

Tribunal des Conflits
n° 3843
Conflit positif

Société Baryflor
c/ Electricité de France

Séance du 30 janvier 2011

Rapporteur : Mme Sylvie Hubac
Commissaire du gouvernement : M. Jean-Dominique Sarcelet

Conclusions du commissaire du gouvernement

La société Baryflor a entrepris la réalisation à Marignane de la construction d'une plateforme logistique intégrant en toiture la plus grande installation de production d'électricité photovoltaïque de la région Provence Alpes Côte d'Azur. Se fondant sur les dispositions de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, elle a adressé le 22 décembre 2009, à la société EDF, une demande de contrat d'achat de l'électricité produite.

L'instruction de cette demande a donné lieu à une proposition technique et financière de la part de la société ERDF, qui a été acceptée le 24 février 2010 avec paiement d'un premier acompte. Un contrat d'accès au réseau public de distribution d'électricité en injection HTA était signé entre la société Baryflor et ERDF, prenant effet à la date de mise en service de l'installation de production. Ce contrat était suivi, le 7 octobre 2010, de la signature d'une convention d'exploitation pour un site de production raccordé au réseau public de distribution HTA.

La mise en service de l'installation intervenait le 16 décembre 2010, cependant qu'un litige opposait les contractants concernant le tarif applicable au rachat d'électricité, celui-ci fixé par un arrêté du 10 juillet 2006 ayant été réduit de près d'un tiers par un arrêté du 12 janvier 2010 pour les équipements éligibles à une prime d'intégration au bâti.

C'est dans ces conditions que la société Baryflor a fait assigner la société EDF devant le tribunal de commerce d'Aix-en-Provence, par acte du 21 février 2011, pour voir dire et juger que le contrat de vente d'électricité avait été formé à la date du 22 décembre 2009, le tarif de rachat étant fixé conformément à l'arrêté du 10 juillet 2006, et voir condamner la société EDF à s'acquitter des factures en cours.

Le préfet des Bouches du Rhône a transmis, le 31 mars 2011, un déclinatoire de compétence sollicitant l'application des dispositions de l'article 88 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, modifiant l'article 10 de la loi du 10

février 2000 par l'insertion d'un alinéa ainsi rédigé : «*Les contrats régis par le présent article sont des contrats administratifs qui ne sont conclus et qui n'engagent les parties qu'à compter de leur signature. Le présent alinéa a un caractère interprétatif*».

Par un jugement du 26 juillet 2011, le tribunal de commerce d'Aix-en-Provence a rejeté ce déclinatoire de compétence et, passant outre les conclusions du procureur de la République l'invitant à surseoir à statuer, s'est déclaré compétent pour trancher le litige, statuant au fond.

Par courrier du 27 juillet reçu le 28 juillet, le préfet a été tenu informé de cette décision et des conclusions du procureur de la République. Par un arrêté de conflit du 9 août, reçu au greffe du tribunal de commerce le 10 août 2011, le préfet des Bouches du Rhône a élevé le conflit. Le conflit a ainsi été élevé dans les délais prévus par l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 sur les conflits d'attribution.

Des observations ont été transmises par la société Baryflor au procureur de la République près le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence, conformément aux dispositions de l'article 13 de cette ordonnance. Elles soutiennent l'inapplicabilité de la loi du 12 juillet 2010 dans la présente procédure. D'autres observations ont été produites par la même société devant votre Tribunal tendant aussi à ce que soit rejetée la demande d'annulation du jugement.

Par ailleurs, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a produit des observations tendant à la confirmation de l'arrêté de conflit, les dispositions de l'article 88 de la loi du 12 juillet 2010 devant trouver à s'appliquer. La société EDF a fait de même, vous invitant à déclarer nul et non avenu le jugement qui statue au fond par la même décision que celle qui écarte le déclinatoire de compétence.

Vous constaterez, en effet, qu'aux termes de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, le conflit peut être élevé, alors même que la juridiction aurait, avant l'expiration du délai de quinzaine laissé au préfet à cette fin, passé outre au jugement au fond, et que ces dispositions sont d'ordre public.

Vous en avez déduit que la décision de la juridiction qui statue au fond par la même décision que celle qui écarte le déclinatoire de compétence doit être déclarée nulle et non avenue en ce qu'elle statue au fond (en ce sens, TC 9 juillet 1953, *Consorts Simon et autres*, n° 1433, 28 avril 1980, *S.C.I.F. « Résidence des Perriers »*, n° 2160, 4 juillet 1991, *Mme Pillard*, n° 2670, et pour un exemple récent, TC 6 juin 2011, *Préfet de l'Aude M. Claret c/ Association syndicale autorisée de l'ancien étang de Marseillette*, n° 3814).

Les règles de la procédure équitable et la prise en compte de l'exigence de délai raisonnable pour le jugement des affaires ne nous paraissent pas permettre la remise en cause de cette jurisprudence qui précisément répond à l'exigence d'un procès équitable au regard des conflits d'attribution entre les juridictions des deux ordres.

En effet, l'article 78 du code de procédure civile, qui ne permet d'attaquer que par la voie d'appel le jugement par lequel le juge se déclare compétent et statue sur le fond du litige, pourrait conduire, à défaut d'annulation du jugement, à priver l'une des parties d'un degré de

juridiction, alors même que le conflit d'attribution constitue une question préalable à l'examen au fond du litige.

La question de compétence est dans le droit fil de celle dont vous avez eu à connaître dans votre décision *Société Green Yellow* (TC 13 décembre 2010, *Société Green Yellow et autres c/ Electricité de France*, n° 3800) où 28 sociétés en nom collectif produisant de l'énergie électrique photovoltaïque avaient assigné la société EDF, sur le fondement de l'obligation d'achat instaurée par la loi du 10 février 2000, pour qu'il soit donné suite à leurs demandes de contrats d'achat d'électricité et que soit appliqué aux contrats ainsi formés le tarif fixé par l'arrêté du 10 juillet 2006.

Vous avez ainsi énoncé que la modification apportée par l'article 88 de la loi N° 2010-788 du 12 juillet 2010 à l'article 10 de la loi du 10 février 2000 « *ne se borne pas à reconnaître, sans innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite aurait rendu susceptible de controverses mais change, rétroactivement, la nature des contrats en cause et, partant, la juridiction compétente pour en connaître* »

Appréciant la portée de dispositions rétroactives au regard de nos engagements internationaux, vous avez précisé que, « *si la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction est, en principe, par elle-même, sans incidence sur le droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, les stipulations de cet article s'opposent, sauf d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges, quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même si l'Etat n'est pas partie au procès, notamment par l'adoption d'une disposition législative conférant une portée rétroactive à la qualification en contrats administratifs de contrats relevant du droit privé* ».

Et constatant que « *la qualification de contrats administratifs conférée par la loi du 12 juillet 2010 aux contrats conclus entre la société EDF et les producteurs autonomes d'électricité, avec une portée rétroactive, alors qu'un litige était en cours entre eux, n'est justifiée par aucun motif impérieux d'intérêt général* » et que « *les demandes d'achat d'électricité présentées par les sociétés productrices d'électricité à la société anonyme EDF, tenue de conclure les contrats d'achat correspondants* » ne pouvaient « *conduire qu'à instaurer entre ces personnes de droit privé des relations contractuelles de droit privé* », vous en avez déduit la compétence de la juridiction judiciaire.

Allant au-delà de cette décision, le tribunal de commerce d'Aix-en-Provence a considéré que « *la rétroactivité d'une loi ne peut s'appliquer que si celle-ci est interprétative ou lorsqu'un litige existant avant sa promulgation peut justifier d'un motif impérieux d'intérêt général* ». Or vous n'avez dénié le caractère interprétatif de cette disposition nouvelle que sur le fondement d'une absence d'impérieux motifs d'intérêt général justifiant l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice.

C'est en cela seulement que vous vous êtes écarté des conclusions du commissaire du gouvernement qui considérait le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 6 §1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme inopérant. En effet, comme Mattias Guyomar vous le précisait, « *en attribuant explicitement un caractère interprétatif*

aux dispositions précitées, le législateur a nécessairement entendu leur conférer une portée rétroactive ».

Et c'est ce qui vous a conduit à cantonner votre constat d'une portée rétroactive contestable de la loi du 12 juillet 2010, en l'absence d'un motif impérieux d'intérêt général, à l'hypothèse de l'espèce où un litige était en cours entre la société EDF et les producteurs autonomes d'électricité. La question posée par la présente affaire est donc celle de savoir si le litige était en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi du 12 juillet 2010.

L'arrêté de conflit rappelle, qu'en présence d'une assignation devant le tribunal de commerce délivrée le 17 février 2011, le litige entre les parties est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 12 juillet 2010. Et il cite, à titre d'illustrations, plusieurs décisions de juridictions consulaires ayant décliné leur compétence au profit du juge administratif après avoir constaté que le litige, né de la délivrance de l'exploit introductif d'instance les saisissant, n'était pas en cours antérieurement à la promulgation de la loi du 12 juillet 2010.

Pour preuve du bien-fondé de cette jurisprudence, il vous a été produit d'initiative la justification de la saisine d'une juridiction administrative sur la requête d'un producteur d'électricité photovoltaïque, qui s'est vu opposer une déclaration d'incompétence de la juridiction consulaire devant laquelle il avait préalablement assigné la société EDF.

Si, antérieurement à la loi du 12 juillet 2010, les contrats conclus entre la société EDF et les producteurs d'électricité, dans les conditions prévues par la loi du 10 février 2000, étaient des contrats de droit privé (en ce sens, CE 1^{er} juillet 2010, *Société Bioenerg*, n° 333275), il ne peut être soutenu, en présence d'une disposition nouvelle interprétative de cette loi, que les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle ne peuvent être régis que par les dispositions sous l'empire desquelles ils ont été passés.

Il importe donc peu, au regard de la question de compétence, de savoir si le contrat litigieux a été conclu le 22 décembre 2009, soit lors du dépôt de la demande de la société Baryflor. Seule la préexistence d'un litige serait de nature à influencer sur la juridiction compétente. C'est pour cela que la société Baryflor soutient que le litige, qui ne peut être confondu avec le procès, serait né le 28 avril 2010, lorsque l'application des tarifs prévus par l'arrêté du 10 juillet 2006 a été revendiquée.

Cette affirmation sémantique fait fi de la notion de litige au sens de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde. Le droit au procès équitable ne concerne le litige qu'en ce qu'un tribunal en est saisi. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle, en effet, que « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de régler en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige* » (CEDH 9 décembre 1994, *Aff. Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, n° 301-B, § 49, 27 mai 2004, *Aff. Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche de Castille et autres c. France*, n° 42219/98 et 54563/00, § 61).

Pour qu'il puisse y avoir ingérence dans l'administration de la justice, il convient que le litige soit caractérisé par l'introduction d'un recours devant une juridiction, ce qui en constitue alors, au sens de la Convention de sauvegarde, le point de départ. Il ne pourrait en aller différemment que si une phase précontentieuse constituait une condition *sine qua non* du déclenchement de la phase judiciaire (en ce sens, CEDH 27 mai 2004, précité, § 62). Tel n'est pas le cas.

Cette interprétation est partagée par les juridictions nationales. C'est ainsi que le Conseil d'Etat énonce que la méconnaissance des stipulations du §1 de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peut être invoquée que par ceux qui, « *à la date d'entrée en vigueur des dispositions litigieuses, avaient [...] engagé une action contentieuse* » (CE Ass., avis 27 mai 2005, *Provin*, n° 277975).

Et la Cour de cassation retient le caractère rétroactif d'une loi qui répond à d'impérieux motifs d'intérêt général dès lors qu'elle valide des opérations « *mettant ainsi fin à des litiges introduits* » (Cass. Soc. 2 avril 2003, pourvoi n° 01-40.422, 28 janvier 2005, pourvoi n° 02-46.378).

Ce n'est donc pas l'existence du litige, mais son introduction devant une instance contentieuse ou précontentieuse, si ce préalable est exigé, qui permet de déterminer la date à partir de laquelle la disposition interprétative, dont l'application immédiate ne peut pas être contestée, bénéficie d'un effet rétroactif sur le fondement d'impérieux motifs d'intérêt général.

Vous n'aurez, en conséquence, aucune difficulté à retenir que le litige, introduit devant le tribunal de commerce d'Aix-en-Provence par l'acte d'assignation du 21 février 2011, n'était pas en cours à la date d'entrée en vigueur de la disposition interprétative modifiant l'article 10 de la loi du 10 février 2000.

La question de conventionalité qui pourrait naître de la promulgation de ce texte, en contemplation de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la convention européenne des droits de l'homme, ne devrait pas davantage retenir votre attention. En distinguant la privation de la propriété de l'usage des biens, cet article invite à préciser l'ingérence contestée sur le fondement de laquelle le contrôle de conventionalité doit être opéré.

Il ne s'agit pas de la perte d'un droit, la réalité des contrats n'étant pas remise en cause en l'espèce et la détermination du tarif applicable ne ressortissant pas au conflit de compétence dont votre Tribunal est saisi. Il ne s'agit que d'une mesure réglementant l'usage d'un droit au regard d'un contrat dont la réalité n'est pas contestée.

La qualification de contrat administratif soumet ce contrat à un régime juridique distinct mais n'est pas par elle-même source de perte de droits. Par suite, il convient seulement de s'assurer que l'ingérence poursuit un but légitime d'intérêt général.

Pour ce qui est des ingérences relevant du second alinéa de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, la Cour européenne des droits de l'homme exige l'existence d'un rapport raisonnable de

proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (CEDH 28 septembre 2004, *Kopecky c/ Slovaquie*, n° 44912/98, et pour un exemple plus récent, 29 mars 2011, *Kemal Uzan et autres c/ Turquie*, n° 18240/03).

La qualification de contrats administratifs pour des contrats conclus sur le fondement d'une obligation de rachat d'électricité satisfait aux exigences de la séparation des pouvoirs et ne paraît pas constituer un moyen disproportionné en contemplation du but fixé.

Au surplus, il ne peut être soutenu que la disposition interprétative contestée n'aurait pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général de la communauté et les droits du requérant au respect de ses biens. Dans la présente affaire, l'existence des contrats n'est pas remise en cause par la loi nouvelle et rien ne permet de préjuger d'une remise en cause des droits du requérant dans l'exécution de ces contrats en fonction de la qualification du contrat, le régime tarifaire applicable n'étant pas dépendant de cette qualification.

Et à supposer qu'une hésitation subsiste concernant l'existence des contrats, comme le souligne le mémoire de la société EDF, le Conseil d'Etat, appelé à se prononcer sur des recours pour excès de pouvoir contre le décret du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque, a retenu que « *les stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peuvent être utilement invoquées* » (CE 16 novembre 2011, *Société Ciel et Terre et autres*, N° 344972, aux conclusions de F. Aladjidi).

Les conclusions de Frédéric Aladjidi dans cette affaire ne laissent pas de doute sur la réalité de l'équilibre ménagé entre intérêt général et respect d'une espérance légitime à la jouissance effective du droit octroyé. Rappelant l'exposé des motifs de l'amendement présenté à l'Assemblée nationale sur l'article 88 de la loi du 12 juillet 2010, il souligne la charge financière liée à l'existence d'une bulle spéculative pesant sur les consommateurs d'électricité dont l'impact aurait été insoutenable pour l'économie française et y trouve l'impérieux motif d'intérêt général susceptible de justifier l'existence d'une cause d'utilité publique.

A défaut d'un contrôle de conventionalité exercé par le Conseil d'Etat à l'égard de la loi litigieuse, force est de constater que cet exposé des motifs apporte une réponse appropriée au contrôle aujourd'hui sollicité.

Quant à la privation d'une « *espérance légitime* », au sens de la jurisprudence de la Cour européenne, il convient de rappeler que cette privation résulte de la préexistence d'une valeur patrimoniale qui suppose, en l'absence de créance immédiatement exigible, que l'intérêt patrimonial soit confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux (CEDH 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n° 1513/03, § 68).

On ne voit pas de quelle jurisprudence bien établie des tribunaux de l'ordre judiciaire il pourrait être fait état, pour invoquer une valeur patrimoniale acquise. S'il devait s'agir de la jurisprudence acquise sur le fondement de l'article 1583 du code civil, il ne peut qu'être relevé que le tarif déterminé par voie réglementaire ne suffit pas à caractériser un accord sur

le prix, d'autant plus que l'obligation d'achat d'électricité photovoltaïque peut être suspendue.

* *

Nous avons, en conséquence, l'honneur de conclure :

- à ce que l'arrêté de conflit pris le 9 août 2011 par le préfet de la région Provence Alpes Côte d'Azur, préfet des Bouches du Rhône soit confirmé ;
- à ce que soient déclarés nuls et nonavenus la procédure engagée par la société Baryflor contre la société anonyme Electricité de France devant le tribunal de commerce d'Aix-en-Provence et le jugement de cette juridiction en date du 26 juillet 2011 ;
- et à ce que cette décision soit notifiée au garde des sceaux, ministre de la justice, chargé d'en assurer l'exécution.