

7^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 9 novembre 2023
Lecture du 24 novembre 2023

CONCLUSIONS

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

1. Les deux pourvois qui viennent d'être appelés constituent le « match retour » du contentieux qui oppose l'Etat et la société Enedis au Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour les énergies et les réseaux de communication (SIPPEREC), quant à la possibilité de modifier unilatéralement un contrat pour en corriger une clause illicite.

Par votre décision n° 464619 du 8 mars dernier, qui sera mentionnée aux Tables, vos chambres réunies ont admis cette possibilité. Vous avez en conséquence censuré l'ordonnance du juge des référés de la CAA de Paris qui avait refusé cette faculté au syndicat mixte qui, pour sa part, entendait supprimer, dans les trois conventions par lesquelles il a concédé à Enedis le service de distribution d'électricité sur différentes parties du territoire francilien, des **clauses d'indemnisation en cas de retour anticipé des biens de retour**, dont il estime, à la suite d'un contentieux concernant un contrat similaire liant Enedis à la Métropole de Nancy¹, qu'elles méconnaissent votre jurisprudence d'Assemblée 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, p. 477.

Statuant sur renvoi, le JRCAA a cette fois annulé l'ordonnance du premier juge et rejeté la demande de suspension du préfet. Il a estimé qu'il n'y avait pas de doute sérieux quant au fait que les conditions posées par votre décision *Sipperec* pour modifier unilatéralement les clauses litigieuses étaient remplies.

¹ Voir, statuant sur renvoi de votre part : CAA Nancy, 8 décembre 2020, n° 20NC00843

C'est ce que contestent à présent le ministre de l'intérieur et la société Enedis, dont les pourvois contre l'ordonnance rendue le 17 avril 2023 nous paraissent cependant voués au rejet.

2. Un premier moyen, commun aux deux pourvois, touche d'abord à la condition d'**illicéité des clauses litigieuses** ayant fait l'objet d'une modification : il soutient que le JRCAA a entaché son ordonnance d'insuffisance de motivation, d'erreur de droit et de dénaturation en estimant que le moyen tiré de l'absence d'illégalité des clauses modifiées unilatéralement ne paraissait pas propre à créer un doute sérieux quant à la légalité des délibérations attaquées.

Toutefois, les pourvois se bornent à soutenir que les clauses en question n'étaient pas strictement identiques à celles que la cour administrative d'appel de Nancy a jugées illégales par son arrêt du 8 décembre 2020. C'est certes vrai puisque, sans rentrer outre mesure dans les détails, il apparaît que les mécanismes de plafonnement de l'indemnité prévue en cas de retour anticipé sont différents entre les deux contrats mais, pour être exact, il nous semble que cette différence joue plutôt en défaveur des contrats franciliens puisque nous comprenons de la clause modifiée par le SIPPEREC qu'elle aurait conduit au versement d'une indemnité dont le montant, qui n'était pas diminué par les reversements du concessionnaire, serait nécessairement supérieur à celle prévue dans le contrat nancéen, qui prévoyait pour sa part ces reversements...

En tout état de cause, il est certain que les éléments produits par les requérants devant le juge des référés ne démontreraient pas que la mise en œuvre de la clause litigieuse initiale n'aurait pas eu pour effet d'indemniser la part non amortie des biens de retour à un montant supérieur à la valeur nette comptable (VNC) des ouvrages de la concession en fin de contrat, ce qui trahit son illégalité au regard de votre jurisprudence *Commune de Douai*.

Vous ne pourrez donc qu'écarter le premier moyen.

Nous nous permettrons simplement un *obiter dictum* à ce stade en vous indiquant que la modification opérée par le SIPPEREC semble réduire l'indemnisation en-deçà de ce qui serait nécessaire pour respecter la jurisprudence *Commune de Douai*, puisque, si notre lecture est correcte, le solde des provisions pour renouvellement des ouvrages sera déduit de la VNC.

Toutefois, vous n'aurez pas, au vu des écritures des parties, à trancher l'intéressante question sous-jacente à cette manière de procéder, qui serait de déterminer l'office exact du juge

saisi d'une modification unilatérale excessive du contrat : devrait-il, dans ce cas, l'annuler en totalité ou seulement en tant que la modification excède ce qui est nécessaire pour rétablir la licéité de la clause ? La réponse n'est pas complètement évidente mais elle attendra un prochain contentieux...

3. Le deuxième moyen a trait à la seconde condition posée par votre jurisprudence, qui est celle de la **divisibilité de la clause**. Il est en effet soutenu que le juge des référés a commis une erreur de droit et dénaturé les faits en retenant que les clauses d'indemnité de fin de contrat étaient divisibles des autres clauses des concessions.

Votre jurisprudence n'a jamais systématisé les critères qui conduisent à déterminer si une clause est divisible, ou pas, du reste du contrat mais il nous semble qu'elle repose assez largement sur la conjonction de deux appréciations : d'une part, sur un critère subjectif tenant au caractère déterminant de la clause dans la conclusion du contrat et, d'autre part, sur un critère objectif tenant au poids de la clause dans l'économie générale du contrat ou à son impact sur son équilibre².

Or, sous ces deux angles, nous peinons à voir en quoi le juge des référés aurait erré.

En effet, en l'espèce, la clause fixant le calcul de l'indemnité pour non-amortissement des biens de retour en cas de résiliation anticipée de la convention nous paraît bien être divisible.

C'est vrai sur le plan subjectif, puisqu'il est douteux que les parties auraient refusé de s'engager alors que, de toute façon, c'est une règle d'ordre public qui détermine le plafond de l'indemnisation des biens de retour (cf. en ce sens, votre décision CE 16 mai 2022, *Commune de Nîmes*, n° 459904, A) et qu'au surplus, le régime législatif particulier des concessions de distribution d'électricité rend obligatoire leur attribution à Enedis, qui est titulaire d'un droit exclusif. Du reste, ces concessions étant légalement obligatoires, l'éventualité d'une résiliation anticipée reste hautement théorique, de sorte que la clause litigieuse nous semble avoir, en pratique, une portée assez limitée.

C'est vrai également du point de vue du critère objectif puisqu'une telle clause n'affecte pas l'objet-même du contrat, dès lors qu'elle ne porte que sur un effet de sa résiliation anticipée.

² Voir sur ce point, notamment, les éclairantes conclusions de D. Casas sous CE 29 décembre 2004, *SOCCRAM*, n° 239681, T. p. 762

Vous observerez, d'ailleurs, que les clauses relatives aux conditions d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation des contrats de concession par le juge sont considérées comme divisibles du contrat par l'article L. 3136-9 du CCP, qui consacre ainsi la pratique des « accords autonomes ».

Dans ces conditions, le moyen ne pourra qu'être écarté.

4. Enfin, il est soutenu par Enedis que la décision de modification unilatérale du contrat méconnaîtrait le **principe de loyauté des relations contractuelles** et que le juge des référés a lui-même commis une erreur de droit en ne l'admettant pas.

Mais, dès lors que vous avez admis le principe d'une telle modification unilatérale pour un motif tenant à l'illégalité du contrat, un tel moyen nous semble inopérant au stade de la mise en œuvre de ce pouvoir de modification unilatérale. Votre décision *Sipperec* ne fait d'ailleurs référence au principe de loyauté des relations contractuelles que pour ce qui concerne l'hypothèse d'une clause indivisible affectée d'une irrégularité d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, auquel cas vous appliquez les principes retenus dans l'hypothèse d'une résiliation unilatérale (cf. CE 10 juillet 2020, *Société Comptoir Négoce Équipements*, n° 430864, p. 281). Par *a contrario*, ce principe ne trouve pas à jouer dans le droit commun de la modification unilatérale.

En outre, en l'espèce, il ressort des délibérations contestées que le SIPPAREC n'avait décidé de procéder unilatéralement à la modification du cahier des charges des trois conventions qu'en cas de refus persistant des concessionnaires de signer lesdits avenants dans un délai de deux mois.

Le moyen serait donc dépourvu de fondement s'il était opérant. Vous ne pourrez donc que l'écarter.

Et par ces motifs, nous concluons :

- au rejet des pourvois ;
- à ce que l'Etat et la société Enedis versent chacun au SIPPAREC une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par Enedis au titre des mêmes dispositions.