

N° 17NC01597

M. LE MONNIER et autres

M. Eric Kolbert
Président

M. Olivier Di Candia
Rapporteur

M. Jean-Jacques Louis
Rapporteur public

Audience du 25 septembre 2018
Lecture du 16 octobre 2018

39-08-01-03

C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La cour administrative d'appel de Nancy

(4^{ème} chambre)

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

M. Noël Le Monnier, M. Yves Cassuto, M. Michel Mietkiewicz, M. Christophe Pierre et M. Gabriel Pelte ont demandé au tribunal administratif de Nancy :

1°) d'annuler ou de résilier l'avenant n° 1 au contrat de concession pour le service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution d'électricité et de fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés de vente que la communauté urbaine du Grand Nancy (CUGN) a signé le 18 avril 2011 avec les sociétés EDF et ERDF ;

2°) subsidiairement, d'annuler l'article 1^{er} de cet avenant et la délibération n° 27 du conseil communautaire du 14 novembre 2014 et d'enjoindre à la communauté urbaine du Grand Nancy de résilier l'avenant litigieux ou de saisir le juge du contrat pour qu'il en constate la nullité ;

3°) d'annuler les décisions du 16 mars 2015 ayant rejeté leurs recours gracieux ;

Par un jugement n° 1501422 du 2 mai 2017, le tribunal administratif de Nancy a rejeté leurs demandes.

Procédure devant la cour :

Par une requête enregistrée le 3 juillet 2017, et des mémoires complémentaires, enregistrés le 28 août et le 10 septembre 2018, M. Le Monnier, M. Cassuto, M. Mietkiewicz, M. Pierre et M. Pelte, représentés par la SCP Lussan, demandent à la cour :

1°) d'annuler le jugement du tribunal administratif de Nancy du 2 mai 2017 en tant qu'il a rejeté leur demande tendant à la contestation de validité de l'avenant n° 1 au contrat de concession de la communauté urbaine du Grand Nancy pour le service public de la distribution d'énergie électrique ;

2°) d'annuler ledit avenant au contrat de concession ;

3°) de mettre à la charge de la Métropole du Grand Nancy une somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- c'est à tort que les premiers juges ont estimé qu'ils ne se prévalaient pas d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par l'avenant en litige dès lors que les clauses contenues dans les articles 1^{er} et 2 de l'avenant ont pour objet d'affecter le fonctionnement du service public et ont une incidence directe sur les usagers du service public dont ils font partie ;

- en outre, ces mêmes clauses sont susceptibles d'avoir des répercussions significatives sur les finances de la Métropole du Grand Nancy ;

- la correcte exécution de l'arrêt rendu par la cour sur leur appel leur donne un intérêt suffisamment direct et certain ;

- l'interprétation des premiers juges revient à fermer la voie du recours en contestation de la validité d'un contrat de concession pour le service public de l'électricité à un contribuable local et à un usager de ce service public alors qu'ils étaient auparavant recevables à agir contre les actes détachables des contrats ;

- une telle interprétation serait contraire à l'esprit de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui est d'élargir la possibilité de saisine du juge du contrat ;

- l'intérêt lésé des requérants doit être apprécié eu égard aux spécificités des contrats de concession de distribution d'énergie électrique ;

- l'avenant a pour effet d'affecter le fonctionnement du service public de la distribution et de la fourniture d'électricité dès lors que la continuité du service public est remise en cause par les articles 2, 19 et 31 du cahier des charges de la concession ;

- les clauses de l'avenant relatives à la propriété des compteurs Linky et à la réévaluation des financements Enedis auront de manière suffisamment certaine des répercussions significatives sur les finances de la Métropole du Grand Nancy ;

- la clause relative à l'indemnisation du concessionnaire au terme du contrat aura également de telles répercussions financières pour la Métropole du Grand Nancy et les usagers du service public en ce qu'elle crée les conditions d'une dette à la fois illégale et certaine.

Par un mémoire en défense, enregistré le 11 octobre 2017, la société EDF, représentée par la SCP Baker et Mc Kenzie, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de MM. Le Monnier, Cassuto, Mietkiewicz, Pierre et Pelte le versement d'une somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les requérants, qui se prévalent de leur qualité d'usagers du service public, n'établissent pas que cet avenant a pour effet d'affecter l'organisation ou le fonctionnement du service public de la distribution et de la fourniture d'électricité ou d'accroître les tarifs payés par les usagers ;
- elle s'en remet aux écritures de la Métropole du Grand Nancy et de la société Enedis.

Par un mémoire en défense, enregistré le 26 mars 2018, la Métropole du Grand Nancy, venant aux droits de la communauté urbaine du Grand Nancy, représentée par Me Cabanes, de la SELARL Cabinet Cabanes-Cabanes Neveu Associés, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 1 000 euros soit mise à la charge de MM. Le Monnier, Cassuto, Mietkiewicz, Pierre et Pelte sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- contrairement à ce que soutiennent les requérants, la jurisprudence issue de la décision du Conseil d'Etat « Département de Tarn-et-Garonne » n'a pas eu pour objet de rendre plus facile la remise en cause des relations contractuelles par les tiers, de sorte que l'appréciation de l'intérêt lésé a été renforcée ;
- la seule qualité d'utilisateur du service public ne suffit pas à conférer un intérêt à agir suffisant dès lors qu'il lui appartient d'établir que l'organisation et le fonctionnement du service lui-même est en cause ou à défaut, que l'acte attaqué a lésé ses intérêts financiers en augmentant notamment les tarifs ;
- contrairement à ce que soutiennent les requérants, les dispositifs exclus du périmètre de la concession ne correspondent pas nécessairement aux différentes composantes du système Linky, dès lors que l'article 1^{er} de l'avenant vise des prototypes et des dispositifs qui n'existaient pas nécessairement à la date de signature du contrat, à la différence du système Linky qui est visé par le cahier des charges initial ;
- en tout état de cause, les biens affectés concurremment à plusieurs concessions, ne peuvent être la propriété des autorités concédantes et le système Linky ne pourrait recevoir la qualification de biens de retour ;
- les requérants ne donnent pas d'explication sur l'impact des stipulations en litige sur le fonctionnement et l'organisation du service ;
- la définition de la propriété des biens ne servant qu'à apprécier le coût de rachat des biens en fin de concession, son impact sur l'organisation, le fonctionnement voire les tarifs du service ne peut qu'être hypothétique ;
- l'article 31 du cahier des charges ne peut avoir de répercussion sur le fonctionnement du service ;
- les requérants ne démontrent pas davantage son impact sur le budget métropolitain ;
- c'est à bon droit que les premiers juges ont rejeté la demande des requérants tendant à obtenir l'annulation de l'article 1^{er} de l'avenant en litige, celui-ci ne constituant pas une clause réglementaire.

Par un mémoire en défense, enregistré le 29 août 2018, la société Enedis, représentée par Me Scanvic, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 1 500 euros soit mise à la charge des requérants sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les requérants ne démontrent pas qu'ils sont susceptibles d'être lésés de façon suffisamment directe et certaine par les clauses du contrat ;
- contrairement à ce que soutiennent les requérants, l'avenant n'a pas de conséquences sur l'organisation et le fonctionnement du service ;
- la qualité de contribuable local ne leur donne pas davantage d'intérêt pour agir ;
- les équipements visés par l'avenant ne peuvent, à la différence des compteurs, être considérés comme faisant partie du réseau et être regardés à ce titre comme des biens de retour en application de la loi ;
- les moyens relatifs au calcul de l'indemnité doivent être écartés.

Par ordonnance du 30 août 2018, la clôture d'instruction, initialement fixée au 1^{er} septembre 2018, a été reportée au 10 septembre 2018 à 12h00.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de l'énergie ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Di Candia, premier conseiller,
- les conclusions de M. Louis, rapporteur public,
- et les observations de Me Job, de la SCP Lussan, pour MM. Le Monnier et autres, de Me Joly, de la SELARL Cabinet Cabanes-Cabanes Neveu Associés, pour la Métropole du Grand Nancy, et de Me Scanvic, pour la société Enedis.

Considérant ce qui suit :

1. Par délibération du 15 avril 2011, le conseil de la communauté urbaine du Grand Nancy (CUGN), devenue la Métropole du Grand Nancy, a autorisé son président à signer avec les sociétés ERDF, devenue Enedis, et EDF, un contrat de concession du service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution et de fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés. Le contrat de concession ainsi approuvé a été signé le 18 avril 2011. Par un arrêt du 12 mai 2014, la cour administrative d'appel de Nancy a annulé cette délibération ainsi que la décision du président de la CUGN de signer cette convention en tant seulement que figuraient à son cahier des charges les articles 2 et 19 relatifs à la propriété des compteurs, et l'article 31 concernant la réévaluation de l'indemnité de fin de contrat en cas de résiliation anticipée, qui comportaient des clauses illégales. Tirant les conséquences de cet arrêt, la CUGN a, le 25 février 2015, signé avec les sociétés EDF et ERDF un avenant n° 1 modifiant les clauses des articles 2, 19 et 31 du contrat, le 25 février 2015. M. Le Monnier et autres relèvent appel du jugement du tribunal administratif de Nancy du

2 mai 2017 en tant que celui-ci a notamment rejeté leur demande tendant à l'annulation de cet avenant.

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat. Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. La légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat de vérifier que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine.

3. En premier lieu, la qualité de partie à une instance contentieuse ayant donné lieu à une décision juridictionnelle, à la suite de laquelle sont intervenues, indépendamment de son exécution, de nouvelles décisions administratives, ne confère pas en elle-même un intérêt pour agir à l'encontre de ces nouvelles décisions.

4. En deuxième lieu, les usagers du service public de distribution d'électricité n'ont, en cette seule qualité, intérêt à contester un avenant conclu par la personne publique responsable du service que si celui-ci emporte des effets sur l'organisation ou le fonctionnement de ce service public.

5. Il résulte de l'instruction que l'article 1^{er} de l'avenant en litige a pour objet de modifier les articles 2 et 19 du cahier des charges afin d'intégrer dans la liste des ouvrages concédés les dispositifs de comptage créés par le décret n° 2010-1022 du 31 août 2010, communément appelés « compteurs Linky ». L'article 2 de cet avenant a, quant à lui, pour objet de modifier l'article 31 B du cahier des charges afin de calculer l'indemnisation du concessionnaire en fin de contrat à partir de la différence entre le montant non amorti de sa participation au financement des ouvrages de la concession, réévaluée par référence au taux moyen de rendement des emprunts obligatoires calculé par l'INSEE. De telles clauses, qui ont trait, d'une part, au périmètre des ouvrages concédés, d'autre part, aux obligations financières entre les parties en fin de contrat, n'emportent par elles-mêmes aucun effet sur l'organisation et le fonctionnement du service public de la distribution et de la fourniture d'électricité. Elles demeurent également, sans incidence par elles-mêmes sur le tarif de l'électricité payé par les usagers, lequel est déterminé au niveau national par une décision de la

commission de régulation de l'énergie, Dès lors, en leur qualité d'usagers du service public, les requérants ne peuvent se prévaloir d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par l'avenant en litige.

6. En dernier lieu, l'article 2 du cahier des charges dans sa version modifiée par l'avenant en litige exclut des ouvrages concédés les dispositifs de suivi intelligent, de contrôle, de coordination et de stockage de flux électriques, d'injection et de soutirage, qui viendraient à être installés par le concessionnaire sur le réseau concédé pendant la durée du contrat de concession. Contrairement à ce que soutiennent les requérants, les « compteurs Linky », désormais intégrés dans la liste des ouvrages concédés, ne sont pas au nombre des ouvrages dont la concession est exclue par ces stipulations. Dès lors, eu égard au caractère aléatoire que revêt le déploiement d'autres dispositifs, il ne résulte pas de l'instruction qu'une telle clause affectera de façon significative les finances ou le patrimoine de la Métropole du Grand Nancy. De même, eu égard au caractère incertain d'une rupture anticipée du contrat, compte tenu des dispositions de l'article L. 111-52 du code de l'énergie qui déterminent les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité, et à la durée de la convention, l'éventualité que l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article 31 B du cahier des charges puisse excéder le montant réel du préjudice réellement subi par le concessionnaire à l'issue du contrat, est trop hypothétique pour suffire à établir que les finances ou le patrimoine de la CUGN s'en trouveraient affectés de façon significative.

7. Il résulte de tout ce qui précède que MM. Le Monnier, Cassuto, Mietkiewicz, Pierre et Pelte ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nancy a rejeté comme irrecevables leurs demandes tendant à l'annulation de l'avenant n° 1 modifiant les clauses des articles 2, 19 et 31 du contrat dans le cadre d'un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses.

8. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la Métropole du Grand Nancy, qui n'est pas, dans la présente instance, partie perdante, le versement de la somme que MM. Le Monnier, Cassuto, Mietkiewicz, Pierre et Pelte demandent au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de MM. Le Monnier, Cassuto, Mietkiewicz, Pierre et Pelte les sommes que les sociétés EDF et Enedis et la Métropole du Grand Nancy demandent sur le fondement des mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête de M. Le Monnier, de M. Cassuto, de M. Mietkiewicz, de M. Pierre et de M. Pelte est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par les sociétés EDF et Enedis et par la Métropole du Grand Nancy sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à M. Noël Le Monnier, à M. Yves Cassuto, à M. Michel Mietkiewicz, à M. Christophe Pierre et à M. Gabriel Pelte, à la Métropole du Grand Nancy, à la société EDF et à la société Enedis.