

**N° 418737 – Société EDF**

**9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 8 janvier 2020**

**Lecture du 22 janvier 2020**

## **Conclusions**

### **Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, Rapporteur publique**

La société Corsica Sole 3, qui exploite une installation de production d'électricité photovoltaïque sur le territoire de la commune de Lucciana et dont la holding et gestionnaire de contrats est la société Corsica Sole, a signé le 27 décembre 2012, sur le fondement de l'obligation d'achat instaurée par les articles L. 314-1 et suivants du code de l'énergie, un contrat d'achat avec la société EDF. Ce contrat stipulait que l'électricité produite serait achetée par EDF au tarif dit « S06 », prévu par un arrêté interministériel du 10 juillet 2006. S'avisant toutefois en février 2015 que le tarif qui aurait dû régir le contrat en cause était le tarif « S10 », d'un niveau sensiblement inférieur, fixé par un arrêté du 12 janvier 2010, la société EDF a cessé de payer l'électricité rachetée à un prix correspondant au tarif S06, estimé que le tarif S10 serait désormais appliqué, déduit le trop versé du montant de l'échéance suivante et proposé la conclusion d'un avenant en ce sens. Le producteur a refusé la signature de cet avenant et émis le 19 août 2015 une facture de 60 596,13 euros pour la période du 1<sup>er</sup> février au 1<sup>er</sup> août 2015, qu'EDF n'a réglée que partiellement.

Les sociétés Corsica Sole et Corsica Sole 3 ont alors demandé au tribunal administratif de Bastia la condamnation d'EDF à verser à la société Corsica Sole 3, sur le fondement du contrat conclu le 27 décembre 2012, la somme de 20 444,48 euros correspondant à la part non réglée de la facture d'août 2015, ainsi qu'une somme de 676 831 euros correspondant au préjudice financier que cette société estime devoir subir sur la totalité du contrat en cas d'application du tarif S10. Le tribunal a rejeté cette demande au motif qu'EDF était en droit de rétablir le prix légal au contrat. La cour administrative d'appel de Marseille a inversé la solution et jugé que l'article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 et l'arrêté du 12 janvier 2010 pris pour son application ont pour objet de fixer, au seul bénéfice des producteurs d'électricité, les conditions minimales auxquelles EDF est tenue d'acheter l'électricité mais que ces dispositions n'ont pas pour objet, et ne saurait avoir pour effet d'interdire à EDF d'acheter de l'électricité à des conditions tarifaires plus favorables pour les producteurs. La cour en a déduit que le contenu du contrat en litige n'étant pas illicite, et l'erreur commise par EDF sur le tarif applicable n'ayant pas eu pour effet de vicier son consentement, il n'y avait pas lieu d'écarter l'application du contrat. La cour a, par suite, condamné la société EDF à payer, sur le terrain contractuel, à la société Corsica Sole 3 la somme de 20 444,48 euros, égale à la différence entre le montant facturé au tarif « S06 » sur

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

la base du contrat en août 2015 et la somme effectivement réglée par EDF au tarif « S10 ». Elle n'a pas répondu aux conclusions tendant à la réparation du préjudice subi en cas de modification tarifaire, qu'elle a donc analysées comme subsidiaires et comme n'étant présentées que dans l'hypothèse d'une inapplication de la clause de prix initialement stipulée et d'un règlement du litige sur un terrain extra-contractuel.

La société EDF, qui se pourvoit en cassation devant vous, soutient notamment que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que l'arrêté du 12 janvier 2010 ne fixe que les conditions minimales auxquelles elle est tenue d'acheter l'électricité et n'a ni objet ni pour effet d'interdire la conclusion de contrats à des conditions tarifaires plus favorables pour les producteurs.

Le mécanisme d'obligation d'achat, consistant à imposer à EDF de contracter avec certains opérateurs dans des conditions tarifaires encadrées, est ancien. Créé initialement au profit, d'une part, des petits producteurs d'électricité ayant échappé à la nationalisation en 1946 et, d'autre part, des nouveaux producteurs autorisés postérieurement à cette loi à exploiter de nouvelles installations, qui n'avaient les uns comme les autres d'autre choix que de se tourner vers EDF (qui cumulait alors les casquettes de producteur, distributeur et fournisseur) pour écouler leur production, ce dispositif initialement régi par l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 55-662 du 20 mai 1955 modifié et les cahiers des charges de la concession à EDF du réseau d'alimentation générale en alimentation électrique, a été repris et significativement remanié par la loi du 10 février 2000.

Le mécanisme d'obligation d'achat en cause dans le présent litige n'est pas celui institué par l'article 8 de cette loi, codifié aux articles L. 311-10 et suivants du code de l'énergie, au profit du candidat retenu à l'issue d'un appel d'offres pour la construction et l'exploitation de nouvelles installations de production d'électricité lancé par le ministre chargé de l'énergie en raison de l'insuffisance des capacités de production et des investissements, mais celui prévu par l'article 10 de cette loi, repris depuis le 1<sup>er</sup> juin 2011 aux articles L. 314-1 et suivants du même code, concernant certaines installations de production d'électricité à partir de sources renouvelables.

L'article L. 314-1 fait ainsi peser sur EDF et les ELD, lorsque les producteurs intéressés en font la demande et sous réserve de la nécessité de préserver le fonctionnement des réseaux, l'obligation de conclure un contrat pour l'achat de l'électricité produite sur le territoire national par les installations utilisant certaines techniques de production d'électricité et ne dépassant pas des seuils de puissance installée.

Aux termes de l'article L. 314-7 du code, : *« Les contrats conclus en application de la présente section par Electricité de France et les entreprises locales de distribution sont des contrats administratifs qui ne sont conclus et qui n'engagent les parties qu'à compter de leur signature. / Ils prévoient des conditions d'achat prenant en compte les coûts d'investissement et d'exploitation évités par ces acheteurs, auxquels peut s'ajouter une prime prenant en compte la contribution de la production livrée ou des filières à la réalisation des objectifs définis au deuxième alinéa de l'article L. 121-1. Le niveau de cette prime ne peut conduire à*

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

*ce que la rémunération des capitaux immobilisés dans les installations bénéficiant de ces conditions d'achat excède une rémunération normale des capitaux, compte tenu des risques inhérents à ces activités et de la garantie dont bénéficient ces installations d'écouler l'intégralité de leur production à un tarif déterminé. » Cet article ajoute que « Les conditions d'achat font l'objet d'une révision périodique afin de tenir compte de l'évolution des coûts évités et des charges mentionnées aux articles L. 121-7 et L. 121-8. »*

Ce dispositif a eu pour objet, conformément à la mission de service public de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité prévue à l'article L. 121-3 du code de l'énergie et à sa traduction dans la programmation pluriannuelle des investissements, de favoriser la diversification du mix énergétique français et d'inciter à la réalisation de nouveaux investissements dans des énergies respectueuses de l'environnement ou des techniques de production performantes en termes d'efficacité énergétique, de manière à atteindre la part de 23% d'énergie consommée d'origine renouvelable en 2020.

Compte tenu des importantes charges que ce dispositif implique pour EDF et les distributeurs non nationalisés, contraints de contracter avec les producteurs intéressés à un prix supérieur au prix de marché de l'électricité, le législateur a organisé la compensation de ces surcoûts par le biais de l'intégration, à l'article L. 121-7, de ces sommes aux charges de service public que la CSPE a pour objet de compenser.

Les obligations réciproques des parties sont prédéterminées par la réglementation. D'une part, sur le principe même de leur conclusion, EDF est tenu de signer un contrat d'achat avec tout producteur éligible qui le demande et d'acheter, tout au long de la durée de ce contrat, l'électricité de ce producteur au prix convenu. D'autre part, le producteur qui conclut un tel contrat est tenu, en application de l'article 4 du décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, de vendre la totalité de sa production à EDF (ou au distributeur non nationalisé exploitant le réseau auquel il est raccordé). Enfin, l'article 8 du même décret dispose que « *des arrêtés des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, pris après avis du Conseil supérieur de l'énergie et après avis de la Commission de régulation de l'énergie, fixent les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations bénéficiant de l'obligation d'achat* » et que ces conditions « *précisent notamment : 1° En tant que de besoin, les conditions relatives à la fourniture de l'électricité par le producteur ; 2° Les tarifs d'achat de l'électricité ; 3° La durée du contrat ; 4° Les exigences techniques et financières à satisfaire pour pouvoir bénéficier de l'obligation d'achat.* » En ce qui concerne l'installation de la société Corsica Sole 3, il n'est pas contesté que ces conditions étaient celles résultant de l'arrêté du 12 janvier 2010 fixant les conditions d'achat.

En dépit de cet étroit corset dont nous interrogerons dans un instant la portée en termes de prix, ces actes n'en demeurent toutefois pas moins des contrats – à la différence par exemple des « contrats d'agriculture durable » conclus entre l'Etat et les exploitants agricoles pour le versement de subventions, que vous regardez comme des actes unilatéraux créateurs de droits sous conditions (CE, 26 juillet 2011, *EARL Le Patis Maillet*, n° 324523, p. 419). Votre jurisprudence les a ainsi toujours traités comme tels – et avait d'ailleurs, après la

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

transformation d'EDF en société anonyme et avant que la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 ne qualifie ces contrats d'administratifs, jugé que ces contrats avaient le caractère de contrats de droit privé (CE, 1<sup>er</sup> juillet 2010, *Société Bionerg*, n° 333275, T. pp. 687-791, rendue s'agissant des contrats conclus au titre de l'article 8 mais transposables aux contrats de l'article 10).

Contrairement à ce qu'ont retenu certaines juridictions du fond, la clause d'un tel contrat qui fixe le tarif d'achat de l'électricité par EDF ne nous paraît pas présenter le caractère d'une clause réglementaire, sans qu'ait d'incidence, à cet égard, la circonstance que son contenu soit dicté par les lois et règlements en vigueur à la date du dépôt de la demande de contrat d'achat puis de la demande complète de raccordement.

En effet, seul compte le point de savoir, au regard de la définition resserrée des clauses réglementaires d'un contrat posée par votre décision *Communauté Val d'Europe Agglomération* du 9 février 2018 (n° 404982, p. 34), si cette clause a, par elle-même, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public. Or si EDF et les producteurs d'électricité contribuent à la mission de service public de développement équilibré de l'approvisionnement en énergie et si EDF assume à ce titre des charges de service public, EDF comme ses cocontractants ne sont que les outils, les instruments du service public mais n'en sont ni responsables ni chargés. Le contrat d'obligation d'achat n'organise pas le service public, et les clauses de prix des contrats d'achat individuellement conclus ne règlent que la situation des parties au contrat, non celles de tiers. A cet égard, le raisonnement proposé à la suite de N. Boulouis par O. Henrard dans ses conclusions sur cette affaire, consistant à rechercher si les clauses auraient eu leur raison d'être en cas d'exploitation en régie, ne peut ici pas même fonctionner. Si les arrêtés précisant les conditions et les tarifs d'achat adoptés sur le fondement de l'article 8 du décret du 10 mai 2001 présentent un caractère réglementaire, tel n'est donc pas le cas des clauses des contrats ayant ensuite fait application des tarifs ainsi fixés.

Ces principes étant posés, les tarifs de rachat posés par les arrêtés ministériels fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations bénéficiant de l'obligation d'achat constituent-ils seulement des planchers instaurés au bénéfice des producteurs autonomes d'électricité, ou présentent-ils aussi le caractère de prix plafonds s'imposant lors de la conclusion d'un contrat entre EDF et ces producteurs ?

Nous nourrissons trois certitudes, et pour le reste beaucoup d'hésitations.

Première certitude, EDF et les producteurs indépendants d'électricité sont toujours libres de s'engager dans une relation contractuelle qui se placerait entièrement hors du régime de l'obligation d'achat. Tel est bien sûr le cas pour les producteurs dont les installations ne sont pas éligibles à l'obligation d'achat (notamment en raison d'une puissance installée trop élevée), pour lesquels l'absence d'obligation d'achat pour EDF ne saurait signifier absence de faculté d'achat. Mais tel nous paraît aussi le cas de producteurs éligibles au mécanisme de l'obligation d'achat qui, pour un motif ou un autre, souhaiteraient ne pas se soumettre aux contraintes de ce régime. En dehors du régime de l'obligation d'achat, les parties retrouvent

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

leur totale liberté contractuelle, s'agissant tant des quantités à livrer que de la durée du contrat ou du prix mais aussi du principe même de conclure un contrat. Mais en pareille hypothèse, le prix payé par EDF ne donne lieu à aucune compensation.

Seconde certitude, nous excluons de considérer que, lorsqu'EDF et un producteur concluent un contrat d'achat à un niveau de prix autre que celui résultant de l'arrêté tarifaire applicable à ce contrat, le contrat conclu, alors même qu'il indiquerait être conclu sur le fondement de l'obligation d'achat, sortirait automatiquement de ce régime (en ce compris les règles de compensation au profit d'EDF, mais aussi les règles régissant la résiliation d'un tel contrat, qui ne relèverait plus de l'achat obligé). Une telle approche nous semblerait trop sévère pour les parties mais aussi contraire aux termes mêmes du contrat, à l'intention des parties et au régime juridique sous lequel celles-ci ont entendu le placer.

Troisième certitude, le tarif de rachat fixé par arrêté ministériel constitue nécessairement un plafond pour le calcul des surcoûts liés à l'obligation d'achat ouvrant droit, pour EDF, à compensation par le biais de la CSPE. D'une part, car il ne saurait être question de permettre à EDF et à ses contractants d'accroître sans contrôle, par la conclusion de contrats à un prix supérieur à celui estimé approprié par le pouvoir réglementaire, les charges de service public dont la compensation pèse sur tous les consommateurs finals d'électricité par le biais de la CSPE. D'autre part, car la CJUE ayant dit pour droit qu'un mécanisme de compensation intégrale des surcoûts imposés à des entreprises en raison d'une obligation d'achat de l'électricité d'origine renouvelable à un prix supérieur à celui du marché dont le financement est supporté par tous les consommateurs finals de l'électricité sur le territoire national constitue une intervention au moyen de ressources d'Etat (CJUE, 19 décembre 2013, aff. C-262/12), le mécanisme de compensation institué par la loi du 10 février 2000 confère à l'obligation d'achat prévue par son article 10 le caractère d'un régime d'aides d'Etat (CE, 28 mai 2014, *Association Vent de Colère ! Fédération nationale*, n° 324852, p. 150). Or la notification à la Commission européenne de ce régime et l'examen par celle-ci de l'atteinte portée au marché intérieur et de sa compatibilité avec le traité s'opère au regard des niveaux tarifaires arrêtés par les ministres. Ainsi, il nous paraît exclu qu'un prix d'achat plus élevé que celui prévu par la réglementation puisse bénéficier, pour sa totalité, du régime de l'obligation d'achat et de la compensation qu'il prévoit.

Ce constat ne saurait toutefois suffire à conclure que le tarif résultant des dispositions législatives et réglementaires jouerait, non seulement pour le calcul des surcoûts compensés par la CSPE mais aussi pour la formation de la relation contractuelle nouée entre EDF et le producteur qui demande à bénéficier du mécanisme de l'obligation d'achat, nécessairement le rôle de plafond.

Il y a en effet matière à hésiter sur la portée exacte, en termes de corset réglementaire imposé aux contrats d'obligation d'achat, des tarifs d'achat arrêtés par arrêté.

Dans le cadre de l'ancien régime d'achat obligatoire issu du décret du 20 mai 1955, les textes qualifiaient expressément les prix d'achat de l'énergie électrique aux producteurs autonomes fixés par le pouvoir réglementaire de « *prix minima qu'EDF sera tenue de consentir* » à ces

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

producteurs (approche étendue par la formulation de vos décisions aux prix résultant des cahiers des charges de concession d'EDF : v. par ex. CE, Section, 2 juin 1972, *Syndicat National de la production autonome d'électricité et société Les forces motives de la Frasse*, n° 73839 73918, au Recueil). Mais la loi du 10 février 2000 et les textes réglementaires pris pour son application n'ont pas repris cet adjectif.

Ce silence peut se comprendre par l'inutilité d'une telle mention : le mécanisme de l'obligation d'achat créant au profit des producteurs un droit d'obtenir d'EDF l'achat de leur production à un prix supérieur au prix de marché, il a été conçu pour engager de force EDF dans une relation contractuelle à un prix qu'elle n'aurait en principe pas été prête à consentir dans le cadre du jeu normal de l'offre et de la demande (on le voit ici : le tarif supérieur a été octroyé par erreur). L'obligation d'achat s'inscrit ainsi dans une logique dans laquelle le prix arrêté par le ministre ne sera, en fait, sauf erreur ou volonté d'EDF d'avantager un producteur, jamais dépassé.

L'on pourrait être tenté de considérer que ce non-dépassement de fait ne renvoie pas à une interdiction de dépassement de droit, que les tarifs d'achat constitueraient, sous l'empire de la loi du 10 février 2000 comme sous celui du décret de 1955, de simples prix minima instaurés au bénéfice des producteurs autonomes d'électricité, et que la loi ne ferait pas obstacle à ce qu'EDF et un producteur concluent, sans perdre dans la limite du tarif fixé par l'arrêté le bénéfice du régime de l'obligation d'achat, un contrat arrêtant un tarif supérieur, l'excédent de prix stipulé au regard du tarif légal restant à la charge d'EDF sans compensation. C'est la thèse des sociétés productrices, adoptée par la cour.

Mais d'une part, la fixation des conditions d'achat stipulées aux contrats, dont fait partie le prix, n'est pas laissée à la libre négociation des parties dans le seul respect du cadre méthodologique fixé par loi à l'article L. 314-7 du code déjà cité (prévoyant la prise en compte des coûts d'exploitation et d'investissement évités, permettant l'ajout d'une prime tenant compte de la contribution à la réalisation des objectifs du service public de l'électricité, sans pouvoir excéder la rémunération normale du capital ainsi investi), mais relève du pouvoir réglementaire. Ainsi, l'article L. 314-4 du code dispose que « *Les conditions dans lesquelles les ministres chargés de l'économie et de l'énergie (...) les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations mentionnées à l'article L. 314-1, sont précisées par voie réglementaire* », le décret du 10 mai 2001 prévoit que ces conditions d'achat fixées par arrêté « *précisent notamment (...) les tarifs d'achat de l'électricité* », et l'arrêté du 12 janvier 2010 pris sur ce fondement en ce qui concerne l'énergie photovoltaïque dispose que « *les tarifs applicables sont définis à l'annexe 1 du présent arrêté* » et que l'énergie active fournie par le producteur « *est facturée à l'acheteur sur la base des tarifs* » ainsi définis. La lettre de la loi, du décret et des arrêtés pris sur leur fondement n'évoquent pas des tarifs « minima » et raisonnent, au contraire, en termes de fixation du prix du contrat lui-même. La réglementation prévoit en outre un mécanisme précis d'indexation des tarifs lesquels ne sauraient donc être révisés selon une formule librement négociée (article 8), ainsi qu'un mécanisme de plafonnement de l'énergie annuelle vendue par un producteur, au-delà duquel l'énergie produite est rémunérée à 5 c€/kWh (article 4).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

D'autre part, les niveaux des tarifs d'achat par EDF arrêtés par les ministres tiennent compte non seulement des coûts évités à EDF, mais aussi de préoccupations d'intérêt général et sont fixés de façon à assurer une incitation à l'investissement dans les différents procédés d'énergies renouvelables ménageant un juste équilibre entre l'utilité de ces investissements et la rémunération du capital investi comparé au niveau de risque (ou d'absence de risque) encouru. Le tarif établi reflète ainsi le niveau regardé par les ministres de l'économie et de l'énergie comme le prix d'achat qui non seulement assure l'absence de coût excessif pour la collectivité – motif qui ne suffirait pas à écarter un raisonnement en terme de prix plancher, dès lors que l'on pourrait regarder ce prix comme constituant un plancher contractuel tout en présentant le caractère de référence pour le calcul des charges de service public compensées par le biais de la CSPE – mais aussi doit permettre d'atteindre le niveau d'investissement attendu par secteur énergétique pour parvenir à un approvisionnement à la fois diversifié, équilibré et sûr.

Ainsi entendu, l'objectif poursuivi par le dispositif de l'obligation d'achat nous paraît s'opposer à ce que les parties puissent librement retenir un tarif d'achat qui, tout en bénéficiant partiellement des avantages du mécanisme de l'obligation d'achat, fragiliserait cet objectif de développement équilibré en « surincitant » l'investissement dans une énergie donnée.

Dès lors, la lettre comme l'économie du dispositif d'obligation d'achat nous conduisent finalement à vous proposer de juger, contrairement à ce qu'a retenu la cour administrative d'appel de Marseille, que les parties à un contrat d'achat conclu au titre de l'obligation d'achat ne peuvent contractuellement fixer ce prix à un niveau différent de celui résultant de l'arrêté interministériel fixant les conditions d'achat dans la filière concernée applicable à ce contrat, et

qu'en jugeant que les dispositions des articles L. 314-1 et suivants du code de l'énergie, du décret du 10 mai 2001 et de l'arrêté du 12 janvier 2010 pris pour son application avaient pour objet de fixer les conditions minimales auxquelles la société EDF est tenue d'acheter l'électricité produite sans lui interdire de prévoir des conditions tarifaires plus favorables pour les producteurs, la cour a commis une erreur de droit.

Avant de conclure au renvoi de l'affaire aux juges du fond afin qu'ils décident des conséquences à tirer de l'illégalité du tarif retenu et règlent le présent litige, nous croyons nécessaire d'évoquer brièvement les effets, sur la validité du contrat d'obligation d'achat litigieux, de l'interprétation du cadre juridique que vous aurez, si vous nous suivez, retenue.

S'agissant d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat soumis au juge du contrat par l'une des parties, le cadre est celui tracé par votre décision d'Assemblée *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009 (n° 304802, p. 509). En vertu de cette jurisprudence, il incombe en principe au juge du contrat, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Ce n'est que dans le cas où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, qu'il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

contractuel. Le choix ouvert au juge du contrat saisi de la validité de ce dernier par la voie de l'exception est ainsi, comme le relevaient A. Lallet et X. Domino dans une chronique (« Retour à Béziers », AJDA 2011. 665), binaire : appliquer ou – seulement dans le cas d'irrégularités telles qu'il devrait en cas de contestation par voie d'action annuler le contrat – ne pas appliquer le contrat pour régler le litige, sans que lui soient offertes les voies médianes de régularisation existant en cas de recours direct en validité.

Nous aurions tendance à douter que l'erreur commise par EDF en acceptant de conclure un contrat stipulant un tarif résultant d'un arrêté inapplicable *ratione temporis* soit de nature à faire regarder les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement comme entachée d'un vice d'une particulière gravité. Certes, pour reprendre la distinction évoquée par votre décision du 20 décembre 2017 *Société Area Impianti* (n° 408562, T. pp. 688-772-773-774), l'erreur commise peut sembler, compte tenu de l'importance de la clause tarifaire dans un contrat d'achat obligatoire d'électricité, avoir porté simultanément sur le prix et sur les qualités substantielles du contrat. Mais le motif sous-jacent avancé par O. Henrard au soutien de l'appréciation généralement admise selon laquelle une erreur sur le prix liée à une mauvaise estimation des recettes et de dépenses ne vicie pas le consentement, tiré de ce « *qu'une telle erreur n'est pas excusable de la part d'un professionnel normalement diligent* », pourrait sembler opposable à EDF.

Si l'on ne retenait pas le vice du consentement, qu'en serait-il de l'autre hypothèse conduisant, dans le cadre de votre jurisprudence *Commune de Béziers*, à écarter l'application du contrat et tenant à l'illicéité du contenu du contrat ?

Dans votre décision *Société Cerba et CNAM* du 9 novembre 2018 (n° 420654 420663, p. 407, BJCP 2019. 57, concl. Pellissier ; Rev. CMP 2019, no 24, note Ubaud-Bergeron ; JCP Adm. 2018. Actu. 848, obs. Erstein), rendue à propos d'un concurrent évincé mais formulant une définition générale de l'illicéité d'un contrat, vous avez jugé que « *le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, (...) tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement.* » Vous avez ainsi lié contenu illicite et objet illicite du contrat. La plupart des précédents jurisprudentiels ayant reconnu un caractère illicite au contenu du contrat portaient en effet sur des cas dans lesquels l'objet même était illicite (pour l'illicéité d'un contrat confiant à l'aménageur la réalisation d'une opération illégale au regard des règles d'urbanisme applicables en zone littorale : CE, 10 juillet 2013, *Commune de Vias c/ SEBLI*, n° 362304 362318, T. pp. 695-701-704-806-808 ; pour l'illicéité de conventions par lesquelles une autorité investie d'un pouvoir réglementaire prend l'engagement de faire usage de ce pouvoir dans un sens déterminé : CE, 9 juillet 2015, *Football Club des Girondins de Bordeaux et autres*, n° 375542 375543, p. 239 et CE, 6 avril 2018, *Association NARTECS*, n° 402714, T. pp. 578-772-835-958 ; pour l'illicéité d'un montage contractuel ayant pour seul objectif de faire obstacle à l'exercice par une autre collectivité de sa compétence : CE, 15 novembre 2017, *Commune d'Aix-en-Provence et SEM d'équipement du pays d'Aix*, n°409728 409799, T. pp. 598-671-673-687 ; ou encore pour l'illicéité de l'objet d'un contrat concédant un droit réel sur une dépendance du domaine

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

public : CE, 1<sup>er</sup> octobre 2013, *Société Espace Habitat Construction*, n° 349099, T. pp. 695-696-700). Vous tenez aussi compte de l'illicéité de clauses ayant eu un caractère déterminant dans la conclusion du contrat pour en déduire, compte tenu de son indivisibilité, l'illicéité du contenu du contrat (CE, 1<sup>er</sup> octobre 2013, *Société Espace Habitat Construction*, préc.). Nous notons toutefois que vous avez aussi jugé, dans une décision *Communauté de communes du Queyras* du 4 mai 2011 (n° 340089, p. 200), qu'en cas de divisibilité des clauses illicites du contrat, le juge peut régler le litige dans le cadre contractuel en écartant l'application de ces seules clauses. Or si une clause est divisible, il nous semblerait difficile de considérer qu'elle concerne et régit l'objet même du contrat.

Si vous jugez, comme nous vous y avons invités, que le tarif d'achat fixé par arrêté s'impose aux parties à un contrat d'obligation d'achat, lesquelles ne peuvent y déroger, vous regarderez donc ces dispositions tarifaires comme une réglementation d'ordre public à l'instar de l'ancienne réglementation des prix (v., pour le caractère d'ordre public de l'ordonnance du 30 juin 1945, s'imposant au prix des marchés publics : CE, 17 juillet 1950, *Dilly*, p. 443, CE, Section, 30 novembre 1962, *Sté Entreprise Labalette Frères et cie*, p. 645 ou encore CE, 10 novembre 1967, *Union française d'entreprise*, n° 64263, aux Tables ; v. aussi, pour le caractère d'ordre public d'un arrêté prononçant le blocage des prix, que les parties ne pouvaient ignorer et faisant obstacle tant à l'exécution d'une clause illégale de variation de prix qu'au versement d'une indemnité du fait de l'inexécution de cette clause : CE, 20 décembre 1968, *Ville de Lyon*, n° 65365, au Recueil). Certes, à la différence de l'ancienne réglementation des prix, il ne s'agit pas d'une règle d'ordre public tel que le tarif régissant le contrat changerait à chaque nouvel arrêté. Mais cet effet de cristallisation de l'arrêté applicable s'explique par l'objet même du niveau du tarif fixé : c'est au regard des circonstances à la date de réalisation de l'investissement et de mise en service des nouvelles installations que l'effet incitatif de l'obligation d'achat joue.

Or d'une part, régler le litige sur le terrain de la clause tarifaire illégale reviendrait pour le juge du contrat à méconnaître cette réglementation d'ordre public.

D'autre part, eu égard au régime particulier des contrats d'obligation d'achat, la clause tarifaire d'un tel contrat ne constitue pas une clause de prix comme une autre. Elle constitue presque l'objet du contrat. Le cœur du mécanisme de l'obligation est en effet au moins autant l'achat obligatoire de l'électricité par EDF (objet qui en soi n'est pas illicite) que la garantie que cet achat s'opèrera à un prix hors marché dicté par le pouvoir réglementaire. Dans le contrat-subvention qu'est le contrat d'obligation d'achat, le tarif d'achat fixé par le contrat nous semble donc aussi important que le bien vendu lui-même.

Par suite si vous jugez que les parties ne sont pas libres de retenir un prix supérieur à celui fixé par les arrêtés interministériels applicables au contrat, il nous semble que cette clause devrait être regardée comme entachant le contrat d'une illicéité justifiant que l'application de cette clause soit écartée pour régler le litige tendant à ce que EDF soit condamné à verser la somme résultant de l'excédent de la tarification S06 par rapport à la tarification S10.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Si vous étiez d'avis que le vice entachant la clause tarifaire n'est pas d'une gravité ou d'un caractère déterminant tel qu'il devrait être regardé comme ressortissant de l'hypothèse du contenu illicite du contrat réservée par votre jurisprudence *Béziers*, il nous semble que cela remettrait en cause le caractère d'ordre public de la réglementation tarifaire. Aussi, si vous estimiez qu'un contrat ayant retenu un tarif supérieur au tarif légalement applicable doit être exécuté sur la base du tarif contractuellement stipulé et que la loyauté des relations contractuelles s'oppose en pareil cas à ce qu'EDF puisse se prévaloir de l'erreur commise sur le tarif applicable, il nous semble qu'il serait alors plus expédient de suivre la cour et de juger que la loi et les arrêtés fixant les conditions de l'obligation d'achat n'ont pas instauré un plafond contractuel, mais simplement un prix plancher laissant les parties libres de retenir un tarif supérieur (sans compensation des surcoûts occasionnés par cet excédent de prix).

Telle n'est toutefois pas l'interprétation de la loi que nous vous proposons de retenir. Et par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 12 février 2018 ;
- au renvoi de l'affaire devant cette cour ;
- à ce que les sociétés Corsica Sole et Corsica Sole 3 versent à EDF une somme globale de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées au même titre par ces sociétés.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*