

## Qui doit exercer

- Du fait de la production d'électricité d'origine renouvelable, la question de la maîtrise d'ouvrage génère débats et contentieux entre les participants au service public de distribution d'électricité : les autorités organisatrices propriétaires du réseau, cad les collectivités territoriales, et l'opérateur historique concessionnaire, ERDF.
- C'est pourquoi sont présentés ici successivement les points de vue d'ERDF et d'avocats d'autorités organisatrices.

### Le point de vue de l'opérateur historique

par Jean-François Vaquiéri, directeur juridique d'ERDF

Le principe du régime concessif pour la distribution publique d'électricité est posé depuis l'origine par la loi du 15 juin 1906 sur les distributions publiques d'électricité. Il en résulte que le concessionnaire est le maître d'ouvrage de principe de l'ensemble des travaux d'établissement, d'entretien et de renouvellement des ouvrages.

L'article 36 de la loi de nationalisation du 8 avril 1946 et l'article L. 2224-31 du CGCT, issu de l'article 17 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité autorisent toutefois, par exception, l'autorité concédante à assurer la maîtrise d'ouvrage de certains travaux réalisés sur le réseau public de distribution.

En vertu des dispositions précitées, l'autorité concédante « peut » conserver une part de la maîtrise d'ouvrage, mais de façon dérogatoire et suivant la répartition opérée par les contrats de concession. Les ouvrages ainsi réalisés sont remis au concessionnaire pour être intégrés au réseau public de distribution dont il a l'exclusivité d'exploitation.

La répartition contractuelle de la maîtrise d'ouvrage est prévue par les cahiers des charges de concession qui suivent en règle générale les propositions du modèle de cahier des charges, notamment celui de 1992 actualisé en 2007, qui en organise les modalités dans ses articles 8, 9 et 10 et dans son annexe 1. Il précise également les dispositions concernant spécifiquement le cas des travaux de raccordement nécessaires à l'alimentation des nouveaux usagers.

Un premier élément de complexité peut exister en raison du regroupement des autorités concédantes. Dans certains cas en effet, des communes ou des syndicats primaires qui ont transféré le pouvoir concédant au niveau d'un syndicat départemental n'en ont pas moins gardé l'exercice de la maîtrise d'ouvrage. Cependant ces situations sont résiduelles, la logique étant que le pouvoir concédant s'accompagne de la maîtrise d'ouvrage dans les hypothèses où elle n'est pas exercée par le concessionnaire. Avec la croissance importante de la production à base d'énergie renouvelable (éolien et surtout photovoltaïque), un autre débat s'est ouvert sur la répartition de la maîtrise d'ouvrage, car certains syndicats concédants, notamment lorsqu'ils sont dotés de services techniques étoffés, entendent exercer la maîtrise d'ouvrage pour les raccordements de ces producteurs qui s'implantent en zone d'électrification rurale. En l'occurrence pour les raccordements, la répartition faite par l'article 9 B du cahier des charges ne vise pas les raccordements pour l'injection de la production décentralisée dont la complexité technique, y compris en matière d'exploitation ultérieure du réseau (gestion de l'énergie répartie), justifie que ces ouvrages soient exclusivement conçus

et réalisés par le concessionnaire. Cette répartition constitue la loi des parties. Elle correspond à un équilibre contractuel dont une des frontières est le risque de dénaturation du contrat de concession (par opposition à une situation d'affermage dans laquelle la collectivité délégante exerce *a priori* la maîtrise d'ouvrage des travaux de premier établissement).

Une jurisprudence récente est venue confirmer ce principe de la compétence du concessionnaire et gestionnaire du réseau public de distribution concernant le raccordement des producteurs au réseau<sup>(1)</sup>.

Les nouvelles modalités de facturation des raccordements au réseau résultant des lois SRU et UH<sup>(2)</sup> qui font désormais supporter, sauf exceptions, aux communes en charge de l'urbanisme le coût de la partie extension de réseau des raccordements sont évoquées par certains syndicats concédants comme devant justifier une modification de la répartition contractuelle de la maîtrise d'ouvrage. Dernièrement l'article 71-IV de la loi Grenelle 2<sup>(3)</sup> en complétant une exception relative au débiteur de la contribution a ajouté un élément de complexité supplémentaire en ce sens. Cette revendication ne paraît pourtant pas justifiée et semble reposer sur une confusion des rôles entre compétences d'urbanisme et de concédant.

Lorsque la collectivité locale autorité concédante agit dans ses attributions de maîtrise d'ouvrage, elle est sans ambiguïté un maître d'ouvrage public, à ce titre soumis aux règles de la commande publique, mais aussi au respect des principes définis par la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP). Ce cadre précis n'est pas compatible avec la possibilité d'un transfert de maîtrise d'ouvrage à un tiers qui résulterait d'un contrat de partenariat (PPP). Car un tel transfert serait d'une part en contradiction avec le régime de la concession, seul retenu par la loi, puisqu'il reviendrait à admettre qu'on puisse superposer à la concession un autre instrument juridique. Il serait d'autre part, en raison de cette unicité du régime applicable, en contradiction avec les dispositions des cahiers des charges des concessions qui ne prévoient pas et n'ont jamais prévu pour l'autorité concédante de possibilité de déléguer sa maîtrise d'ouvrage à un tiers.

Enfin les participations financières prévues par les contrats de concession à la charge du concessionnaire (article 8 A) sont subordonnées à la condition d'un exercice en propre de sa maîtrise d'ouvrage par l'autorité concédante, notamment en raison du caractère d'exception de cette attribution qui suppose une interprétation stricte et du mécanisme de validation annuel des programmes de travaux éligibles, décliné à l'article 4 de l'annexe 1 des cahiers des charges, qui s'effectue dans un dialogue entre les parties au contrat de concession et elles seules. ■

(1) TA 27 janvier 2011, Clermont-Ferrand req. n°1000482 et 1000484.

(2) L. 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains ; L.2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat.

(3) L. 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

# la maîtrise d'ouvrage ?

**Mots-clés :** Service public de l'électricité • Exploitation • Maîtrise d'ouvrage • Autorité concédante • Concessionnaire • Réseau public de distribution • Énergie renouvelable • Production • Raccordement • Zone d'électrification rurale •

**Références :** Loi n°2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, dite loi NOME ; loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières ; loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ; article L. 2224-31 du CGCT

## Le point de vue d'avocats d'autorités organisatrices

par Marie-Hélène Pachon-Lefèvre, avocat associé  
et Cécile Fontaine, avocat à la Cour SCP, Seban & Associés

Cette question de la maîtrise d'ouvrage des travaux réalisés sur les ouvrages de réseau de distribution d'électricité donne lieu à un débat juridique qui peut se résumer ainsi : qui, de l'autorité organisatrice du réseau de distribution d'électricité ou de son concessionnaire, dispose de la compétence de principe pour assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux sur le réseau de distribution d'électricité ?

Selon notre analyse, c'est l'autorité organisatrice de la distribution d'électricité qui, en sa qualité de propriétaire du réseau détient dès l'origine la maîtrise d'ouvrage des travaux sur celui-ci. C'est elle qui confie ensuite, en tout ou partie, cette compétence de maîtrise d'ouvrage au gestionnaire du réseau de distribution dans le cadre des contrats de concession conclus et négociés conformément à l'article L. 2224-31 du CGCT.

Les dispositions législatives en vigueur le confirment. Ainsi, selon l'article 36 de la loi de 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, les « collectivités locales concédantes conservent la faculté de faire exécuter en tout ou partie à leur charge, les travaux de premier établissement, d'extension, de renforcement et de perfectionnement des ouvrages de distribution ». De même, l'article L. 2224-31 du CGCT dispose qu'en « application des dispositions du 4<sup>e</sup> alinéa de l'article 36 de la loi du 8 avril 1946 précitée, les collectivités et établissements précités peuvent assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux de développement des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz », sans que cette faculté ne soit soumise à condition.

C'est également en ce sens que doit être interprété l'article 13-II de la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières aux termes desquelles « sans préjudice des dispositions du 6<sup>e</sup> alinéa du I de l'article L. 2224-31 du CGCT [...], un gestionnaire de réseau de distribution d'électricité ou de gaz naturel est notamment chargé, dans le cadre du cahier des charges de concession [...] d'assurer la conception et la construction des ouvrages ainsi que la maîtrise d'œuvre des travaux relatifs à ces réseaux, en informant annuellement l'autorité organisatrice de la distribution de leur réalisation [...] ». Et de manière plus générale, l'article 2 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité vise expressément les autorités organisatrices de la distribution d'électricité parmi les personnes chargées de la mission de développement des réseaux de distribution.

En définitive, les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité n'exercent leur compétence en matière de travaux de développement de ces réseaux que si le cahier des charges de la concession

le prévoit expressément, le législateur ayant reconnu une compétence de principe en la matière aux collectivités concédantes.

Il est à cet égard intéressant de relever que les textes susvisés actent explicitement la possibilité pour les autorités concédantes de ne pas confier à leur concessionnaire la totalité de la maîtrise d'ouvrage des travaux sur le réseau concédé sans pour autant remettre en cause le terme de « concession » pour désigner les conventions conclues pour le service public de la distribution d'électricité — un terme consacré depuis la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie.

Cette désignation de « concession » n'emporte donc pas, par principe, la compétence du gestionnaire du réseau de distribution d'électricité pour assurer la maîtrise d'ouvrage de l'ensemble des travaux de développement du réseau. En tout état de cause, en droit, la nature d'un contrat s'apprécie à la lumière de son objet et de son économie générale ; la qualification d'un contrat ne saurait en aucun cas résulter de son seul intitulé.

On ajoutera par ailleurs que les lois susvisées ne distinguent pas selon que l'installation raccordée est un site de consommation ou une installation de production ; ces dispositions s'appliquent donc indifféremment à l'ensemble des raccordements électriques, y compris les raccordements des producteurs.

Le législateur vient d'ailleurs de le confirmer tout récemment dans la loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, dite loi NOME. En effet, son article 11 – qui traite des conditions de facturation des travaux de raccordement des installations de production – souligne que ces travaux peuvent être réalisés sous la maîtrise d'ouvrage, soit des autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité, soit des gestionnaires de ces réseaux, « conformément à la répartition opérée par le contrat de concession ou par le règlement de service de la régie ».

De telles dispositions s'opposent à l'argument qui pourrait être invoqué selon lequel, en raison de leur complexité technique, les travaux de raccordement des installations de production ne pourraient être réalisés que par le gestionnaire du réseau de distribution lui-même. À cet égard, on notera qu'en pratique, les textes réglementaires conduisent dans tous les cas l'autorité concédante maître d'ouvrage des travaux de raccordement à se coordonner avec le gestionnaire du réseau pour permettre à ce dernier de procéder aux vérifications nécessaires sur les ouvrages réalisés. Ainsi, le pouvoir dont disposent les autorités organisatrices de la distribution d'électricité de ne pas confier à leur concessionnaire la maîtrise d'ouvrage des travaux de développement sur le réseau de distribution d'électricité concédé ne saurait être remis en cause. À défaut, ce serait le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales qui serait méconnu. ■