N° 384542

M. L...

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 21 novembre 2016

Lecture du 7 décembre 2016

CONCLUSIONS

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public

M. Marc L..., propriétaire d'un tènement foncier en bordure de la Garonne au lieu-dit Camon, était titulaire d'un droit d'usage de l'eau de ce fleuve, fondé en titre car accordé à ses ancêtres par lettres patentes de Catherine de Navarre en 1488, avant l'édit de Moulins. En 1929, en application de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, M. L... a donné à bail ce droit d'usage de l'eau à la société Energie électrique de la Haute-Garonne pour lui permettre d'aménager une usine hydroélectrique aux chutes de Camon-Valentine, en amont de sa propriété. Par un décret du 19 août 1930, l'Etat a octroyé à cette société, à laquelle s'est ultérieurement substituée EDF par l'effet de la loi du 8 avril 1946, la concession d'aménagement et d'exploitation de ces chutes, pour une période expirant le 31 décembre 2008, le bail du droit d'usage de l'eau ayant été aligné sur la même durée.

La société EDF a obtenu de l'Etat le renouvellement de cette concession par une convention conclue le 18 décembre 2008 avec le préfet de la Haute-Garonne approuvée, ainsi que son cahier des charges, par un arrêté préfectoral du même jour. Les négociations que cette société avait en parallèle entamées avec les héritiers de M. Marc L..., en vue de la conclusion d'un nouveau bail pour l'exploitation du droit de prise d'eau de ces derniers, ont, en revanche, échoué, faisant naître un contentieux devant le juge judiciaire afin de fixer l'indemnisation adéquate de l'éviction de leur droit de prise d'eau.

Mme Simone L... et son fils, M. Bertrand L..., ont demandé l'annulation de l'arrêté préfectoral du 18 décembre 2008 au tribunal administratif de Toulouse, qui a rejeté leur demande pour défaut d'intérêt pour agir. En appel, la cour administrative d'appel de Bordeaux a reconnu l'intérêt pour agir des requérants, annulé par suite ce jugement, puis évoquant l'affaire, rejeté les conclusions des consorts L.... C'est l'arrêt attaqué devant vous par M. L..., en son nom propre et en celui de sa mère décédée en cours d'instance.

Avant d'en venir à l'examen des moyens du pourvoi, quelques mots sur la recevabilité de l'instance devant les juges du fond nous paraissent nécessaires même si, s'agissant d'un arrêt par lequel la cour a rejeté au fond la requête, il n'y a en tout état de cause pas matière à vous saisir de la question.

L'acte attaqué, qui approuve la convention de renouvellement de la concession et son cahier des charges, est un acte détachable de la convention de concession, laquelle a été signée antérieurement au revirement de jurisprudence opéré par votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014 (CE, Assemblée, n° 358994, p. 70). En excès de pouvoir, la recevabilité du recours dirigé par des tiers au contrat contre cet acte serait donc seulement subordonnée à ce que ces tiers puissent être regardés comme intéressés, intérêt caractérisé en l'espèce par les effets matériels de l'exploitation de la concession sur la faculté des requérants d'user de leur droit de prise d'eau d'une certaine consistance, nonobstant le fait que cette éviction puisse donner lieu à une indemnisation (au demeurant non nécessairement préalable).

La circonstance que les recours dirigés contre les décisions relatives à la réalisation et à l'exploitation des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique, qui trouvent leur fondement juridique simultanément dans la loi du 16 octobre 1919 et dans les articles L. 214-1 et suivants du code de l'environnement, soient des recours de pleine juridiction, en ce sens que le juge tient compte des éléments de fait et de droit à la date où il se prononce, ne nous semble pas, par elle-même et à elle seule, emporter nécessairement des modalités différentes d'appréciation de leur recevabilité.

Mais l'article L. 514-6 du code de l'environnement, aux conditions desquelles l'article L. 214-10 du même code renvoie, ne se borne pas à prévoir que les recours qu'il régit sont de pleine juridiction : il fixe également des règles de recevabilité, en ce qu'il dispose, dans sa rédaction applicable à la date à laquelle les consorts L... ont formé leur recours devant le tribunal, que les décisions qu'il vise peuvent être déferées à la juridiction administrative « 1° Par les demandeurs ou exploitants » et « 2° Par les tiers, personnes physiques ou morales, les communes intéressées ou leurs groupements, en raison des inconvénients ou des dangers que le fonctionnement de l'installation présente pour les intérêts visés à l'article L. 511-1 », ces intérêts étant la commodité du voisinage, la santé, la sécurité, la salubrité publiques, l'agriculture, la protection de la nature, l'environnement et les paysages, l'utilisation rationnelle de l'énergie, la conservation des sites, des monuments et du patrimoine archéologique. La question de savoir si le renvoi par l'article L. 214-10 à l'article L. 514-6 du code doit être regardé comme portant également sur ces règles de recevabilité nous paraît appeler une réponse positive, bien qu'elle limite les droits des tiers à attaquer ces actes en bornant les intérêts qu'ils peuvent invoquer – le législateur est d'ailleurs ultérieurement intervenu pour ne plus retenir que la notion de tiers intéressés, sans préciser les intérêts en cause.

Dans l'hypothèse où vous annuleriez l'arrêt de la cour et renverriez l'affaire à celle-ci, il nous semble que cette dernière devrait donc examiner la recevabilité du recours des consorts L... en tenant compte de ces dispositions et des intérêts qu'elle vise.

Ces précisions étant apportées, nous pouvons en venir aux moyens du pourvoi.

Nous ne perdrons pas de temps à vous entretenir du moyen tiré d'une contradiction de motifs, la cour ayant parfaitement pu juger à la fois que l'effet de l'exploitation d'EDF sur la prise d'eau des requérants pendant la durée de la concession leur donnait un intérêt à agir contre l'acte attaqué et qu'il n'y avait pas pour autant dépossession de leur droit d'usage de l'eau.

Nous n'en passerons guère davantage sur le moyen tiré de ce que la cour aurait entaché son arrêt d'erreur de droit et de dénaturation en écartant le moyen tiré de l'illégalité de l'article 23 du cahier des charges annexé à la convention de concession. L'interprétation par la cour de la portée de cette clause peut paraître douteuse, mais il nous semble que celle-ci n'entachait pas d'illégalité le contrat litigieux pour un motif plus simple et radical que celui retenu par la cour. En effet, en énonçant qu'« *Une restitution en nature d'eau et d'énergie doit a priori être maintenue au profit de M. L... à des conditions qui restent à contractualiser, ce sous réserve et en fonction de l'usage actuel* », multipliant ainsi les incertitudes et les réserves imprécises et ajoutant le flou au flou, cette clause nous paraît tout bonnement n'avoir rien stipulé du tout et constituer un pur neutron juridique, dépourvu d'effet. Le moyen des requérants en appel était donc inopérant. Vous pourrez substituer ce motif de pur droit, n'appelant l'appréciation d'aucune circonstance de fait nouvelle, à celui retenu par la cour, et écarterez par suite le moyen de cassation de M. L....

Nous pouvons en venir au groupe de moyens suivant, qui tournent autour de l'atteinte au droit de propriété qu'auraient subi les consorts de Lassus.

Commençons par la contestation du refus de transmission de la QPC que les requérants avaient soulevée devant la cour en invoquant la méconnaissance de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 par l'article 6 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, désormais codifié à l'article L. 521-14 du code de l'énergie.

Ces dispositions instaurent, sous le contrôle du juge de l'expropriation, un droit à indemnité, en nature ou en argent, au profit des particuliers évincés, en tout ou partie, de leur droit à l'usage de l'eau du fait de l'octroi d'une concession pour l'exploitation de la force hydraulique. Les requérants soutenaient devant la cour que cet article méconnaissait l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, faute de prescrire que l'indemnisation soit préalable.

Un « droit de propriété » est-il en cause et, si oui, y a-t-il privation de ce droit ?

La réponse à la première partie de cette interrogation peut prêter à hésitation. Certes, vous jugez constamment que « *la force motrice produite par l'écoulement d'eaux courantes ne peut faire l'objet que d'un droit d'usage et en aucun cas d'un droit de propriété* » (CE, 5 juillet 2004, *SA Laprade Energie*, n° 246929, p. 294 ; CE, 7 février 2007, *M. et Mme S...*, n° 280373, T. p. 863). Mais ce constat, dont vous déduisez notamment que le droit fondé en titre se perd lorsque la force motrice du cours d'eau n'est plus susceptible d'être utilisée par son détenteur en cas de disparition du cours d'eau ou de ruine des ouvrages, tient à la nature même de la force motrice de l'eau, qui, au même titre que le vent ou l'énergie du soleil, est à la fois toujours changeante et insusceptible d'appropriation. Il ne nous paraît pas exclure que le détenteur d'un titre lui conférant un droit particulier d'usage de l'eau, qui constitue un droit réel immobilier et est susceptible de cession (v. CE, 19 mai 1999, *T...*, n° 152269, aux Tables), puisse être regardé une possession entrant dans le champ de la protection édictée par l'article 17, compte tenu des incertitudes qu'il est possible d'entretenir au vu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel laquelle inclut dans ce champ, par exemple, les marques de fabrique (Cons. cons. 8 janvier 1991, n° 90-283 DC) et les droits d'auteur (Cons. cons. 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC) mais exclut

les autorisations d'exploiter des services de transport (Cons. cons. 30 décembre 1982, n° 82-150 DC) ou le privilège professionnel des avoués (Cons. cons. 20 janvier 2011, n° 2010-624 DC).

Mais en tout état de cause, la réponse à la seconde partie de l'interrogation ne fait, elle, aucun doute. En effet, les titulaires de droits particuliers à l'usage de l'eau ne sont qu'évincés temporairement de l'exercice de ces droits par l'octroi de la concession, ils ne sont nullement dépossédés de leur titre. Il n'y a pas « privation » du droit de propriété au sens de l'article 17.

Le juge d'appel ayant ainsi exactement jugé que la question soulevée n'était pas sérieuse, vous écarterez la contestation du refus de transmission de cette QPC.

Pour les mêmes motifs, le moyen tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que la convention de concession litigieuse elle-même ne portait au droit d'usage de l'eau des requérants aucune atteinte contraire à l'article 17 de la Déclaration de 1789 sera écarté.

Quant au moyen tiré de ce que a commis une erreur de droit en jugeant que la convention de concession n'était pas incompatible avec l'article 1er du Premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et en jugeant que la privation du droit d'usage d'eau ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect des biens, il n'est pas davantage fondé. Outre qu'il n'y a pas privation de propriété, la réglementation et la limitation de l'usage des biens prévues par la loi de 1919 répondent à des considérations d'intérêt général – non contestées – et ne sont pas disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi, dès lors qu'elles instaurent au profit des particuliers évincés de leur droit d'usage de l'eau une indemnisation, fixée par le juge judiciaire en cas d'absence d'accord des parties.

Nous pouvons ainsi en venir au dernier groupe de moyens, de loin le plus délicat. Ces moyens sont tirés de ce que la cour a commis une double erreur de droit en écartant le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure de passation de la convention de renouvellement de la concession au motif, d'une part, que la décision de retenir la candidature d'EDF a été prise antérieurement à l'entrée en vigueur de la procédure de publicité communautaire instaurée par l'article 2-4 du décret du 26 septembre 2008 et, d'autre part, que le régime transitoire issu de l'article 36 de ce décret ainsi que le principe de sécurité juridique dispenseraient du respect des obligations minimales de publicité et de transparence résultant du droit communautaire.

Avant l'intervention du décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008, la procédure d'octroi et de renouvellement des concessions d'exploitation des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique était prévue par les articles 29 et suivants du décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 selon les modalités suivantes. Le concessionnaire devait, avant la onzième année précédant la date normale d'expiration du titre de concession, faire part à l'administration de son intention, soit de continuer l'exploitation au-delà de cette date, soit d'y renoncer. Le ministre chargé de l'électricité devait ensuite, cinq ans au moins avant la date normale de la fin de la concession, faire connaître au concessionnaire en réponse sa décision de principe: soit l'arrêt de l'exploitation sous le régime de la concession hydroélectrique, soit la poursuite de la procédure en vue de la délivrance d'une nouvelle concession hydroélectrique, auquel cas le ministre invitait le concessionnaire à déposer une demande de concession. Ce dernier disposait alors d'un délai de deux ans pour fournir un

dossier complet de demande de renouvellement. Il convient par ailleurs de noter que jusqu'à sa suppression par la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, sous la pression de la Commission, l'article 16 de la loi du 16 octobre 1919 instituait un droit de préférence au bénéfice du concessionnaire en place, s'il acceptait les conditions du nouveau règlement d'eau.

En termes d'obligation de publicité et de transparence, tant qu'EDF est resté établissement public, les délégations de service public qui lui étaient confiées étaient hors du champ de la loi Sapin en vertu de l'article 41 de cette loi. Et pour les renouvellements entrant dans le champ de cette loi, le décret du 13 octobre 1994 prévoyait une obligation de publicité limitée au seul niveau national, par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Ce n'est qu'à compter des modifications que lui a apportées le décret du 26 septembre 2008 que le décret du 13 octobre 1994 a, d'une part, tiré les conséquences de la suppression du droit de préférence, et d'autre part, soumis tous les renouvellements de concession hydroélectriques à des formalités de transparence et de publicité et prévu que, dans le cas où la concession est susceptible de comporter des travaux dépassant un certain seuil, cette publicité se double d'un avis adressé pour publication à l'Office des publications de l'Union européenne.

Le décret du 26 septembre 2008 prévoyait toutefois que les dispositions du décret du 13 octobre 1994 dans sa rédaction antérieure restaient applicables « *au renouvellement des concessions hydroélectriques en cours à la date de publication du présent décret au profit des concessionnaires qui avaient la qualité d'établissement public à la date à laquelle ils ont été invités à déposer un dossier de demande dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 30 du décret n° 94-894 précité dans sa rédaction antérieure à la date de publication du présent décret* ».

En en déduisant que les nouvelles modalités de la procédure de renouvellement prévues par ce décret ne s'appliquaient pas au renouvellement de la concession litigieuse, le ministre ayant invité EDF à déposer un dossier de demande de renouvellement en 2003 à une date à laquelle EDF avait encore le statut d'établissement public, la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

L'exclusion, par ces dispositions transitoires, de la concession en cause du champ des nouvelles modalités de renouvellement des concessions permettait-elle pour autant de dispenser le renouvellement de celle-ci de toute modalité minimale d'information et de publicité au niveau européen ?

Par un arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress* (aff. C-32498), la CJCE a jugé qu'alors même qu'un contrat de concession est exclu du champ d'application de la directive du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, il n'échappe pas aux exigences résultant du droit primaire et du principe de non-discrimination, lequel « *implique, notamment, une obligation de transparence* » qui « *consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la*

concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». Le contenu de cette obligation de transparence a été précisé notamment par l'arrêt *Coname* de la CJCE du 21 juillet 2005 (aff. C-231/03), dans laquelle elle a dit pour droit que ces exigences de transparence n'impliquent pas nécessairement de procéder à un appel d'offres, mais doivent être de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à la concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession.

Il n'est contesté ni par les parties ni par la doctrine que l'octroi et le renouvellement des concessions hydroélectriques par l'Etat entrent dans le champ de la jurisprudence *Telaustria*, ce qui nous paraît en effet acquis compte tenu de la portée très large de cette jurisprudence qui vise les cas où une autorité publique concède la prestation d'activités économiques à un tiers (v. par ex. CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03), sans qu'il soit besoin de vous interroger sur la qualification exacte de ces concessions en droit interne et notamment sur le point de savoir si ces conventions, qui portent sur l'exploitation d'ouvrages publics par qualification de la loi de 1919 et dont votre jurisprudence *Epoux de Sigalas* avait déduit la nature de concessions de travaux publics, avant qu'un avis d'assemblée générale du 28 septembre 1995 ne vienne considérer qu'elles présentent le caractère de délégations de service public au sens de la loi Sapin en ce que l'exploitation de l'énergie hydraulique a pour objet la fourniture de l'électricité produite au public ou aux services publics, doivent toujours être regardées comme des DSP ou si elles sont affectées par l'approche retenue dans votre décision *B...* du 29 avril 2010, n° 323179, laquelle n'a reconnu le caractère de service public à la production d'électricité que dans le cas des centres nucléaires, eu égard à leur contribution déterminante à l'équilibre du système d'approvisionnement en électricité. Par ailleurs, compte tenu de la date de renouvellement de la concession en litige, antérieure à l'expiration du délai de transposition de la directive « services » 2006/123/CE du 12 décembre 2006, vous n'aurez pas non plus à répondre à la question de savoir si un renouvellement de concession hydraulique, en l'absence de travaux, entrait dans le champ de cette directive.

Il n'y a pas davantage de débat sur l'intérêt transfrontalier de la concession des chutes de Camon-Valentine.

Pour juger que le défaut de publicité préalable n'avait pas affecté la validité du renouvellement de la concession en litige, la cour administrative d'appel de Bordeaux a retenu, par un raisonnement à la fois concret et abstrait, que l'Etat et EDF étaient fondés à se prévaloir du principe de sécurité juridique et que l'exception prévue par le décret de 2008 à l'obligation de publicité communautaire était justifiée par la spécialité des établissements publics, les particularités de la procédure de renouvellement et l'impérieux motif d'intérêt général de maintenir les relations contractuelles engagées pour assurer la continuité de la production d'énergie électrique et son équilibre.

La question est délicate et les circonlocutions employées par la cour montrent les difficultés qu'elle a rencontrées, mais la réponse ainsi donnée ne nous convainc pas, étant d'ores et déjà indiqué que seul le motif de sécurité juridique nous paraît sérieusement poser question, la

spécialité des établissements publics tout comme la nécessité de garantir la continuité de la production d'électricité nous paraissant sans pertinence pour justifier une absence de publicité préalable permettant à des concurrents de manifester leur intérêt pour la concession.

La difficulté de la présente affaire a une triple origine.

Premièrement, si vous jugez qu'il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle, en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées (CE, Assemblée, 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460, p. 154), les dispositions transitoires du décret du 26 septembre 2008 n'ont pas seulement pour effet de différer l'entrée en vigueur de nouvelles règles de droit interne, mais ont pour effet de retarder l'application de règles nécessaires à la mise en conformité de ce droit avec le droit primaire de l'UE et ainsi de permettre, postérieurement à sa publication, le renouvellement de conventions dans des conditions qui méconnaissent l'obligation de transparence résultant du principe de non discrimination.

Deuxièmement – et ce point est étroitement lié au premier – la problématique n'est pas celle d'une transposition de règles européennes nouvelles, qui auraient été adoptées au cours de la procédure de renouvellement d'une concession, mais celle de l'application d'exigences découlant directement du droit primaire. Si celles-ci n'ont été révélées que par l'arrêt *Telaustria*, l'interprétation du traité donnée par la CJUE, qui n'en a pas limité les effets dans le temps, est rétroactive et l'exigence de transparence et de publicité minimale dégagée par cette jurisprudence préexistait donc à cet arrêt. Non seulement avant l'adoption du décret de 2008, mais avant même l'intervention de l'arrêt *Telaustria*, la procédure d'octroi et de renouvellement des concessions hydroélectriques devait donc légalement respecter ces exigences.

Troisièmement, le périmètre de l'exclusion prévue par les dispositions transitoires du décret de 2008 est problématique : d'une part, car il est très large en ce qu'il concerne des renouvellements pour lesquels l'accord de principe de l'administration pour une poursuite de la procédure de renouvellement est largement postérieur à la révélation de la portée du droit primaire par *Telaustria*, et d'autre part, car il est calibré pour bénéficier à la seule société EDF, en visant uniquement les concessionnaires qui avaient la qualité d'établissement public au moment où ils ont été invités à déposer un dossier de renouvellement.

La jurisprudence tant de la CJUE que de votre section du contentieux nous paraît conduire à distinguer, dans une hypothèse telle celle qui vous occupe aujourd'hui, entre contrats en cours et renouvellements de contrat quant à la faculté d'invoquer la sécurité juridique pour échapper aux conséquences de l'interprétation de la règle communautaire par la Cour.

Ainsi, dans l'affaire *ASM Brescia SpA* du 17 juillet 2008 (aff. C-347/06), où était en cause la résiliation anticipée – mais au terme d'une période allongée par rapport au terme de résiliation anticipée antérieurement prévu – d'un contrat de concession de distribution de gaz naturel conclu en 1984 alors que la Cour n'avait pas encore jugé qu'il résultait du droit primaire une obligation

de transparence pour les contrats présentant un intérêt transfrontalier, la Cour de justice a dit pour droit que les « *articles 43 CE, 49 CE et 86, paragraphe 1, CE ne s'opposent pas à ce que la réglementation d'un État membre (...) prévoie l'allongement (...) de la durée de la période transitoire au terme de laquelle doit intervenir la cessation anticipée d'une concession de distribution du gaz naturel (...), pour autant qu'un tel allongement puisse être considéré comme nécessaire afin de permettre aux cocontractants de dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions acceptables tant du point de vue des exigences du service public que du point de vue économique.* »

Dans ses conclusions sur cet arrêt, l'avocat général soulignait que « *les États membres doivent non seulement garantir la mise en concurrence des opérateurs potentiels lors de l'attribution des concessions de service de distribution ou de leur renouvellement, mais également tout faire pour que les concessions attribuées à l'origine sans mise en concurrence deviennent conformes au droit communautaire* », indiquait que « *la protection de la stabilité des relations juridiques légitimement établies (lui) semble trouver un certain écho dans le cadre des concessions de service public conclues antérieurement à la jurisprudence *Telaustria* et *Telefonadress*, au point de justifier des mesures transitoires afin de laisser un délai raisonnable durant lequel la mise en conformité du droit communautaire devra être réalisée* », et en déduisait que « *dans ces conditions et au vu des conséquences négatives qui découlent d'une telle jurisprudence de portée rétroactive, particulièrement pour le concessionnaire ayant réalisé des investissements importants justifiant la conclusion d'un contrat à long terme, l'instauration de mesures transitoires, dans l'objectif de limiter l'atteinte portée aux situations contractuelles en cours et donc de respecter le principe de sécurité juridique, peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général* ».

Il résulte ainsi de cet arrêt que la sécurité juridique peut être invoquée pour laisser le temps aux parties de dénouer sereinement des relations qui avaient été conclues dans des conditions irrégulières mais sans en avoir pleinement conscience compte tenu du caractère seulement postérieur de l'arrêt *Telaustria*, mais il n'y est nullement question d'admettre l'invocation de ce principe pour renouveler, postérieurement à l'arrêt *Telaustria*, un contrat de concession dans des conditions méconnaissant le droit primaire.

Plus récemment, dans l'affaire *Promoimpresa* du 14 juillet 2016 (aff. C-458/14 et C-67/15), dans laquelle était en cause une loi italienne ayant pour effet, en prorogeant automatiquement les concessions de biens du domaine maritime, lacustre et fluvial ayant un intérêt économique, de retarder l'attribution des concessions par une procédure transparente, et dans laquelle le gouvernement italien faisait valoir que les prorogations mises en œuvre visaient à permettre aux concessionnaires d'amortir leurs investissements, la Cour a relevé que si une différence de traitement pouvait être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, notamment, par la nécessité de respecter le principe de sécurité juridique, « *les concessions en cause au principal ont été attribuées alors qu'il avait déjà été établi que les contrats qui présentaient un intérêt transfrontalier certain devaient être soumis à une obligation de transparence, si bien que le principe de sécurité juridique ne peut être invoqué afin de justifier une différence de traitement interdite au titre de l'article 49 TFUE* », et en a déduit que « *l'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui permet une prorogation automatique des concessions sur le domaine public en*

cours et destinées à l'exercice d'activités touristico-récréatives, dans la mesure où ces concessions présentent un intérêt transfrontalier certain. »

Quant à vous-mêmes, vous avez jugé, au sujet des dispositions de l'article 11 de la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 validant les conventions d'aménagement passées sans mesure de publicité préalable à la conclusion de ces contrats, que le principe de sécurité juridique, s'il est susceptible de justifier qu'une loi permette aux parties à des conventions passées sans mesure de publicité ou de mise en concurrence préalable en méconnaissance du droit de l'UE de poursuivre leurs relations contractuelles durant une période transitoire, afin de les dénouer dans des conditions acceptables, ne saurait en revanche autoriser la validation pure et simple de ces conventions (CE, 18 novembre 2011, *SNC Eiffage aménagement*, n° 342147, T. pp. 762-1006-1020-1067).

Il nous paraît résulter de ces jurisprudences que le principe de sécurité juridique ne saurait être invoqué pour dispenser du respect des exigences de transparence découlant du principe de non discrimination la procédure de passation d'un contrat non encore conclu, dès lors que les relations contractuelles ne sont pas encore nouées et qu'il est donc encore temps de respecter le droit de l'Union tel qu'interprété par la CJUE sans mettre en danger la stabilité juridique des relations contractuelles. Le principe de sécurité juridique peut uniquement être invoqué au bénéfice de relations contractuelles déjà nouées au moment où la révélation de la règle européenne et, par suite, de l'irrégularité des conditions de passation du contrat, est intervenue : encore faut-il noter que, même dans cette hypothèse, s'il permet d'éviter la résolution mais aussi la résiliation immédiate du contrat, le principe de sécurité juridique ne saurait justifier qu'une mesure temporaire consistant à différer la résiliation des relations contractuelles afin de permettre aux parties d'organiser le dénouement de ces relations.

Dès lors, il nous semble d'une part, que d'un point de vue abstrait, l'exception générale et automatique prévue par les dispositions de l'article 36 du décret de 2008 est beaucoup trop vaste pour être conventionnelle, et d'autre part, que dans le cas concret de l'espèce, le principe de sécurité juridique ne pouvait être invoqué pour justifier l'atteinte portée au principe de non discrimination par l'absence de publicité préalable sur le projet de renouvellement de la concession, alors que la jurisprudence *Telaustria* est intervenue en 2000 et que la convention de renouvellement litigieuse a été conclue et approuvée en décembre 2008, huit années plus tard.

A cet égard, la longueur de la procédure de renouvellement mentionnée par le juge d'appel dans son arrêt nous paraît plus constituer un élément à charge de l'administration – qui n'a pas l'excuse d'avoir dû agir dans la précipitation – qu'à sa décharge.

En particulier, la circonstance que la société EDF ait, dès 1997, avant l'arrêt *Telaustria*, manifesté son intérêt pour la reprise de la concession, manifestation dépourvue de tout effet juridique, ne saurait permettre de regarder les relations contractuelles nouées en décembre 2008 comme ayant été engagées avant l'arrêt *Telaustria*.

Quant au fait que l'administration française ait mis quelque temps à prendre toute la mesure de la jurisprudence *Telaustria* et de sa portée pour les concessions de service public en général et les concessions hydroélectriques en particulier, et que la Commission n'ait engagé de procédure

contre la France qu'en 2005, elle ne nous paraît pas de nature à exonérer le non respect, par la procédure de renouvellement en cause, d'une obligation de transparence minimale en méconnaissance du droit primaire tel qu'interprété dès 2000 par la Cour de justice, et alors en outre que la procédure de renouvellement s'est étalée sur de nombreuses années et a fini par aboutir à une date à laquelle il n'était en tout état de cause plus de doute possible sur sa portée.

Enfin, la circonstance que l'administration ait invité EDF le 22 décembre 2003 à déposer un dossier de demande de renouvellement et fait connaître sa décision de poursuivre la procédure de renouvellement ne nous conduit pas à porter une appréciation différente, dès lors d'une part, que cette invitation est intervenue trois arrêts après l'arrêt *Telaustria*, d'autre part, qu'elle ne vaut pas conclusion du contrat mais seulement invitation de déposer un dossier manifestant la décision de poursuivre la procédure de renouvellement elle-même, que par ailleurs, le droit de préférence dont bénéficiait alors EDF était, au même titre que l'absence de publicité préalable, contraire au droit de l'Union, et enfin, que la Cour de justice juge que le principe de confiance légitime ne peut être invoqué pour protéger des assurances résultant d'un comportement des autorités nationales non conformes au droit communautaire (v. CJCE, 15 décembre 1982, *Hauptzollamt Krefeld*, 5/82 : une pratique d'un Etat membre non conforme à la réglementation communautaire ne peut jamais donner lieu à des situations juridiques protégées par le droit communautaire ; ou CJCE, 4 octobre 2007, *Commission c/ Italie*, aff. C-217/06 : le comportement d'une autorité nationale chargée d'appliquer le droit communautaire, qui est en contradiction avec ce dernier, ne saurait fonder dans le chef d'un opérateur économique une confiance légitime à bénéficier d'un traitement contraire au droit de l'Union, la circonstance que la convention litigieuse ait été signée il y a plus de 10 ans étant sans incidence sur son caractère irrégulier au regard du droit communautaire et par suite sur l'impossibilité de faire naître une confiance légitime). Quand bien même vous estimeriez que cette invitation à déposer un dossier aurait conféré à EDF des droits subjectifs, notons que la Cour a déjà jugé qu'une décision illégale peut être rapportée avec effet rétroactif lorsqu'elle a eu des effets préjudiciables pour les concurrents de son bénéficiaire (CJCE, 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T. / Haute Autorité*). Au demeurant, il serait étrange qu'une décision de principe de signer ultérieurement un contrat soit davantage protégée que le contrat lui-même une fois signé, dont on a vu à l'instant qu'il ne pouvait qu'espérer une résiliation différée.

En résumé, il nous semble que le principe de sécurité juridique ne saurait permettre de justifier que, huit années après *Telaustria*, l'administration « remette un jeton dans la machine » pour une durée de quarante ans par le choix d'un concessionnaire dans des conditions méconnaissant le principe de non discrimination et retardant d'autant l'ouverture minimale à la concurrence européenne de la concession – car c'est bien, au final, de cela qu'il s'agit dans la présente affaire.

Par suite, en jugeant que l'Etat et EDF étaient fondés à se prévaloir du principe de sécurité juridique pour soutenir que le défaut de publicité préalable n'affectait pas la validité de la convention de concession en litige, la cour nous paraît avoir commis une erreur de droit. Si vous nous suivez, vous annulerez donc son arrêt et lui renverrez l'affaire.

Un débat pourra alors s'engager, le cas échéant, sur le caractère certain de l'intérêt transfrontalier de la concession litigieuse, mais aussi sur les conséquences d'une annulation de l'arrêté préfectoral susceptibles d'être sollicitées du juge de l'exécution.

Rappelons en effet – ce qui pourra vous rassurer en partie sur l'effet de votre décision – que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'emporte pas nécessairement annulation du contrat et qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles (CE, 21 février 2011, *Société OPHRYS*, n° 337349 337394, p. 54). En l'espèce, la convention pourrait donc n'être résiliée qu'avec effet différé, compte tenu de l'intérêt général qui s'attache à la continuité de la production d'électricité, le temps nécessaire à la conduite d'une procédure de renouvellement régulière. En outre, en cas de résiliation, EDF pourrait prétendre à une indemnisation.

Si vous hésitez à nous suivre et étiez tentés de considérer que la sécurité juridique pouvait, compte tenu des longueurs et des particularités de la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques en France et du temps mis à prendre conscience de la portée exacte de *Telaustria*, constituer un motif impérieux d'intérêt général permettant de justifier que la procédure de renouvellement de la concession litigieuse n'ait pas respecté l'obligation minimale de transparence et de publicité résultant du principe de non discrimination, il nous semble que vous ne pourriez le faire vous-mêmes, mais devriez alors adresser une question préjudicielle à la Cour de justice, s'agissant d'une question sérieuse mais surtout d'une mesure revenant en pratique à différer les effets dans le temps de sa jurisprudence *Telaustria* et à maintenir l'application de dispositions de droit interne contraires au droit de l'Union (rapp. CE, 3 mars 2016, *Association France Nature Environnement*, n° 360212, au Recueil).

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 17 juillet 2014 ;
- au renvoi de l'affaire à cette cour ;
- à ce que l'Etat verse à M. de Lassus 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- et au rejet des conclusions présentées par EDF à ce titre.