

CONCLUSIONS

Mme Marie-Astrid de Barmon, rapporteur public

La société TSE a développé à Jarville-la-Malgrange (Meurthe-et-Moselle) une centrale photovoltaïque pour laquelle elle escomptait bénéficier du mécanisme d'obligation d'achat de l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables prévu par l'article 10 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, aujourd'hui codifié aux articles L. 314-1 et suivants du code de l'énergie.

Le 30 juillet 2010, elle a adressé à cette fin une demande de raccordement au réseau à la société ERDF, gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité. Mettant en œuvre une procédure d'examen accéléré des demandes fort nombreuses suscitées par le prix d'achat de l'électricité d'origine photovoltaïque très attractif alors fixé par un arrêté du 12 janvier 2010, ERDF a directement communiqué une convention de raccordement à la société TSE, sans lui adresser au préalable une proposition technique et financière. La société TSE a retourné cette convention signée à ERDF à une date qui fait l'objet d'âpres discussions. ERDF a en effet refusé de procéder au raccordement, estimant que l'obligation d'achat avait été entre-temps suspendue par un décret du 9 décembre 2010, prélude à une révision à la baisse du tarif d'achat.

Le litige relatif au raccordement au réseau a été soumis au Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDiS) de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), qui a décidé qu'ERDF ne pouvait se prévaloir de l'article 3 du décret de suspension pour s'opposer à l'exécution de la convention de raccordement signée par la société TSE. Cette décision du CoRDiS¹ a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 avril 2013, lui-même conforté par la Cour de cassation dans un arrêt du 24 juin 2014 (n° 13-17843, au Bull. 2014, IV, n° 109).

En novembre 2016, la société EDF a informé la société T2S, qui avait repris le projet de centrale, qu'elle pourrait continuer à bénéficier de la réglementation en vigueur au moment de la demande de raccordement - c'est-à-dire concrètement du tarif d'achat plus avantageux applicable avant le moratoire de décembre 2010 – à condition de mettre en service son installation d'ici au 30 novembre 2017.

Il fallait pour cela que la société T2S, comme tout producteur d'électricité rattaché au réseau de transport ou de distribution, justifie au préalable du rattachement de son installation au périmètre d'un responsable d'équilibre, à qui le producteur délègue par contrat la prise en charge des écarts entre les injections et soutirages d'électricité auxquels il procède, écarts dont il est financièrement responsable auprès du gestionnaire du réseau de transport en vertu de l'article

¹ En date du 5 décembre 2011.

L. 321-15 du code de l'énergie. Une délibération de la CRE du 16 décembre 2014 désigne la société EDF responsable du périmètre d'équilibre dédié, dénommé EDF OA, regroupant toutes les installations de production d'électricité sous obligation d'achat en métropole continentale².

La société requérante a donc adressé à EDF une demande de rattachement à ce périmètre d'équilibre. Par lettres des 14 et 20 novembre 2017, EDF a répondu par la négative. Elle a indiqué à la société T2S qu'elle ne pouvait plus signer de contrats d'obligation d'achat sur le fondement de l'arrêté tarifaire du 12 janvier 2010, contraire au droit de l'Union européenne. Par une ordonnance du 15 mars 2017, la Cour de justice de l'Union européenne a en effet jugé que cet arrêté instituait une aide d'Etat, ce dont le TGI de Saint-Etienne, par un jugement du 12 juillet 2017, a déduit l'illégalité de l'arrêté, après avoir constaté qu'il n'avait pas été notifié à la Commission européenne. EDF en a conclu pour sa part que la centrale de la société T2S ne pouvait être rattachée au périmètre d'équilibre EDF OA, réservé aux installations bénéficiant de l'obligation d'achat.

La société T2S a formé un recours pour excès de pouvoir dirigé contre ces décisions de refus d'EDF des 14 et 20 novembre 2017. Elle a également demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nancy de suspendre leur exécution, d'enjoindre à EDF de rattacher sa centrale à son périmètre d'équilibre et de conclure avec elle un contrat d'obligation d'achat. Le juge des référés a rejeté ces demandes pour défaut de moyen de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées, par une ordonnance du 16 mars 2018 que la société T2S vous demande d'annuler.

Les moyens de cassation soulevés par la requérante ne nous convainquent pas plus du bien-fondé de son pourvoi que le premier juge ne l'a été du bien-fondé de sa demande de suspension. Comme vous en avez informé les parties, **cette affaire pose en revanche une question préalable inédite, celle de savoir si le litige relatif à une décision de refus de rattachement d'une installation de production d'électricité à un périmètre d'équilibre relève de la compétence de la juridiction administrative.** A notre connaissance, ni la Cour de cassation ni vous-mêmes n'avez eu jusqu'à présent à vous prononcer sur ce point.

Il est en revanche acquis que le contentieux né du refus de signer un contrat d'achat d'électricité dans le cadre du régime d'obligation d'achat codifié à l'article L. 314-1 du code de l'énergie ressortit à la compétence du juge administratif, depuis que la loi dite « Grenelle 2 » du 12 juillet 2010, reprise à l'article L. 314-7 du même code, les a qualifiés de contrats administratifs (voyez les décisions du Tribunal des conflits du 13 décembre 2010, *Société Green Yellow et autres c. EDF*, n° 3800, au Rec. et du 5 mars 2012, *Société Baryflor c. EDF*, n° 3843, au Rec.).

C'est sans doute parce qu'il a cru que le présent litige s'inscrivait dans le sillage de ces précédents que le juge des référés du tribunal a admis implicitement sa compétence pour en connaître. Comme l'y invitait la société T2S, il a en effet conféré aux décisions litigieuses un caractère mixte, en les regardant comme lui refusant à la fois la conclusion d'un contrat d'achat et le rattachement de son installation photovoltaïque au périmètre d'équilibre dédié EDF OA.

Il faut cependant s'arrêter un instant sur l'objet des décisions d'EDF dont la suspension est demandée.

² Délibération de la CRE du 16 décembre 2014 portant communication relative à l'évolution de la méthodologie de calcul du coût évité par l'électricité produite sous obligation d'achat en métropole continentale.

Dès lors que l'ordre de juridiction compétent pour connaître de la requête en dépend, vous n'êtes pas tenus d'en rester à l'analyse qu'en retient l'ordonnance attaquée ni à celle que voudrait imposer le requérant qui ne saurait, par ce biais, choisir son juge. Votre office de juge de cassation ne fait pas obstacle à ce que vous abordiez cette question de compétence à partir de votre propre appréciation de la portée des décisions d'EDF (voyez par exemple, pour la réinterprétation en cassation de l'objet et des clauses de contrats déterminant la compétence juridictionnelle, 8 février 1999, *Charbonnages de France*, aux T. ; 1^{er} mars 2000, *Commune de Morestel*, aux T. ; 21 avril 2000, *Société Foncier Immobilier Lyonnais*, aux T.).

Vous pourriez aussi être tentés d'accorder au juge des référés le bénéfice du doute sur la détermination du juge compétent. Vous jugez en effet que le juge administratif se prononce valablement sur une requête en référé pour autant que le litige principal auquel est susceptible de se rattacher la mesure d'urgence qu'il lui est demandé de prescrire n'échappe pas manifestement à la compétence de la juridiction administrative (29 octobre 2001, n° 237132, *R...*, aux T. ; *Min. Délégué auprès du ministre de l'économie et des finances chargé du budget c. Société Hertz France*, n° 359904, 24 juin 2013, aux T. sur un autre point). Mais derrière l'énoncé de ce contrôle distancié, vous n'hésitez pas à censurer les ordonnances de juges saisis de référés suspension ayant retenu à tort leur compétence dans des configurations contentieuses inédites où le déclinatoire de compétence ne s'imposait pas avec la force de l'évidence. Outre les deux précédents que nous venons de citer, vous avez ainsi annulé une ordonnance de référé rejetant une demande de suspension de l'exécution des décisions d'EDF refusant de signer un contrat d'achat d'électricité avec l'attributaire d'un appel d'offres pour la production d'électricité fondé sur l'article 8 de la loi du 10 février 2000, après avoir jugé qu'il s'agissait d'un contrat de droit privé (CE, *Société Bioenerg*, 1^{er} juillet 2010, aux conclusions de Pierre Collin, n° 333275, aux T.).

En l'espèce, le refus d'agrégation au périmètre d'équilibre EDF OA est certes motivé par l'impossibilité de conclure ensuite un contrat d'obligation d'achat dans les conditions tarifaires offertes par l'arrêté du 12 janvier 2010. Les décisions attaquées n'en constituent pas pour autant en elles-mêmes des refus de conclure un tel contrat d'achat et il ne nous semble pas possible de considérer qu'elles révèlent un tel refus. Il ressort clairement des termes de ces décisions qu'elles font suite à une demande de rattachement à un périmètre d'équilibre, en vue d'une mise en service de l'installation permettant de préserver le droit au bénéfice d'un contrat d'achat. Une telle demande d'intégration à un périmètre d'équilibre ne se confond pas avec la demande ultérieure de contrat d'achat requise par l'article L. 314-1 du code de l'énergie, que la société T2S n'avait pas encore déposée. EDF ne peut être regardée comme ayant refusé ce qui ne lui a pas encore été demandé. La décision contestée du 20 novembre 2017 ne ferme d'ailleurs pas totalement la porte à la conclusion d'un contrat d'achat, dans l'hypothèse où les autorités administratives ou juridictionnelles remettraient en cause la suspension par EDF de la signature de ces contrats, et invite la société requérante à solliciter un rattachement au périmètre d'un autre responsable d'équilibre auquel elle serait éligible dans l'attente de cette clarification.

Vous ne pourrez donc, à notre sens, rattacher ce litige à la compétence du juge administratif en interprétant les courriers litigieux comme révélant une décision de refus de conclure un contrat d'obligation d'achat.

L'ordre de juridiction compétent dépend donc de la nature du contrat de rattachement à un périmètre d'équilibre qu'EDF a refusé de conclure avec la société T2S par les décisions attaquées.

EDF étant depuis 2004 une société anonyme, il s'agit d'un contrat passé entre deux personnes privées, lequel relève en principe du droit privé. Peu importe qu'il soit conclu pour la mise en œuvre de missions de service public (TC, 8 novembre 1982, *Commissaire de la République de la région Midi-Pyrénées*, n° 2969, au Rec.), ou qu'il comporte des clauses exorbitantes du droit commun (même décision et TC, 26 mars 1990, *Association pour la formation professionnelle des adultes*, aux T.)³. Demeure également sans incidence sur le caractère privé du contrat la circonstance qu'il soit soumis à un régime exorbitant emportant un certain nombre de sujétions, notamment une obligation d'achat d'électricité incombant à l'opérateur historique (voyez votre décision *Société Bioenerg* précitée).

Pour qu'un contrat conclu entre deux personnes privées relève néanmoins de la compétence des juridictions administratives, il faut soit que la loi en dispose expressément ainsi, soit que l'un des co-contractants soit réputé agir pour le compte d'une personne publique, soit enfin que le contrat en litige constitue l'accessoire d'un contrat de droit public (sur cette grille de lecture, voyez par exemple TC, 8 juillet 2013, *Société d'Exploitation des Energies Photovoltaïques (SEEP)*, aux conclusions de Nathalie Escaut, n° 3906).

En l'espèce, la convention de rattachement d'une installation à un périmètre d'équilibre n'est assurément pas un contrat administratif par détermination de la loi. Elle n'entre pas dans le champ de l'article L. 314-7 du code de l'énergie, qui ne qualifie d'administratifs que les contrats conclus entre EDF et les producteurs autonomes pour le rachat de leur électricité d'origine renouvelable sous le régime d'obligation d'achat défini aux articles L. 314-1 et suivants du code.

Nous ne pensons pas non plus que, dans l'exercice de son activité de responsable d'équilibre, la société EDF puisse être regardée comme agissant pour le compte d'une personne publique en vertu d'un mandat tacite de représentation, dans la lignée de votre décision de Section du 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86738, au Rec., et de la décision du Tribunal des conflits du 7 juillet 1975, *Commune d'Agde*, n° 02013, au Rec.

Le Tribunal des conflits a déjà largement engagé la solution sur ce point en jugeant dans son arrêt *SEEP* précité que la société ERDF agit pour son propre compte, comme tout concessionnaire assurant l'exploitation d'un service ou d'un ouvrage public, lorsqu'elle passe des contrats de raccordement au réseau avec des producteurs autonomes d'électricité sous obligation d'achat. Vous aviez jugé, dans le même sens, que la théorie du mandat ne permet pas de rattacher au contentieux administratif les litiges relatifs aux contrats d'obligation d'achat conclus par EDF en application de l'article 8 de la loi du 10 février 2000. Bien qu'elle soit contrainte d'y contribuer, la société EDF ne peut en effet être regardée comme agissant dans ce cadre pour le compte de l'Etat, qui demeure seul chargé de la mission d'assurer le développement équilibré de l'approvisionnement en électricité et d'atteindre les objectifs fixés par la programmation pluriannuelle des investissements de production (décision *Société Bioenerg* précitée).

Pour qu'il en aille différemment au cas présent, il faudrait considérer qu'EDF exerce son rôle de responsable d'équilibre pour le compte du gestionnaire du réseau de transport, personne publique à qui incombe la mission d'assurer à tout instant l'équilibre des flux d'électricité sur le

³ Il en va de même lorsque le contrat porte sur l'exécution de travaux publics (TC, 19 janvier 1972, *SNCF c. Entreprise Solon et Barrault*, au Rec.).

réseau en vertu de l'article L. 321-10 du code de l'énergie. Mais cette interprétation ne nous semble pas compatible avec l'article L. 321-15 du code de l'énergie qui pose le principe d'une responsabilité individuelle de chaque producteur d'électricité pour les écarts générés entre les injections et soutirages d'électricité auxquels il procède sur les réseaux de transport ou de distribution. C'est le producteur qui est redevable auprès de la société RTE, gestionnaire du réseau de transport, d'une compensation financière lorsqu'il soutire plus d'électricité qu'il n'en injecte dans le réseau auquel il est raccordé. L'article L. 321-15 laisse le producteur libre de conclure un contrat directement avec le GRT pour définir les modalités selon lesquelles lui est imputé le coût de ces écarts négatifs, ou de recourir aux services d'un responsable d'équilibre pour mutualiser la gestion de ces écarts sur un périmètre plus large. Le responsable d'équilibre, bien qu'il soit lui-même lié au GRT par un autre contrat, agit ainsi en réalité davantage comme mandataire des producteurs d'électricité rattachés à son périmètre d'intervention que de l'entreprise publique RTE. La théorie du mandat administratif ne trouve pas ici à s'appliquer.

Le contrat de rattachement d'une installation de production d'électricité à un périmètre d'équilibre ne peut dès lors échapper à la qualification de contrat de droit privé que s'il constitue l'accessoire du contrat de droit public qu'est le contrat d'achat d'électricité. C'est la thèse que développent tant EDF que la société T2S pour défendre la compétence du juge administratif en réponse au moyen d'ordre public que vous leur avez communiqué.

Toutefois, rares sont les décisions justifiant par la théorie de l'accessoire la compétence du juge administratif pour connaître de litiges concernant des contrats conclus entre personnes privées.

Le contrat de cautionnement est certes généralement regardé comme l'accessoire de l'obligation qu'il vise à garantir (CE, Section, *SA de banque « Le Crédit du Nord » c. OPHLM du Calvados*, 13 octobre 1972, n° 79499, au Rec. ; CE, 13 juin 1986, *Département de La Réunion*, n° 53110, au Rec. ; TC, *Agent judiciaire du Trésor c. Miglierina*, 22 juin 1998, aux T.). Le Tribunal des conflits a également reconnu un caractère accessoire à des contrats annexes dont la conclusion était prévue par un contrat cadre passé en application du code des marchés publics (*France Telecom c. Centre hospitalier de Châteaudun*, 19 mars 2007, n° 3564).

En revanche, un contrat de prêt passé exclusivement pour financer la construction par une commune d'équipements publics ne constitue pas pour autant l'accessoire des marchés publics de travaux correspondants (CE, 1^{er} mars 2000, *Commune de Morestel et syndicat du collège de Morestel*, n° 192790, aux T.). La théorie de l'accessoire n'a pas non plus joué dans le cas d'un contrat de crédit-bail immobilier consenti par un établissement de crédit à la société privée concessionnaire d'un service public en vue de financer les ouvrages nécessaires à l'exécution du contrat de concession (TC, *Société Slibail Energie c. Ville de Conflans-sainte-Honorine*, 21 mars 2005, n° 3436, au Rec.). De même, le contrat de conseil conclu par le gestionnaire du domaine public pour l'aider à renégocier des conventions d'occupation domaniale n'est pas indissociable de ces dernières (TC, 2 juillet 2014, *Consorts L... c. Société Semmaris*, n° 3956). La garantie de versement des sommes nécessaires à l'achèvement de travaux est également autonome par rapport au contrat conclu entre l'aménageur et la personne publique (TC, 4 juillet 2016, *Métropole de Lyon c. Caisse d'épargne et de prévoyance de Rhône-Alpes*, n° 4059, aux T.).

Plus proche de notre cas de figure, votre décision *Société Enedis* du 7 juin 2018 (n° 409226, aux conclusions de notre collègue Olivier Henrard), juge qu'un contrat de travaux passé entre deux personnes privées en vue de relier une centrale éolienne au réseau de distribution

d'électricité ne forme pas un ensemble indissociable avec le contrat de raccordement conclu entre le propriétaire de la centrale et EDF, lequel était encore, à la date de sa signature, un contrat administratif. Le TC a quant à lui refusé de voir dans le contrat de raccordement au réseau conclu entre un producteur indépendant et ERDF, depuis qu'il est passé entre deux personnes privées, l'accessoire du contrat d'achat de l'électricité produite (décision *SEEP* du TC déjà mentionnée).

Comme le Tribunal des conflits, vous ne recourez ainsi qu'avec parcimonie à la théorie de l'accessoire pour étendre la qualification d'un contrat administratif aux conventions satellites qui gravitent autour de lui.

Pour tenter de démontrer néanmoins que contrat d'achat d'électricité et contrat de rattachement au périmètre d'équilibre réservé aux installations sous obligation d'achat constituent un couple indissociable, les parties font d'abord valoir qu'ils sont conclus entre les mêmes personnes, EDF et le producteur intéressé. Cette coïncidence n'est toutefois pas déterminante. L'identité des co-contractants ne fait pas partie des critères jurisprudentiels caractérisant un contrat accessoire, et elle n'est du reste pas toujours vérifiée : si le contrat de rattachement au périmètre d'équilibre est invariablement conclu avec EDF, seul responsable à assurer l'équilibrage des sites sous obligation d'achat, EDF n'a en revanche pas le monopole des contrats d'achat, qui peuvent être conclus avec une entreprise locale de distribution.

Les parties insistent surtout sur le lien étroit unissant le contrat de rattachement au périmètre d'équilibre d'EDF dédié aux sites sous obligation d'achat et le contrat d'achat de l'électricité qui y est produite. Le contrat de rattachement au périmètre d'équilibre n'étant conclu que pour rendre possible la signature du contrat d'achat, il en constituerait nécessairement l'accessoire.

Cependant, comme l'a démontré Olivier Henrard dans ses conclusions sur la décision *Enedis* précitée, le caractère de préalable nécessaire d'un contrat par rapport à un autre, à la fois sur le plan technique et juridique, ne suffit pas à en faire l'accessoire. Le TC a écarté ce raisonnement en précisant dans sa décision *SEEP* que si le raccordement au réseau constitue un préalable technique à la délivrance de l'électricité à EDF et si l'article 5 du décret du 10 mai 2001 pris pour l'application de l'article 10 de la loi du 10 février 2000 subordonne la prise d'effet du contrat d'obligation d'achat au raccordement de l'installation au réseau, il n'en résulte pas que le contrat de raccordement soit l'accessoire du contrat d'achat. Le fait que le modèle de contrat d'achat approuvé par le ministre chargé de l'énergie subordonne la prise d'effet de ce dernier au rattachement de l'installation au périmètre d'équilibre désigné par l'acheteur n'est donc pas décisif. Un tel argument conduirait d'ailleurs tout aussi bien à faire du contrat de rattachement à un périmètre d'équilibre l'accessoire du contrat d'accès au réseau de distribution, le modèle de contrat d'Enedis exigeant la conclusion d'un accord de rattachement avec un responsable d'équilibre sous peine de suspension du contrat d'accès au réseau. Le litige suivrait alors le régime contentieux des contrats d'accès au réseau, qui relèvent de la compétence du juge judiciaire en vertu des articles L. 134-19 et L. 134-24 du code de l'énergie.

La théorie de l'accessoire n'obéit pas à une logique purement finaliste : même si un contrat n'est passé que dans la perspective de l'exécution ou de la conclusion d'un autre contrat, ces deux conventions conservent leur autonomie et leur nature juridique propre lorsqu'ils portent sur des opérations détachables, qu'ils créent des obligations distinctes (voyez également en ce sens les décisions du TC *Consorts L... c. Semmaris* et *Métropole de Lyon* ainsi que votre décision *Commune de Morestel* déjà évoquées).

Le rattachement à un périmètre d'équilibre est une opération indépendante de l'achat de l'électricité et les contrats conclus pour les mener respectivement à bien ont des objets différents : alors que celui du contrat d'achat est de garantir un débouché à l'électricité à un tarif réglementé rendant compétitive sa production à partir d'énergies renouvelables, l'objet du contrat de rattachement au périmètre d'équilibre est de permettre au producteur de satisfaire son obligation légale de compensation des déséquilibres entre flux d'électricité qui lui sont imputables. Cette obligation, qui ne s'applique pas uniquement aux sites sous obligation d'achat, ne concerne pas l'acheteur de l'électricité.

Les contrats de rattachement à un périmètre d'équilibre, contrats autonomes conclus entre deux personnes privées agissant pour leur propre compte, sont des contrats de droit privé.

Dès lors que le présent litige porte non pas sur un contrat mais sur le refus de le conclure, **vous devez encore rechercher, avant de décliner la compétence de la juridiction administrative, si cette décision de refus prise par EDF ne constitue pas un acte administratif** traduisant la mise en œuvre par une personne privée chargée d'une mission de service public de prérogatives de puissance publique dans la logique des décisions de Section *Magnier* du 13 janvier 1961, au Rec., et d'Assemblée *Monpeurt* du 31 juillet 1942, au Rec..

Mais à supposer que l'équilibrage du réseau se rattache à la mission de service public de développement et d'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité visée aux articles L. 121-2 et L. 121-4 du code de l'énergie, au même titre que le raccordement et l'accès à réseaux, EDF ne met en œuvre aucune prérogative de puissance publique lorsqu'elle refuse de signer un contrat de rattachement à son périmètre d'équilibre. La solution est la même que pour les refus de conclure un contrat d'achat d'électricité (voyez votre décision *Société Bioenerg*) ou un contrat de raccordement (décision *SEEP* du TC).

Ajoutons pour finir que s'il est toujours préférable de définir un bloc de compétence, le TC y a déjà renoncé dans sa décision *SEEP*. Il a acté la scission entre les deux ordres de juridiction des litiges suscités par la succession de contrats précédant l'application du mécanisme d'obligation d'achat en confiant au juge judiciaire le contentieux des contrats de raccordement pourtant conclus en vue de la signature de contrats d'obligation d'achat. Les juges judiciaires ont d'ailleurs déjà eu à connaître du premier épisode contentieux engagé par la société TSE pour obtenir un contrat d'obligation d'achat qui s'est noué autour du refus de raccordement de son installation au réseau.

Vous annulerez donc l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif qui a admis au prix d'une erreur de droit la compétence de la juridiction administrative et vous rejetterez la demande de suspension de la société T2S comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître.

Les dispositions de l'article L. 761-1 du CJA font obstacle à ce qu'EDF, qui n'est pas la partie perdante, soit condamnée au versement de frais irrépétibles. Il n'y a pas lieu, compte tenu du motif d'annulation, de faire droit aux conclusions présentées par la société EDF au même titre.

Par ces motifs nous concluons à l'annulation de l'ordonnance attaquée, et au rejet de la demande de suspension et des demandes de frais irrépétibles.