations, contrats et autorisations et n'a, en particulier, aucune incidence sur les contrats conclus avec des tiers par Electricité de France, Gaz de France et les sociétés qui leur sont liées au sens des articles L. 233-1 à L. 233-4 du code de commerce ». Cette disposition, dont le seul objet est d'assurer la neutralité fiscale du changement de statut et de garantir la continuité des contrats, n'emporte aucune conséquence quant au statut des ouvrages appartenant à EDF. C'est pourquoi le Tribunal des conflits a recherché si les critères jurisprudentiels de détermination des ouvrages publics appartenant à une personne privée étaient remplis.

Et c'est précisément le deuxième apport de la décision du 12 avril 2010 que de réaffirmer que le critère organique, tiré de la nature publique ou privée, du propriétaire est inopérant pour la qualification d'ouvrage public dès lors que celui-ci est directement affecté à l'exécution d'un service public.

En l'espèce, la solution ne présentait pas de difficulté dans la mesure où l'article 2 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité de la loi précise que ce service public comprend notamment la distribution d'électricité. Dès lors qu'il est directement affecté au service public de la distribution électrique, un transformateur conserve le statut d'ouvrage public alors même que sa propriété a été transférée à une personne morale de droit privée, la société ERDF, filiale d'EDF créée au 1<sup>er</sup> janvier 2008, dont la mission est d'assurer en France métropolitaine le développement, l'exploitation et la maintenance du réseau public de distribution d'électricité.

Mais le Tribunal des conflits a clairement cantonné la portée de sa solution : la fonctionnalité publique de l'ouvrage regardée comme suffisante à entraîner son caractère public ne renvoie qu'à l'hypothèse où il est directement affecté à un service public dont la

---

<sup>35</sup> L'article 2 de la loi du 20 avril 2005 prévoit que « les ouvrages appartenant à la société ADP et affectés au service public aéroportuaire sont des ouvrages publics ». Les travaux parlementaires attestent de la volonté du législateur de sanctuariser un statut, qui n'est subordonnée ni à la propriété publique ni à la domanialité publique, qu'il estime nécessaire à la fois à la garantie de la continuité du service public et à la protection des éventuelles victimes de dommages. Sur le premier point, la préoccupation du législateur a reçu un écho remarquable de la part du Conseil constitutionnel. Dans sa décision n°2005-513 DC du 14 avril 2005, il a indiqué que « le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté ».

personne privée qui en est propriétaire a la charge. Cette solution ne vaut donc pas pour les biens ou ouvrages appartenant à des personnes morales de droit privé qui sont seulement associées à l'exécution d'un service public. Votre jurisprudence distingue en effet entre la charge du service et la simple participation à son exécution (voyez par exemple 8 juin 1994, *Société Codiam*, p. 294). Se trouvent ainsi hors champ de cette jurisprudence notamment les biens et ouvrages appartenant aux établissements d'enseignement privés qui ont conclu avec l'Etat un contrat d'association à l'enseignement public, en vertu de l'article L. 442-5 du code de l'éducation, dont le Tribunal des conflits a jugé qu'ils se bornaient à participer à la mission de service public de l'enseignement (27 novembre 1995, *Consorts L...*, n° 2963, p. 501 qui reconnaît la compétence judiciaire pour la mise en jeu de leur responsabilité extra-contractuelle) de même que ceux qui appartiennent aux établissements de santé privés<sup>36</sup> dont l'article L. 6112-7 du code de la santé publique précise, dans sa rédaction postérieure à la loi du 21 juillet 2009, qu'ils « participent au service public hospitalier » (voir également en ce sens TC, 28 avril 1980, *Mme G... c/Hôpital psychiatrique de Sainte Marie de l'Assomption*, n° 2140, T. p. 641, qui relève la seule participation à une mission de service public et attribue à la juridiction judiciaire le contentieux de la responsabilité extra contractuelle).

Le troisième et dernier enseignement de la décision du 12 avril 2010 réside dans l'actualité et la pertinence de la notion d'ouvrage public que le juge des conflits s'est attaché à manier pour la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Si certains pouvaient douter de la pérennité voire de l'intérêt de cette catégorie juridique, les voilà clairement rassurés.

C'est donc à l'aune de ce critère d'affectation directe à l'exécution du service public qu'il vous faut répondre à la demande du tribunal administratif de Marseille. Elle ne concerne que les ouvrages de production appartenant à EDF dont la jurisprudence reconnaissait, depuis la loi de nationalisation de 1946, le caractère public (voyez pour une centrale thermique Section, 16 novembre 1962, *EDF c/F...*, p. 614). Certes, pour la plupart, les ouvrages de production, relevant d'une autorisation administrative, qu'il s'agisse d'installations nucléaires de base, de centrales thermiques, de centrales hydroélectriques, sont, depuis 1946, la propriété d'EDF<sup>37</sup>. Mais votre avis vaudra aussi<sup>38</sup> pour les ouvrages de production appartenant à d'autres personnes privées qu'EDF.

La solution n'est pas aussi aisée que pour la distribution électrique dans la mesure où lorsqu'il a défini le service public de l'électricité, le législateur n'y a pas inclus la production d'électricité en tant que telle.

---

<sup>36</sup> Qui ont conclu avec l'agence régionale de santé le contrat prévu à l'article L. 6114-1 du code de la santé publique

<sup>37</sup> Ne lui appartiennent ni les ouvrages de concession de force hydraulique, placés sous le régime de la loi du 16 octobre 1919, qui, en application de leur cahier des charges font l'objet d'un retour obligatoire à l'autorité concédante et sont, de ce fait, considérés par une jurisprudence ancienne comme la propriété *ab initio* de l'autorité concédante et incorporés à son domaine public, ni les ouvrages de petits producteurs autonomes exclus de la nationalisation, notamment dans le domaine hydroélectrique, ceux des entreprises qui produisent de l'électricité pour les besoins de leur exploitation, ceux de certains producteurs publics tels que les Houillères de France, la SNCF ou la Compagnie nationale du Rhône, ou encore ceux de distributeurs non nationalisés (régies des collectivités locales ou sociétés d'économie mixte).

<sup>38</sup> Réserve étant faite des biens immeubles affectés à la production de l'électricité qui relèvent de la loi du 16 octobre 1919 ainsi que de toute autre qualification par la loi ou en application d'autres critères.

Jusqu'à la loi du 10 février 2000, le service public de l'électricité n'était pas défini par la loi. Ainsi que le relève Pierre Sablière<sup>39</sup>, « c'est paradoxalement la construction européenne qui a rendu nécessaire une véritable formulation du service public de l'électricité ». La définition du service public de l'électricité par la loi du 10 février 2000 qui assure la transposition de la directive du 19 décembre 1996 s'inscrit en effet dans le contexte de l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence. Cette ouverture s'articule autour des trois éléments suivants : la liberté d'installation de nouvelles capacités de production<sup>40</sup> et la disparition du monopole de vente d'électricité d'EDF; la liberté de choix du fournisseur pour les clients « éligibles »<sup>41</sup> et le droit d'accès aux réseaux<sup>42</sup>.

La loi du 10 février 2000 définit ensuite un service public de l'électricité et prévoit, à son article premier, qu'il est « organisé, chacun pour ce qui le concerne, par l'Etat et les communes ou leurs établissements publics de coopération ».

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité: « Le service public de l'électricité a pour objet de garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire, dans le respect de l'intérêt général [...] ».

L'article 2 de la loi précise le contenu du service public de l'électricité en distinguant trois missions : l'approvisionnement, le transport et la distribution, enfin, la fourniture aux clients : « Le service public de l'électricité assure le développement équilibré

de l'approvisionnement en électricité, le développement et l'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ainsi que la fourniture d'électricité, dans les conditions définies ci-après ». N'y figure pas, en tant que telle, la production.

S'agissant de l'approvisionnement, le I de l'article 2 précise que : « La mission de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité vise : /1° A réaliser les

---

<sup>39</sup> Dans son article « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ? » (AJDA 2005 p. 2324),

<sup>40</sup> Les nouvelles installations de production sont exploitées par « toute personne »<sup>40</sup> titulaire d'une autorisation d'exploiter délivrée suivant des critères clairs et non discriminatoires par le ministre chargé de l'énergie<sup>40</sup>. Ces autorisations doivent être délivrées. En cas d'inadéquation entre les capacités de production et les objectifs de programmation pluriannuelle, le ministre chargé de l'énergie peut recourir à la procédure d'appel d'offres. Peut participer à cette procédure « toute personne », « exploitant ou désirant construire et exploiter une unité de production, installée sur le territoire d'une Etat membre de la Communauté européenne ou, dans le cadre de l'exécution d'accords internationaux, sur le territoire de tout autre Etat » (art. 8).

<sup>41</sup> L'éligibilité est la possibilité de conclure un contrat d'achat d'électricité avec un producteur ou un fournisseur de son choix installé sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne. Initialement restreinte aux consommateurs finals dont la consommation annuelle excédait un seuil fixé par la loi, aux producteurs autorisés, aux distributeurs non nationalisés pour leur zone de desserte et aux gestionnaires de réseaux ferroviaires, l'éligibilité a été ouverte, par la loi du 7 décembre 2006, à tout consommateur final qui en fait le choix. Un droit à la tarification spéciale « produit de première nécessité » étant néanmoins maintenu pour les consommateurs domestiques.

<sup>42</sup> Le droit d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité est garanti par l'article 23 de la loi du 10 février 2000 au bénéfice des entreprises chargées de missions de service public de fourniture d'électricité, des clients éligibles, des autoproducteurs pour l'alimentation de leurs établissements et de leurs filiales, des exportateurs, qu'ils soient producteurs ou fournisseurs et des collectivités locales pour l'alimentation des services de distribution qu'elles assurent en régie.

objectifs définis par la programmation pluriannuelle des investissements de production arrêtée par le ministre chargé de l'énergie ; / 2° A garantir l'approvisionnement des zones du territoire non interconnectées au réseau métropolitain continental [...] ».

S'agissant du transport et de la distribution, le II de l'article 2 prévoit que : « La mission de développement et d'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité consiste à assurer : 1° La desserte rationnelle du territoire national par les réseaux publics de transport et de distribution, dans le respect de l'environnement, et l'interconnexion avec les pays voisins ; 2° Le raccordement et l'accès, dans des conditions non discriminatoires, aux réseaux publics de transport et de distribution. ». Sont chargés de cette mission : Electricité de France pour les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental, c'est-à-dire les départements d'outre-mer et la Corse ; pour les zones interconnectées, la société Réseau de transport d'électricité (RTE-EDF Transport), filiale à 100 % d'EDF, dont la création a été imposée par l'article 7 de la loi du 9 août 2004, et qui, en vertu de l'article 9 de cette même loi, a bénéficié du transfert de l'ensemble des ouvrages du réseau public de transport d'électricité dont EDF s'était vu reconnaître par l'article 4 de la loi n° 97-1026, la propriété à compter de leur concession ; enfin, s'agissant de la distribution, la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF) filiale à 100 % d'EDF dont la création a été imposée par la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, concessionnaire des communes et de leurs groupements et les autres gestionnaires de réseaux publics de distribution et les autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité.

S'agissant de la mission de fourniture d'électricité, le III de l'article 2 prévoit qu'elle consiste à assurer sur l'ensemble du territoire<sup>43</sup> : 1° La fourniture d'électricité aux clients qui n'optent pas pour l'éligibilité. La mission de fourniture comporte une péréquation géographique nationale des tarifs, une tarification « produit de première nécessité », et l'application de la garantie de maintien temporaire de la fourniture en faveur des personnes en situation de précarité ; 2° La fourniture d'électricité de secours aux clients éligibles raccordés aux réseaux publics.

Il en résulte qu'en tant que telle, la production d'électricité n'est pas comprise dans le service public de l'électricité<sup>44</sup>. Mais nous insistons sur ce point : la loi de 2000 n'a rien modifié, la production d'électricité n'ayant jamais été regardée, par la jurisprudence, comme constituant par elle-même une activité de service public.

Dans ses conclusions sur l'arrêt du Tribunal des conflits du 16 janvier 1995, *Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, Compagnie nationale du Rhône c/EDF*, Philippe Martin l'expliquait en ces termes : « l'activité de production n'est pas en soi un service public mais elle devient un service public dans le régime juridique d'EDF qui doit produire pour

---

<sup>43</sup> Le dernier alinéa du III de l'article 2 précise que : « **Electricité de France** ainsi que, dans le cadre de leur objet légal et dans leur zone de desserte exclusive, les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz **sont les organismes en charge de la mission mentionnée au I° du présent III, qu'ils accomplissent, pour les clients raccordés aux réseaux de distribution,**

<sup>44</sup> Voir l'article de Laurent Richer : « Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz » (AJDA 2004, p. 2094). Il faut réserver le service public de la production consistant en le rachat de la production verte, dont obligation est faite à EDF et pour laquelle elle est compensée par une "contribution au service public de l'électricité " qui avant s'appelait contribution au service public de production de l'électricité" (entre 2000 et 2004).

répondre aux besoins des usagers de son réseau de distribution »<sup>45</sup>. D'une certaine manière, c'était, sous l'empire de la loi du 8 avril 1946, le caractère intégré des activités d'EDF exercées en situation de quasi-monopole qui créait un lien juridique entre la production et l'obligation de répondre aux besoins des usagers, au sein d'un service public unique. En raison du double continuum à la fois fonctionnel et juridique caractérisant alors le système électrique, la production d'électricité était regardée comme un service public par destination. Dans ces conditions, revêtaient un caractère public les ouvrages de production d'électricité d'EDF qui étaient regardés comme partie intégrante du service public du transport et de la distribution d'électricité (voir par exemple Section, 16 novembre 1962, *EDF c/F...*, p. 614).

En revanche échappaient à cette qualification les ouvrages de production d'électricité qui ne pouvaient, eu égard à leur fonction, être considérés comme intégrés au service public de l'électricité (voyez avant la loi de 1946 CE, 16 novembre 1928, *Mizgier*, p. 1192 ; et après la loi de 1946 Cour cass. Civ. 1<sup>er</sup> février 1957, *Société d'énergie de la Sioule*, qui refuse de qualifier un barrage d'ouvrage public au motif que la société « qui n'est pas concessionnaire d'un service public, n'a pas poursuivi un but d'intérêt général mais a eu seulement en vue l'utilisation de l'énergie hydraulique dans son intérêt propre<sup>46</sup> ; TC, 11 octobre 1993, *Société centrale sidérurgique du Richemont*, p. 405 qui dénie la qualité d'ouvrage public à une centrale thermique édifée et exploitée par un producteur autonome d'électricité, n'agissant pas en qualité de concessionnaire de service public qui a réalisé des travaux pour son propre compte sans participer à une mission de service public). Votre décision *Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant* (19 janvier 1973, p. 48) retient, pour qualifier de contrats administratifs les conventions de rachat d'énergie électrique, qu'elles sont soumises à un régime exorbitant du droit commun ce qui permet d'en déduire *a contrario* qu'elles ne portent pas sur l'exécution même du service public. Dans ses conclusions sur cette affaire, Michel Rougevin-Baville estimait que les producteurs autonomes n'étaient pas chargés de l'exécution même du service public confié à EDF, dès lors qu'« ils n'ont aucune responsabilité dans la gestion intégrée du réseau national de distribution et ne sont pas soumis à des obligations suffisantes pour que l'on puisse parler d'exécution même du service public ». Il affirmait que les producteurs autonomes « sont bien associés au service public mais qu'ils ne sont pas chargés de son exécution directe et immédiate ».

Le mode de raisonnement n'a pas changé : sous l'empire de la loi de 2000, il vous revient toujours de rechercher si des ouvrages de production d'électricité doivent, et si oui dans quelle mesure, être regardés comme directement affectés au service public de l'électricité.

A en croire, Pierre Sablière, dans son article précité, la réponse à cette question devrait être négative : « [...] tous les ouvrages de production d'électricité (hors hydro-électricité concédée) y compris ceux installés et exploités par EDF [...] sont, depuis la loi du 10 février 2000, des ouvrages privés comme ceux des autres exploitants sans que la transformation d'EDF en société anonyme en 2004 ait changé quoi que ce soit à cette situation : du fait de cette liberté d'installation, la finalité ne serait plus, quel que soit

---

<sup>45</sup> CJEG 1995, p. 259

<sup>46</sup> Voir la note sous cet arrêt d'Adrien Carron (CJEG 1957, p. 15) qui relève pertinemment que la qualité d'ouvrage public dépendant de son objet, le juge recherche, s'agissant d'un ouvrage de production d'électricité s'il alimente ou non le service public.

l'exploitant, la prise en charge d'un service public mais celle d'une activité essentiellement commerciale ». Et telle est la position défendue, devant vous, par la CRE qui soutient en outre que la qualification des biens d'EDF d'ouvrages publics risquerait de créer une discrimination au bénéfice de cet opérateur qui serait contraire aux exigences du droit communautaire.

Mais vous ne pourrez suivre l'argumentation de la CRE qui retient délibérément, et c'est naturel eu égard à son office, une approche commerciale du système électrique. Précisons en tout état de cause que la qualification d'ouvrage public est sans rapport avec celle « d'infrastructure essentielle » au sens du droit de la concurrence et du droit communautaire, qui utilisent cette qualification pour désigner une installation sans laquelle les concurrents de celui qui la possède ne peuvent pas offrir de service à leurs clients. Lorsque le détenteur refuse l'accès à son infrastructure essentielle, il abuse de sa position dominante. Ce qui pourrait, dans le secteur de l'électricité, être une « infrastructure essentielle » est le réseau, sans l'accès auquel il n'est pas possible de fournir de l'électricité aux clients, mais en aucun cas les installations de production<sup>47</sup>. Mais, quoiqu'il en soit, il nous semble que raisonner en termes de marché de l'électricité constituerait, s'agissant de la question qui vous est posée, un lourd contresens. Sur ce marché, l'offre d'électricité rencontre la demande (des consommateurs) à un prix d'équilibre ; le contrat signé entraîne le droit pour le consommateur raccordé au réseau d'y soutirer les quantités dont il a besoin, qu'il paiera au prix convenu au fournisseur. De même, celui-ci, s'oblige à lui livrer des quantités correspondant au prix convenu. Mais s'il s'agit d'apprécier l'utilité fonctionnelle des ouvrages de productions, seule l'approche physique du système électrique, retenue à la fois par EDF, RTE et le ministère chargé de l'énergie, est pertinente. C'est non en termes commerciaux mais dans le domaine physique<sup>48</sup> et industriel, que la question se pose de ce qu'est le service, son exigence, et des conséquences qu'il convient d'en tirer sur la qualification des moyens de production.

La distinction des différentes phases du système électrique et la dissociation organique des opérateurs qui en ont la charge ont entraîné la disparition du continuum juridique qui existait sous l'empire de la loi de 1946. Seul subsiste un continuum fonctionnel. Et c'est de cet unique point de vue qu'il faut rechercher quels sont les ouvrages de production qui revêtent un caractère public. Rappelons que la participation à l'exécution du service public ne constitue pas un critère suffisant. Il faut que les ouvrages soient directement affectés à l'exécution même du service public. Or, le seul fait de fournir à un service public les instruments matériels de son exercice n'équivaut pas à être en charge de son exécution (Section, 11 mai 1956, *Société des transports Gondrand frères*, p. 202).

Repartons de l'objet du service public de l'électricité. L'article 1<sup>er</sup> précité de la loi du 10 février 2000 le définit et en détaille les implications : « Le service public de l'électricité a pour objet de garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire, dans le respect de l'intérêt général. Dans le respect de la politique énergétique, il contribue à l'indépendance et à la sécurité de l'approvisionnement (...). / Il concourt à la cohésion nationale, en assurant le droit à l'électricité pour tous, à la lutte contre les exclusions, au développement équilibré du territoire, dans le respect de l'environnement, à la recherche et au

---

<sup>47</sup> Ainsi que l'a à juste titre relevé l'Autorité de concurrence dans l'affaire Direct énergie.

<sup>48</sup> On compare souvent le réseau à un lac, où se jettent plusieurs rivières: l'eau qu'on y boit peut venir de n'importe laquelle.

progrès technologique, ainsi qu'à la défense et à la sécurité publique. / Matérialisant le droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité, le service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité, et dans les meilleurs conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique, sociale et énergétique ».

L'objet même du service public de l'électricité consiste donc en la garantie de l'approvisionnement sur l'ensemble du territoire national.

C'est là qu'entrent en compte les spécificités physiques de l'énergie électrique qui ne peut pas, contrairement à l'eau ou au gaz, être stockée. Il s'ensuit que la sécurité et la fiabilité des réseaux de transport et de distribution impliquent à chaque instant l'équilibre entre la production et la consommation, c'est-à-dire, en termes physiques, l'injection et le soutirage<sup>49</sup>. Aux termes de l'article 15 de la loi de 2000, l'obligation d'assurer « à tout instant l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau ainsi que la sécurité, la sûreté et l'efficacité de ce réseau, en tenant compte des contraintes techniques pesant sur celui-ci » incombe au gestionnaire de ce réseau public de transport. Mais le respect de cet équilibre physique est, par définition, tributaire de la production d'électricité. Nous relevons, à l'appui de notre démonstration, que l'article 2 de la loi du 10 février 2000 indique expressément que « les producteurs, et notamment Electricité de France, contribuent à la réalisation [des objectifs] » assignés au service public de l'approvisionnement.

Afin d'identifier les conséquences pratiques de cette exigence d'équilibre en flux tendu, faute de stockage possible, il faut distinguer entre les zones interconnectées au réseau métropolitain continental et les zones non interconnectées (Corse et Outre-mer) – dans lesquelles le transport et de la distribution sont confiées à EDF.

Dans ces dernières, la production locale doit couvrir en permanence l'intégralité des besoins de la consommation. Nous relevons en outre que la moindre densité des ouvrages de production et l'absence d'interconnexion y rendent l'adéquation de la production à la consommation plus fragile. Dans ces conditions, nous considérons que, dans ces zones, tous les ouvrages dont la production est entièrement destinée de façon permanente aux réseaux de transport ou de distribution doivent actuellement être regardés comme directement affectés au service public de la garantie de l'approvisionnement. Vous en déduirez qu'ils revêtent le caractère d'ouvrage public. Cette définition exclut les ouvrages qui ne produisent que de façon occasionnelle ou pour une consommation personnelle.

Venons en aux zones interconnectées où la gestion du réseau est confiée à RTE. L'équilibre entre l'injection et le soutirage doit être assuré, de façon synchrone, à l'échelle de tous les pays interconnectés.

L'interconnexion constitue une sécurité pour l'approvisionnement puisqu'elle permet de répartir les sources d'approvisionnement entre les 27 pays du plateau continental. En l'état actuel des caractéristiques techniques des réseaux, les capacités d'importation sont toutefois limitées à environ 9 000 MW, alors que la consommation de pointe en France peut atteindre 90 000 MW. Dans pareille hypothèse, 90% de la consommation doit donc se trouver

---

<sup>49</sup>Là, où en termes commerciaux, on parlerait d'offre et de demande.

satisfaite par une production réalisée sur le territoire métropolitain. Mais l'interconnexion est aussi un facteur de vulnérabilité dès lors qu'une perturbation se répercute immédiatement sur l'ensemble des réseaux et est susceptible d'entraîner, en quelques instants, un black-out, par un effet qualifié de « château de cartes ».

Les caractéristiques d'ensemble du système électrique impliquent le maintien permanent d'une même fréquence et d'une même tension.

Le maintien de la fréquence permet à tous les appareils de production, notamment ceux des producteurs d'électricité, mais aussi des industriels consommateurs, de fonctionner normalement. La valeur de référence de la fréquence est, pour tous les pays, de 50 Hz. Selon l'arrêté du 23 avril 2008 relatif aux prescriptions techniques de conception et de fonctionnement pour le raccordement au réseau public de transport d'électricité d'une installation de production d'énergie technique, la plage de variation normale de la fréquence est comprise entre 49,5 et 50,5 Hertz. L'équilibre du réseau est donc subordonné au maintien de la fréquence à 50 Hz.

La garantie de l'approvisionnement est subordonnée à la sûreté du réseau. Elle suppose donc son équilibrage permanent afin que soit maintenu la fréquence au niveau de 50 Hz. Celui-ci s'obtient par des ajustements de la puissance des ouvrages de production. Sur cette question technique, l'audience d'instruction menée le 9 mars 2010 par la 6<sup>ème</sup> sous-section de la section du contentieux s'est révélée particulièrement éclairante.

RTE, qui est « responsable du mécanisme d'ajustement », met chaque jour à disposition des acteurs du système électrique des informations établies à partir des prévisions de consommation et de production. Les producteurs anticipent leur production sur la base de ces informations et de celles qu'ils détiennent par eux-mêmes. Les anticipations de production et de consommation permettent de s'approcher de l'équilibre. Peuvent néanmoins survenir des écarts qui appellent un certain nombre de réponses.

Il existe des variations non prévisibles, qui peuvent être dues à une variation non anticipée de la consommation (principalement en raison d'un changement de température), ou de l'indisponibilité fortuite d'un groupe de production. Ces oscillations de très court terme doivent être compensées dans des délais de l'ordre de quelques dizaines de secondes afin notamment de maintenir la fréquence à 50 Hz. C'est à cette fin que sont mis en place des mécanismes automatiques d'ajustement de la puissance qui fonctionnent sans intervention humaine. Constitue le « réglage dit primaire » le mécanisme d'ajustement correspondant aux équipements dont sont obligatoirement dotés certains groupes de production, dont la puissance est ajustée automatiquement pour maintenir la fréquence sur les réseaux. Le « réglage secondaire », qui vise à maintenir le programme d'échanges avec les pays voisins, est également assuré par des mécanismes automatiques. Les automatismes des réglages primaires et secondaires constituent ce que l'on appelle les « services systèmes ».

S'agissant des variations prévisibles, RTE peut les compenser en faisant jouer le mécanisme d'ajustement dit de « réglage tertiaire » qui comporte trois composantes. Sont sollicités à titre principal les producteurs<sup>50</sup> qui ont l'obligation de mettre à disposition de RTE

---

<sup>50</sup> En particulier ceux qui font partie des 38 « entités d'ajustement ».

la production de leurs ouvrages techniquement disponible. Les délais de réaction vont de 15 à 60 minutes. A titre subsidiaire, il est fait recours aux offres des pays voisins, principalement des pays raccordés aux réseaux interconnectés synchronisés en courant alternatif avec lesquels les échanges sont instantanés. Enfin peuvent être utilisées les offres d'effacement de certains consommateurs qui renoncent à une part de consommation<sup>51</sup>.

Nous ne nous attarderons pas sur l'aspect commercial de ce système qui n'entre pas en ligne de compte pour la question qui nous intéresse. Mais nous n'ignorons pas que les producteurs sont sur un marché concurrentiel et ouvert. L'article 15 de la loi du 10 février 2000 dispose que le gestionnaire du réseau négocie librement avec les producteurs et les fournisseurs de son choix les contrats nécessaires au fonctionnement du réseau, selon des procédures concurrentielles, non discriminatoires et transparentes. Les ajustements sont rémunérés, et le prix « spot powernext », celui du marché de l'électricité interconnecté entre les grands réseaux de transport, sert de référence. Ajoutons que les 149 « responsables d'équilibre », au nombre desquels figure EDF, ont l'obligation de compenser financièrement les coûts du mécanisme d'ajustement dans le périmètre de leurs clients, ce qui les incite indirectement à réaliser, à leur niveau, l'équilibre physique entre la production et la consommation. C'est par le biais de ce rôle de responsable d'ajustement et d'équilibre que le raccord se fait entre système (où sont constatés les écarts que RTE comble par appel des réserves) et marché (où le coût de ces écarts est facturés à ceux qui le sont causés, les responsables, dont les programmes se sont avérés partiellement erronés).

Restons en aux caractéristiques physiques du système.

De ce point de vue, il faut tout d'abord distinguer entre l'énergie dite « fatale » qui dépend d'éléments naturels incontrôlables comme l'énergie éolienne, l'énergie photovoltaïque ou la production fatale qui provient des installations de co-génération et les sources d'énergie dites « commandables » parce que l'on peut décider et du moment et du volume de la production.

Nous relevons ensuite que la loi du 10 février 2000 a, pour assurer l'équilibre entre production et consommation, rendus obligatoires que certains ouvrages de production d'électricité rendent au réseau des services contribuant à cet équilibre.

Ce faisant, la loi n'impose rien qui ne soit autorisé par les directives communautaires sur l'électricité. La directive n° 2003/54 du 26 juin 2003 aujourd'hui en vigueur prévoit ainsi, à son article 3, que « [...] les Etats membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat. Ces obligations sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises d'électricité de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux [...] ».

L'article 14 de la loi de 2000 prévoit, afin « d'assurer la sécurité et la sûreté du réseau et la qualité de son fonctionnement », la fixation de « prescriptions techniques

---

<sup>51</sup> En pratique 8 industriels parmi les 38 entités d'ajustement.

générales de conception et de fonctionnement pour le raccordement au réseau public de transport » qui s'imposent aux installations de production raccordées à ce réseau.

Ces prescriptions ont été précisées par le décret n° 2008-386 du 23 avril 2008 relatif aux prescriptions techniques générales de conception et de fonctionnement pour le raccordement d'installations de production aux réseaux publics d'électricité ainsi que par un arrêté également en date du 23 avril 2008.

Le raccordement au réseau public de transport dont la consistance est définie par l'article 12 de la loi de 2000 et le décret du 22 février 2005 pris pour son application entraîne la sujétion à un certain nombre de prescriptions et contraintes qui s'imposent, en l'état actuel de la réglementation, aux ouvrages de production d'électricité dont la puissance est supérieure à 12 MW. Ce critère renvoie à la fois à la puissance et au caractère commandable de l'énergie produite.

Le raccordement au réseau de transport implique pour les producteurs, comme pour les consommateurs, le respect des normes techniques que nécessite l'équilibrage du réseau. En particulier, le III de l'article 15 impose que « la totalité de la puissance non utilisée techniquement disponible » de chacune de ces installations raccordées soit mise à la disposition du gestionnaire du réseau pour permettre à celui-ci d'assurer l'ajustement entre la production et la consommation d'électricité.

Mais ainsi que le prévoit le V de l'article 5 du décret du 23 avril 2008, les prescriptions « peuvent être différenciées en fonction de la puissance installée des installations de production à raccorder, du caractère aléatoire ou non de l'énergie primaire qu'elles utilisent et de leur technologie ». L'arrêté du 23 avril 2008 définit des prescriptions techniques plus contraignantes pour les ouvrages de production d'électricité dont la puissance est supérieure à 40 MW. Ceux-ci sont en outre soumis à l'obligation d'être équipés de mécanismes automatiques permettant de réguler leur puissance active en fonction des variations de la fréquence sur ce réseau, laquelle doit rester comprise dans la plage de 49,5 à 50,5 Hz –il s'agit de la participation au « réglage primaire » que nous avons présenté il y a un instant. Ils doivent également pouvoir, en cas de déconnexion fortuite du réseau, s'y raccorder « sans délai » à la demande de RTE, tandis que les ouvrages de production d'électricité raccordés au réseau mais dont la puissance est inférieure à 40 MW ont seulement l'obligation de pouvoir le faire « rapidement », tout simplement parce qu'ils sont moins indispensables à la garantie de l'approvisionnement.

Nous pensons que ces contraintes cumulées constituent un critère pertinent pour déterminer quels sont les ouvrages de production d'électricité qui doivent être regardés, au titre du continuum fonctionnel qui caractérise le système électrique, comme ceux sans lesquels le service public de l'approvisionnement en électricité ne pourrait être assuré. Ce mode de raisonnement vous est familier : il constitue en effet l'écho de celui retenu jusqu'à présent par la jurisprudence en matière de production d'électricité. Comme nous l'avons vu, les installations de production ont été qualifiées d'ouvrages publics dans la mesure où elles s'avéraient nécessaires à l'exécution d'une mission de service public (en ce sens Cass. Civ., 2 juin 1913, *Société nîmoise d'éclairage électrique*, s'agissant d'un ouvrage produisant l'électricité nécessaire à l'éclairage public). Comme l'explique Adrien Carron, dans son étude « les ouvrages de production d'électricité et l'évolution de la notion de travail public » (CJEG

1957, p. 257) : « la meilleure explication est fournie par le recours à la notion de service public. C'est parce qu'une centrale thermique est exécutée « en vue d'assurer l'exécution de ce service public » (la distribution d'électricité) qu'elle présente, en raison de son objet, le caractère d'ouvrage public [...] la centrale est destinée à assurer l'alimentation d'un ouvrage public, la marche d'un service public, le réseau ne serait rien sans elle, elle participe donc de la nature des ouvrages affectés directement au service. Cela suffit. Et cela se comprend ». Et, selon nous, cela suffit encore et se comprend toujours. Nous notons que vous avez tenu le même mode de raisonnement s'agissant du service public de la distribution de l'eau en qualifiant de prestations de service public en tant que telles celles « sans lesquelles le service public de distribution de l'eau ne pourrait être assuré » (28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Cher*).

Vous retiendrez donc un critère systémique pour répondre à la question posée. A celui tiré du raccordement au réseau de transport, nous préférons le critère tiré de la participation au réglage primaire, mis en avant lors de l'audience d'instruction à la fois par EDF, RTE et le ministre chargé de l'énergie. En effet, seul ce dernier révèle un degré suffisant de contraintes sur les producteurs – sur lesquels elles pèsent de manière objective et qui n'ont en réalité pas la possibilité d'échapper aux exigences dont le périmètre est à la décision du gestionnaire du réseau pour que ceux-ci soient regardés comme contribuant, de manière déterminante, à l'équilibre du système d'approvisionnement en électricité. Nous portons à votre connaissance une décision du comité de règlement des différends et des sanctions (CORDIS) de la CRE, en date du 2 octobre 2009, qui va clairement dans ce sens. Saisi par POWEO d'un différend l'opposant à RTE qui lui demandait de se soumettre aux obligations de participation aux « services système », le CORDIS a estimé, dans cette décision, que « conformément à la portée de la directive sur ce point, le III de l'article 15 de la loi du 10/2/2000 doit être interprété, sous réserve qu'il sollicite l'ensemble des producteurs, comme réservant au seul gestionnaire du réseau public de transport le choix des producteurs ou des fournisseurs dont les prestations lui sont nécessaires pour remplir sa mission d'équilibrage, sans laisser à ces dernier la possibilité de ne pas participer aux services systèmes ». Le régime de participation aux services systèmes n'est donc pas facultatif mais obligatoire. Et il s'applique à tous les ouvrages, dont la production est nécessaire à l'équilibre du réseau, condition indispensable de la garantie de l'approvisionnement. D'une certaine manière, il s'agit de la traduction technique d'obligations de service public.

Si vous nous suivez, vous répondrez au tribunal administratif de Marseille dans le sens des observations qui suivent : après avoir rappelé que la garantie et la sécurité de l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national, qui sont l'objet même du service public de l'électricité, impliquent nécessairement que soient imposées à certains ouvrages de production d'électricité des contraintes particulières quant à leurs conditions de fonctionnement afin d'assurer l'équilibre du système, vous relèverez que les ouvrages d'une puissance supérieure à un seuil, fixé par la réglementation, en l'état actuel des techniques et eu égard aux caractéristiques d'ensemble et aux exigences de fonctionnement du système électrique, à 40 MW, doivent être regardés, eu égard à la nature particulière des contraintes qui pèsent sur eux, comme directement affectés au service public. Vous en déduirez que leurs propriétaires sont, dans cette mesure, chargés d'exécuter ce service public. Il en résulte qu'indépendamment de la nature publique ou privée de leur propriétaire, ils revêtent, eu égard à leur fonction, le caractère d'ouvrages publics.

Cette solution, qui repose sur un raisonnement de principe qui a vocation à s'appliquer à d'autres services publics, appelle trois dernières séries d'observations.

En retenant un critère objectif, qualitatif plus quantitatif même s'il se traduit par un seuil de puissance, qui est susceptible d'évoluer en fonction des techniques mais qui restera, dans tous les cas, identifiable, votre avis fournira des indications précises quant au périmètre

de sa solution. Il faut distinguer les notions de « sites » ou « installations » de production, qui sont les établissements au sens du droit commercial, et celles de « groupes de production », qui sont les machines ou générateurs. Il peut y en avoir plusieurs par sites.

Il existe près de 50 000 installations de production en France, le plus grand nombre étant composé de tous petits ouvrages photovoltaïques. Seuls 600 sites environ dont la plupart comportent plusieurs groupes de production, sont raccordés au réseau de transport public. Quant aux installations raccordées qui sont d'une puissance supérieure à 40 MW et qui sont donc susceptibles de participer aux services systèmes, elles sont de l'ordre de 370 groupes de production. Ce sont donc ces 370 groupes de production qui revêtent actuellement le caractère d'ouvrages publics. Le seuil retenu est susceptible d'évoluer, en fonction des progrès techniques, entraînant par là même une modification du portefeuille des ouvrages publics. A supposer qu'il s'affaisse et de nouveaux ouvrages de production seront qualifiés comme tels. S'il était au contraire relevé, certains perdraient ce caractère à ce titre, faute de pouvoir encore être regardés comme directement affectés au service public de l'électricité. Fort logiquement, la désaffectation<sup>52</sup> d'un ouvrage public suffit à le transformer en ouvrage privé sans que soit requise une quelconque décision comme en matière de déclassement du domaine public.

Tous les ouvrages de production exploités par EDF et raccordés au réseau public de transport, y compris celui en litige, rentrent dans le champ de définition : les plus petites centrales hydrauliques sont de l'ordre de 50 MW, les thermiques au minimum de 120 MW et les nucléaires entre 900 et 1 300 MW par unité. Notre solution permet donc d'assurer une continuité juridique en évitant de procéder, comme ce fut le cas s'agissant de France Télécom, à la déqualification d'ouvrages dont la fonction même n'a pas été modifiée. L'intervention de la loi de 2005 démontre qu'une certaine permanence peut être souhaitable en dépit des évolutions affectant l'organisation du service public et le statut des organes qui en ont la charge.

Mais ne seront pas uniquement concernés les ouvrages propriétés d'EDF. Certes, l'opérateur historique, qui reste, jusqu'à présent, le seul qui soit lié à l'Etat par un contrat de service public, se trouve dans une situation particulière ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004, en considérant que les missions de service public dans le secteur de l'électricité étaient « essentiellement assurées par EDF » et que les autres opérateurs n'étaient pas « placés dans la même situation ». Mais pour autant et ainsi que le montre la décision du CORDIS, sont susceptibles d'être qualifiés tous les ouvrages répondant aux mêmes caractéristiques, et appartenant à d'autres personnes morales de droit privé. Et si l'on retient, un instant, l'approche commerciale de la question, on peut relever que l'indifférence de la qualité du propriétaire de l'ouvrage dans l'opération de qualification prouve l'absence d'effet de la solution en matière de libre concurrence entre les

---

<sup>52</sup> Voir par exemple 17 octobre 1952, *Ville d'Arras*, p. 453.

différents opérateurs intervenant sur le marché de la production d'électricité. Il ne saurait y avoir de discrimination en faveur d'EDF ni de distorsion de concurrence puisque tous les propriétaires dont les ouvrages se trouveraient dans la même situation au regard des obligations de production d'électricité verraient leurs ouvrages qualifiés de la même manière.

Enfin notre solution repose sur une conception attractive de service public de l'électricité. Il s'agit, à notre sens, de l'exact écho qu'il convient de donner, eu égard aux caractéristiques d'ensemble du système électrique, à l'exigence constitutionnelle de continuité. Dans une certaine mesure, la production électrique était et elle reste indissociable de l'équilibre fonctionnel du système électrique.

C'est sur un tel raisonnement que repose l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'Etat du 7 juillet 2009, *Fédération nationale des mines et de l'énergie CGT*, qui confère des effets de droit, en matière de droit de grève, au continuum fonctionnel que nous avons identifié : après avoir relevé « qu'il doit être tenu compte de la nature du service de production d'électricité, des impératifs de sécurité qui lui sont liés et des contraintes techniques du maintien de l'interconnexion et de préservation de l'équilibre entre la demande et l'offre d'électricité dans une situation estivale où les fortes températures peuvent solliciter le système de production électrique à un moment où la production est réduite », le juge des référés a estimé que « la direction d'EDF en prenant les notes litigieuses qui ne sauraient avoir pour objet et pour effet de contraindre l'ensemble des personnels des tranches visées à remplir un service normal mais seulement de répondre de la continuité des fonctions indispensables pour assurer la remise en service des réacteurs arrêtés dans les délais et éviter des conséquences graves dans l'approvisionnement électrique du pays, n'a pas porté une atteinte manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit de grève pour les salariés concernés ». Voici l'illustration d'autres formes d'obligations de service public pesant sur certains ouvrages de production d'électricité.

Pour répondre aux objectifs d'indépendance et de sécurité de l'approvisionnement qui sont fixés par la loi, il est nécessaire qu'existe sur le territoire national une capacité de production suffisante et régulée pour être ajustée aux besoins de la consommation. Alors même que la production d'électricité ne constitue pas une activité de service public en tant que telle, dans la mesure où elle constitue un pré-requis indispensable à la mission de service public d'approvisionnement en électricité, les ouvrages qui l'assurent doivent être regardés comme directement affectés à l'exécution de ce service public. Cela explique que leur soit appliqué, sous le contrôle du juge administratif, le régime de responsabilité des dommages de travaux publics et implique qu'ils bénéficient de protections particulières de nature à garantir leur fonctionnement dans l'intérêt général.

Le rétrécissement du champ de la propriété publique ne doit pas déboucher sur une récession de l'utilité publique et des effets de droit qui y sont nécessairement attachés, la qualification d'ouvrage public ne constituant, dans notre cas, que l'impérieux reflet du service public. »