

N° 452903
Société Enedis c. Syder

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 13 octobre 2021
Lecture du 27 octobre 2021

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

1. Lorsqu'il s'agit de réseau de distribution électrique, il peut être tentant, afin d'accélérer la vitesse de circulation du courant, de mettre en place des courts-circuits ; semblable à l'électricien, le juge du fond dispose lui aussi d'un tel outil : c'est la demande d'avis prévue à l'article L. 113-1 du CJA.

Le recours à ce mécanisme a sans doute paru s'imposer avec évidence au tribunal administratif de Lyon dans l'affaire dont il est saisi, qui concerne **le sort d'une concession de distribution d'énergie électrique dont le terme est expiré** et qui pose plusieurs délicates questions.

2. En l'espèce, le syndicat départemental d'énergie du Rhône (Syder) a concédé à EDF (devenue ERDF puis Enedis) le service public de distribution de l'électricité pour les près de 200 communes au titre desquelles il est compétent, par une convention conclue le 24 février 1993 pour une durée de 25 ans.

Les pourparlers entamés dès 2016 entre la société Enedis et le SYDER n'ont pas permis de conclure un nouveau contrat de concession depuis 2018 et les deux parties s'opposent quant à l'état du droit désormais en vigueur : faut-il, comme l'avance le SYDER, estimer que le contrat est tacitement reconduit ? ou faut-il, comme s'en défend Enedis, considérer qu'en dehors de ses clauses réglementaires, la concession a cessé de produire ses effets ?

La question n'est pas que théorique, tant pour des raisons propres à l'espèce que pour des considérations plus générales.

En effet, le contrat en question, notamment le cahier des charges qui y est annexé et qui est lui-même conforme au modèle-type de 1992, comporte des clauses financières prévoyant le

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.

versement à la collectivité concédante de redevances de fonctionnement et d'investissement : l'expiration de la concession a donc une incidence pécuniaire très tangible et le litige s'est d'ailleurs noué devant le juge administratif lorsque la société Enedis a contesté les différents titres exécutoires émis par le syndicat pour le règlement des sommes correspondant à ces redevances, qui représentent au total près de 730 000 euros pour les années 2018 et 2019.

Au-delà du présent litige financier, c'est l'équilibre propre à bon nombre de concessions du même type qui est susceptible d'être affecté par les réponses que vous apporterez car, comme nous vous le disions, la convention litigieuse reprend les termes d'un modèle de cahier des charges qui a été défini en 1992 et très largement adopté par les nombreuses concessions conclues dans les années 1990. Or, du fait de la durée habituellement prévue pour ce genre de concessions (entre 25 et 30 ans), la plupart d'entre elles sont récemment arrivées à leur terme ou vont bientôt y parvenir. Même si leur nombre exact est difficile à quantifier, ce sont donc potentiellement plusieurs centaines de contrats qui pourraient être concernés et la question présente donc un intérêt pratique qui dépasse le seul contentieux engagé.

Dans ce contexte, nous pensons par conséquent que vous pourrez regarder comme remplie la **triple condition de nouveauté de la question, de difficulté sérieuse et de fréquence des litiges**, prévue par l'article L. 113-1 pour apprécier la recevabilité d'une demande d'avis.

3. Dans le détail, ce sont 4 questions qui vous sont posées par les juges lyonnais, de manière peut-être un peu trop itérative.

Elles vous ont été rappelées par votre rapporteur et nous ne les répéterons pas ici mais, pour notre part, nous pensons, sans leur ôter leur substance, pouvoir les synthétiser dans la question suivante : **un contrat de concession de distribution d'électricité arrivé à son terme doit-il être regardé, en tout ou partie, comme faisant légalement ou conventionnellement l'objet d'une tacite reconduction ou d'une prorogation ?**

4. Avant d'aborder la réponse que vous pourriez donner à cette question, il vous faut toutefois vous interroger sur la possibilité-même de le faire dans le cadre de la présente instance car si nous vous avons dit que les trois conditions posées par l'article L. 113-1 sont réunies, encore faut-il que vous ayez à trancher « **une question de droit** ».

Or, comme le rappelait le président Arrighi de Casanova concluant sur l'arrêt d'Assemblée du 24 octobre 1994, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, n° 187122, p. 372, le mécanisme de la demande d'avis¹ s'apparente nécessairement à

¹ Alors prévue à l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987

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.

vosre **contrôle de l'erreur de droit** et ne peut, à vrai dire, être que cela car « *elle n'a ni pour objet, ni pour effet, de faire échec au double degré de juridiction, non plus que de déroger au principe [...] suivant lequel le Conseil d'Etat ne peut désormais être saisi d'une affaire qu'à l'occasion d'un pourvoi* ».

Dans cette logique, autant nous ne voyons aucune difficulté à ce que vous vous prononciez sur le cadre législatif ou réglementaire applicable en l'espèce, autant nous sommes beaucoup plus dubitatif quant au volet strictement conventionnel des questions qui vous sont posées.

Le tribunal administratif vous demande en effet, prudemment mais explicitement, d'indiquer notamment si l'article 31 du cahier des charges de la concession doit être lu comme instituant un mécanisme de tacite reconduction.

4.1. Or, vous savez qu'en tant que juge de cassation, vous regardez l'interprétation des stipulations d'un contrat comme une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, sauf dénaturation² (Section 10 avril 1992, *SNCF*, n° 112682, p. 109).

Il est vrai cependant que, dérogeant à ce principe, vous acceptez d'exercer un contrôle de l'exacte interprétation portée par les juges du fond sur les stipulations des cahiers des clauses administratives générales (Section 27 mars 1998, *Sté d'assurances La Nantaise et l'Angevaine réunies*, n° 144240, p. 109) – ce dont vous déduisez très logiquement qu'il vous est possible de répondre à une demande d'avis relative à l'interprétation du CCAG Travaux (CE 22 février 2002, *Sté Reithler*, n° 240128, Rec). De manière peut-être plus topique, vous avez étendu cette jurisprudence dérogatoire à l'interprétation que les juges du fond donnent des stipulations d'un cahier des charges type relatif à l'affermage d'un service de distribution d'eau potable (CE 9 avril 2010, *Société Vivendi*, n° 313557, T. pp. 860-933, ccl. N. Boulouis).

Vous pourriez donc être tentés, tant au vu du fichage très général de l'arrêt *Société Vivendi* que de l'intérêt qui s'attacherait à ce que les juges du fond puissent donner une interprétation uniforme des stipulations du modèle de cahier des charges de 1992, d'exercer sur son contenu un contrôle assimilable à celui de l'erreur de droit (même s'il n'en est pas un à strictement parler).

Toutefois, si la chose pourrait vous paraître opportune, nous craignons qu'elle ne se heurte en l'état aux critères restrictifs qui sont au fondement de votre jurisprudence *La Nantaise et l'Angevaine réunies* ou *Société Vivendi*.

Aux termes de ces arrêts, c'est en effet en raison non seulement de leur portée très large mais aussi des conditions de leur élaboration et de leur approbation par l'autorité administrative

² Vous suivez en cela la jurisprudence judiciaire la plus constante (C. Cass, Ch. réunies, 2 février 1808, *Lubert*)

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.

que l'exception est justifiée. Par exemple, dans l'arrêt *Vivendi*, le cahier des charges était annexé à un décret en Conseil d'Etat qui en portait approbation, lui-même pris sur le fondement d'un texte législatif confiant expressément au pouvoir réglementaire le soin d'établir un modèle de cahier des charges.

Il nous semble que ces critères sont cumulatifs et expliquent que vous vous refusiez à exercer en cassation un contrôle renforcé sur d'autres contrats-types, alors même que certains ont vocation à s'appliquer dans de nombreuses relations contractuelles : vous laissez ainsi à l'interprétation souveraine des juges du fond les cahiers des clauses techniques générales (CE 30 décembre 1998, *Société OTH Aménagement et Habitat*, n° 140335, T. p. 1033) ou les contrats-type de grandes entreprises publiques comme la SNCF ou RFF (CE 22 juillet 2009, *Société Baudin Chateauneuf*, n° 301755 ; CE 15 mars 2019, *Société Systra*, n° 416571, B, s'agissant respectivement des cahiers des clauses et conditions générales applicable aux marchés de travaux publics ou de prestations intellectuelles) ou même d'EDF (CE 19 juin 2015, *Société ERDF*, n° 372283, C).

4.2. Qu'en est-il du cahier des charges au cœur du présent litige ?

Si le code de l'énergie énonce avec insistance que la distribution de l'énergie est assurée conformément aux cahiers des charges des concessions (art. L. 121-4, L. 322-2 et L. 322-8), il ne dit rien du contenu de ces cahiers des charges et ne confie à aucune autorité le soin de le préciser.

C'est là l'effet des évolutions historiques car si l'article 6 de la loi du 15 juin 1906 prévoyait que : « *Toute concession est soumise aux clauses d'un cahier des charges conforme à l'un des types approuvés par décret délibéré en Conseil d'Etat (...)* », les lois « Defferre » de mars et juillet 1982 ont, au nom du principe d'autonomie des collectivités locales, expressément transformé en simples « modèles »³ ces cahiers des charges.

Les acteurs du secteur ont tenté de combler ce vide avec l'édiction d'un « modèle » national qui a été élaboré conjointement en 1992 entre la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) et EDF (alors établissement public).

Contrairement au modèle précédent qui avait été approuvé par le décret n° 60-1288 du 22 novembre 1960 – mais qui n'a apparemment jamais été appliqué⁴, il a seulement fait l'objet

³ Cf. art. 22 de la loi du 2 mars 1982 dans sa version issue de la loi du 23 juillet 1982 : « (...) / *Les cahiers des charges types et les règlements types auxquels il était possible avant l'entrée en vigueur de la présente loi de déroger sous réserve d'approbation par le Gouvernement ou ses représentants deviennent pour les communes et les établissements publics soumis au présent titre des modèles de cahiers des charges et des modèles de règlements.* »

⁴ Voir à ce sujet les termes de l'instruction du 27 juillet 1993 ainsi que Pierre Sablière, « Un nouveau modèle de cahier des charges pour la concession des distributions publiques d'électricité dans les trente ans à venir », *Energie – Environnement – Infrastructures* n° 7, juillet 2018

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'une instruction interministérielle du 27 juillet 1993, certes publiée au Journal officiel, qui en commente les principaux points et invite les préfets à en tenir compte dans l'exercice du contrôle de légalité, sans toutefois que le texte du modèle soit lui-même publié. L'instruction précise en effet qu'il n'est pas encore définitif et qu'en tout état de cause, ses clauses n'ont en principe qu'un caractère « supplétif ». Nous observons d'ailleurs incidemment que son successeur de 2017 a, pour sa part, seulement été négocié par EDF, Enedis, la FNCCR et France urbaine (qui représente les intérêts des grandes agglomérations), sans jamais recevoir une quelconque publicité officielle.

Dans ces conditions, au vu tant de ses conditions d'élaboration que de l'absence d'approbation en bonne et due forme par l'autorité administrative, il nous semble difficile d'estimer que le modèle de contrat de concession de distribution d'électricité de 1992 relèverait de votre contrôle de l'exacte interprétation des stipulations en cassation, au regard de la ligne assez stricte que nous venons de vous rappeler.

Nous vous invitons donc à ne pas prendre position, dans votre avis, sur l'interprétation des clauses du cahier des charges litigieux, cette mission ne relevant pas de votre présent office. En particulier, il n'y a pas lieu que vous vous prononciez sur la portée de l'article 31 du cahier des charges, relatif au terme de la concession.

4.3. Si toutefois vous souhaitiez faire preuve de davantage d'audace que nous, nous vous indiquons que, pour notre part, nous doutons fortement, comme au moins un tribunal avant nous⁵, que cet article puisse être lu comme instaurant un mécanisme de tacite reconduction (ce qui, en bonne logique⁶, induit la formation d'un nouveau contrat – art. L. 1215 du code civil) ou même de simple prorogation du contrat (qui se borne à en reporter le terme – cf. art. 1213 du même code).

Notre objection ne viendrait pas tant du fait que votre jurisprudence prohibe de tels dispositifs pour les contrats soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence (CE 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143, p. 573) car de telles obligations n'existent pas en matière de concession de distribution électrique (cf. art. L. 3214-1 du code de la commande publique) mais, plus simplement, de ce qu'il nous paraît plus que constructif de lire les stipulations du B de cet article 31 – qui prévoient seulement que l'autorité concédante a la faculté de ne pas renouveler le contrat dans l'hypothèse d'un bouleversement technique ou scientifique – comme signifiant que, dans toutes les autres hypothèses, le contrat doit se poursuivre.

⁵ Voir TA Amiens, 25 septembre 2007, *SICAE de la Somme et du Cambrasis*, n°s 0400581, 0400585

⁶ Voir sur ce point les éclairantes conclusions de Bertrand Dacosta sur CE 9 octobre 2013, *SELARL Bernard Beuzeboc, liquidateur judiciaire de la sté Sonotel*, n° 360137, inédit

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.

Cela nous semblerait d'autant plus iconoclaste que le A du même article 31 énonce pour sa part que les parties doivent, un an au moins avant le terme de la concession, se rapprocher pour envisager l'avenir des conditions d'exploitation du service public, ce qui tend à démontrer que les parties ont bien envisagé l'hypothèse dans laquelle le contrat ne serait pas renouvelé. Raisonner différemment reviendrait au demeurant à consacrer une forme d'engagement perpétuel dont la compatibilité avec les règles communautaires, en particulier avec l'article 24 de la directive 2009/72/CE selon laquelle les gestionnaires de réseau sont désignés par les Etats membres pour une durée « à déterminer », nous paraîtrait également sujette à caution (voyez sur ce point vos décisions CE 10 juillet 2020, *Mme C...*, n° 423901 et CE 12 avril 2021, *Société Ile de Sein Energies*, n° 436663, à mentionner aux tables) ...

5. Si vous nous suivez, vous n'aurez de toute façon pas à vous prononcer sur ce point mais il vous restera en revanche à le faire **sur l'existence de dispositions légales ou réglementaires qui auraient pour effet de prolonger la concession à l'expiration de son terme.**

5.1. Du point de vue textuel, nous ne voyons rien dans la législation en vigueur qui puisse, par lui-même, avoir un tel effet.

Si, comme nous vous l'avons dit, le code de l'énergie répète à loisir que la distribution de l'énergie est assurée conformément aux cahiers des charges des concessions, aucune des dispositions de ce code ou du CGCT ne prévoit expressément que les concessions soient tacitement reconduites ou prorogées. Une telle possibilité n'est pourtant pas inconnue du législateur puisqu'elle existe pour les concessions d'énergie hydroélectrique, pour lesquelles l'article L. 521-16 du code de l'énergie prévoit les conditions dans lesquelles, « *pour assurer la continuité de l'exploitation* », la concession est prorogée « *jusqu'au moment où est délivrée la nouvelle concession* ».

Il faut en déduire que, faute de dispositions similaires dans notre cas, le législateur a estimé que la relation contractuelle pouvait normalement cesser à l'expiration du terme de la convention. Nous sommes conforté dans cette lecture par le fait qu'alors que le dernier alinéa de l'article 37 de la loi de nationalisation de 1946 avait prévu qu'« (...) à l'expiration de la concession (...), il sera statué à défaut d'accord et à la requête de la partie la plus diligente par le conseil supérieur de l'Electricité et du Gaz » (devenu le Conseil supérieur de l'énergie), ces dispositions ont été supprimées par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 afin de mettre fin au « *rôle quasiment juridictionnel [du CSEG] qui serait mieux rempli par le juge administratif* »⁷, ce qui prouve en tout cas que le législateur a toujours envisagé qu'une concession puisse arriver à son terme sans être renouvelée et qu'en 2004, il n'a pas souhaité maintenir un mécanisme de

⁷ Rapport n° 1659 de M. Lenoir devant l'A.N., p. 139

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.

règlement des différends *ad hoc*, acceptant ainsi le risque d'une période de non-reconduction de la concession.

5.2. Face à cette forme d'aporie textuelle, pouvez-vous vous fonder sur l'esprit des textes pour dégager de manière prétorienne une règle selon laquelle si les parties ne sont pas parvenues à un accord sur une nouvelle concession, la précédente continue de produire ses effets ?

C'est de manière sous-jacente, ce à quoi vous invite la demande d'avis en faisant référence tant aux « dispositions spécifiques » à ces contrats qu'aux obligations de continuité du service public qui s'y attachent.

Le SYDER vous y incite naturellement en faisant valoir que du fait de l'obligation légale de conclure une concession pour l'exploitation du service public de distribution électrique, il ne saurait y avoir de solution de continuité contractuelle.

Toutefois, au risque de privilégier le courant alternatif sur le courant continu, nous éprouvons les plus grandes réserves face à une telle idée, pour trois séries de raisons.

En premier lieu, elle nous paraît infondée tant sur le plan textuel – nous venons de le voir – que sur le plan théorique : en droit des contrats, il n'y a pas de renouvellement ou de prorogation sans l'accord des parties.

En deuxième lieu, ses avantages pratiques ne sautent pas aux yeux car, comme le prouve la présente affaire – et nous nous en réjouissons pour les habitants du Rhône ! –, la conclusion d'une concession n'est évidemment pas une condition matériellement nécessaire à la fourniture d'électricité puisqu'Enedis est parfaitement en mesure d'assurer cette mission sans convention, dès lors qu'elle maîtrise aussi bien l'infrastructure, même si elle appartient à la collectivité, que l'énergie elle-même. Pour le dire en des termes plus juridiques, le principe de continuité du service public de l'électricité n'exige pas, par lui-même, la passation ou le renouvellement d'un contrat.

Enfin, nous pensons que la solution prétorienne d'un renouvellement tacite présente **deux faiblesses structurelles** qui finissent de nous convaincre de l'écarter.

D'une part, si vous vous engagez sur la voie du maintien *ad aeternam* de la concession ayant expiré, vous trahiriez non seulement l'intention des parties telle qu'elle est exprimée dans la convention – puisque celle-ci stipule clairement une durée limite – mais, plus fondamentalement, vous conféreriez aussi à celle des deux parties ayant intérêt au maintien des conditions antérieures un avantage indû puisqu'il lui suffirait de s'opposer au renouvellement pour s'assurer d'un *statu quo* contractuel qui lui serait favorable, plutôt que de devoir conclure de nouveaux engagements réciproques.

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, un tel engagement perpétuel serait sans doute, nous vous l'avons déjà dit, incompatible avec les objectifs des directives communautaires qui prévoient que les gestionnaires de réseau sont désignés pour une durée « à déterminer ».

5.3. Dans ces conditions, nous vous invitons à juger qu'il ne résulte d'aucune disposition législative ou réglementaire que le contrat de concession conclu entre une autorité concédante de la distribution publique d'électricité et un gestionnaire d'un réseau public de distribution d'électricité soit prorogé ou renouvelé de plein droit dans le cas où il arrive à son terme sans que les parties ne se soient entendues sur sa prorogation, son renouvellement ou la conclusion d'un nouveau contrat.

Vous pourrez préciser – puisque la demande d'avis insiste sur ce point – que ce principe vaut notamment pour les clauses financières, catégorie dont relèvent celles fixant le montant des redevances versées par le gestionnaire à la collectivité.

Nous pensons en revanche, mais la question ne vous étant pas posée, vous n'aurez pas à prendre parti sur ce point, qu'il en va différemment des clauses réglementaires, dont vous avez jugé qu'elles sont, par nature, divisibles de l'ensemble du contrat (Section 8 avril 2009, *Association Alcaly et autres*, p. 112). Il nous semble, dans cette logique de « détachabilité », que leur nature réglementaire, et donc permanente, devrait conduire à les regarder, tant qu'elles n'ont pas été expressément abrogées par le titulaire du pouvoir réglementaire, comme maintenues dans l'ordonnement juridique, quand bien même le contrat qui en est le support a cessé de produire ses effets.

6. Ceci étant posé, quelles conséquences faut-il tirer de l'expiration du contrat de concession sur la situation des deux parties ?

Il nous semble à cet égard que la cessation du contrat n'a pas pour effet de relever l'opérateur de **l'obligation d'assurer la continuité des missions de service public** qui lui incombent. En effet, les dispositions de l'article L. 322-8 du code de l'énergie imposent au gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité un certain nombre d'obligations, en particulier en matière d'accès, d'entretien et de maintenance du réseau. Certes, ces missions s'effectuent normalement, aux termes du même article, « dans le cadre des cahiers des charges de concession et des règlements de service des régies » mais il nous semble qu'il faut entendre par là, puisqu'il s'agit du fonctionnement et de l'organisation du service, « dans le cadre de la réglementation applicable », ce qui inclut également à notre sens les clauses réglementaires du cahier des charges, dont nous avons dit qu'elles n'ont de contractuelle que la forme.

Qu'en est-il ensuite des **relations entre les parties** ?

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.

Nous pensons qu'elles sont chacune codébitrices d'une obligation de conclure un contrat. Cela résulte d'abord de la lettre de la loi, puisque, s'agissant d'Enedis, le 3° de l'article L. 322-8 du code de l'énergie énonce que le « *gestionnaire de réseau de distribution d'électricité est, dans sa zone de desserte exclusive, notamment chargé (...) / 3° De conclure et de gérer les contrats de concession* » et, s'agissant des collectivités, l'article L. 2224-31 CGCT prévoit pareillement que : « (...) *Les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité et de gaz (...) négocient et concluent les contrats de concession (...)* ». Plus généralement, c'est l'esprit même du système qui requiert que les deux parties s'entendent puisque, par définition, le service doit être concédé mais qu'il ne peut être concédé à personne d'autre qu'au gestionnaire désigné par la loi...

Votre avis pourrait donc utilement rappeler l'existence d'une telle obligation.

Il est vrai que le contrôle et l'éventuelle sanction de cette obligation n'iront pas sans poser de nouvelles délicates questions, en l'absence de tout texte régissant les modalités de règlement d'un différend sur ce point.

Nous n'avons pas beaucoup de doutes quant au fait qu'un litige sur ce point relèverait de la compétence du juge administratif dans la lignée de la jurisprudence du Tribunal des conflits qui a déjà jugé qu'« un litige ayant pour objet la responsabilité d'une entreprise en raison de son refus de conclure, après négociations, un marché public négocié, relève de la compétence de la juridiction de l'ordre administratif (TC 23 mai 2005, *Département de la Savoie*, n° 3450, A).

Le terrain indemnitaire pourrait de fait assez aisément se prêter à des demandes de réparation fondées sur la mauvaise foi dans la conduite des négociations, dans la veine de votre jurisprudence relative à la rupture de pourparlers.

Nous sommes en revanche plus circonspect quant aux autres outils dont vous disposeriez vis-à-vis de chacune des parties en cas de manquement à son obligation de négocier, en particulier vis-à-vis d'une personne de droit privé comme Enedis.

Vous aviez, certes, déjà admis la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre une décision de refus de signer un contrat administratif émanant d'EDF (Section 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, n° 82338, p. 48), mais c'est parce qu'il s'agissait alors d'une personne de droit public : cela nous semble plus difficile à imaginer vis-à-vis d'une personne morale de droit privé, fût-elle chargée d'une mission de service public.

De même, la question de savoir si vous pourriez faire usage de vos pouvoirs d'injonction en pareille matière est inédite et nous observons que le juge judiciaire se refuse à enjoinde à une

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.

personne de conclure un contrat, même lorsque ce refus traduit une pratique anti-concurrentielle (Cass., ch. com., 24 octobre 2000, n° 98-14.382, Bull. IV).

Il est vrai, à l'inverse, que vous avez, pour votre part, déjà réalisé un saut conceptuel en admettant la possibilité de former un recours en reprise des relations contractuelles lorsque le contrat a été résilié (jurisprudence « *Béziers II* »), ce qui, somme toute, ne s'éloigne pas tant de l'hypothèse où il vient à expirer, *a fortiori* dans le cas très particulier où le nouveau contrat ne peut lui-même être conclu qu'entre les deux mêmes parties...

Il ne vous appartient cependant pas de trancher ces dernières questions dans le cadre de la présente demande d'avis mais il nous paraissait utile de vous le signaler pour nourrir vos réflexions présentes ou à venir.

7. Vous le voyez, l'avis que vous rendrez ne résoudra pas toutes les questions que continue de poser le régime concessif de la distribution publique d'électricité, qui est fortement marqué par le poids de l'histoire et dont il faut bien admettre qu'il est sans doute assez largement inadapté aux évolutions institutionnelles et économiques qui ont touché tant les autorités concédantes que les opérateurs. La doctrine dénonce d'ailleurs régulièrement le caractère « fictif » de ce régime, et depuis longtemps du reste, puisque le doyen Auby critiquait par exemple déjà, en 1949, le statut du « concessionnaire obligé »⁸...

Notre conviction, au terme de l'examen de la présente demande d'avis est, au vu des incidences de ce sujet en matière de régulation économique et de concurrence, de libre administration des collectivités territoriales et de droit des contrats, le tout dans un cadre fortement contraint par le droit de l'Union, qu'**il n'appartient sans doute qu'au législateur de démêler l'écheveau** et d'apporter les aménagements nécessaires à un système dont il faut avouer que la cohérence et la lisibilité ne sont pas les qualités premières.

EPCMNC à ce que vous répondiez au tribunal dans le sens des observations qui précèdent.

⁸ J-M. Auby, *La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946* - CJEG 1949, p. 2.