

**REFLEXIONS SUR LA
NATURE DES CONTRATS ENTRE EDL
ET SOCIETES CONCESSIONNAIRES:
CONTRATS ADMINISTRATIFS
«PAR PREDESTINATION» ?**

Par Joe ISSA El-KHOURY
Avocat à la cour

Introduction

1- Bien que l'Office d'Electricité du Liban (EDL) jouisse d'une situation monopolistique depuis sa création⁽¹⁾, il subsiste au Liban plusieurs sociétés concessionnaires dont l'objet est la distribution de l'énergie électrique dans le périmètre qui leur fut concédé⁽²⁾. Ces sociétés qui forment ainsi des îlots dont la gestion, si l'on en croit une enquête récemment publiée dans un grand quotidien⁽³⁾, devrait servir d'exemple à l'Office National, mais à qui la production est interdite en vue de la réserver à celui-ci, distribuent l'énergie électrique en l'achetant à l'Office et en la revendant aux usagers suivant un tarif qu'un décret du 15 février 1982 a unifié pour l'ensemble du territoire libanais⁽⁴⁾. Quant aux rapports entre l'EDL et les sociétés concessionnaires, ils sont régis par des contrats dont les stipulations vont, bien entendu, au-delà de la simple fixation des tarifs. Depuis 1996, cependant, ces contrats sont parvenus à leur terme, sans que de nouveaux contrats aient pu être conclus pour des raisons tenant en partie, sans doute, à la lenteur de l'Administration, mais surtout aux divergences entre les parties, notamment sur la fixation des tarifs. Les relations réciproques se sont donc poursuivies sous un régime de pur fait, faute de pouvoir être rompues. A l'heure actuelle, des pourparlers sont en cours sous l'égide du Ministère de tutelle (le Ministère de l'Energie et de l'Eau) en vue de parvenir à un accord.

2- La nature des rapports contractuels entre l'EDL et les sociétés concessionnaires n'a jamais été, à notre connaissance, directement abordée par la

(1) Par la loi promulguée par décret n° 16878 du 10 Juillet 1964, J.O. n° 65 du 13 Août 1964, p. 2360.

(2) Par exemple: Les sociétés d'Electricité de Zahlé, de Jbeil, de Bhamdoun, de Aley-Souk El Gharb.

(3) An-Nahar du 20 janvier 2007, p. 13.

(4) Décret n° 4869 du 15 février 1982, J.O. n° 8 du 25 février 1982, p. 228.

jurisprudence, pas plus qu'elle n'a fait l'objet d'une étude doctrinale: s'agit-il de rapports de droit privé ou de rapports de droit public ? De contrats administratifs ou de contrats de droit privé de l'Administration ? Au classique intérêt qui s'attache à cette distinction eu égard à la spécificité des règles du droit administratif et à la compétence - administrative ou judiciaire - pour connaître des litiges éventuels⁽¹⁾, la loi n° 440 du 29 Juillet 2002 amendant certaines dispositions du Code de Procédure Civile, est venue ajouter un intérêt nouveau, et non des moindres: l'article 762 du Code, tel qu'amendé par cette loi, tout en autorisant le recours à l'arbitrage de l'Etat et des personnes morales de droit public, quelle que soit la nature du contrat objet du litige, a néanmoins soumis ce recours à l'autorisation préalable du conseil des Ministres dans les contrats administratifs⁽²⁾.

3- Deux décisions récentes rendues par les juridictions libanaises⁽³⁾, de portée d'ailleurs inégale, et rendues par deux ordres différents de juridiction ont, il est vrai, abordé indirectement la question relative à la nature des rapports contractuels entre l'EDL et les sociétés concessionnaires:

4- La première est une décision de la Cour de Cassation du 8 février 2005 statuant en référé sur une demande de désignation d'expert dans un litige opposant l'une des sociétés concessionnaires à l'EDL à propos de la quantité d'énergie électrique fournie par ce dernier⁽⁴⁾. La Cour d'appel avait décliné sa compétence au motif que cette désignation relevait du juge administratif: La Cour de Cassation casse pour violation de l'article 336 du C.pr. civ., au motif principal que la demande d'expertise ayant été formulée avant tout litige, on ne pouvait prévoir la manière dont serait utilisé le rapport d'expert, lequel pouvait ainsi servir à des fins «non judiciaires» en vue, notamment, de constater un simple état de fait.

(1) Sur la distinction des contrats administratifs et des contrats de droit commun de l'Administration, V. par ex., Vedel et Delvolvé, *Droit Administratif*, t.1, 12^e éd., p. 371 et s. ; A de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, t. 1, n° 11 et s.; sur la spécificité des règles du droit administratif, V.: Waline, *Droit administratif*, 9^e éd., n° 16 et 1016 et s. ; Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 3^e éd., n° 22 et s.

(2) Avant l'intervention de cette loi, le Conseil d'Etat avait refusé de reconnaître l'arbitrabilité des litiges en matière de contrats administratifs (C.E. Libanais 17 Juillet 2001, Etat Libanais/Société FTML (Cellis) SAL, et Etat Libanais/Libancell SAL, *Rev. Arb.* 2001, p. 855, note critique Marie Sfeir-Slim et Hadi Slim ; Ghaleb Mahmassani, commentaire critique *in* «Al-Nahar» du 28 Juillet 2001, p. 15.

Pour un commentaire de la loi du 29 juillet 2002: Marie Sfeir-Slim, «Le timide sursaut du législateur libanais», même *Revue* 2002, p. 639 ; A.H. El Ahdab, «*Guarantee of Investments and Amendment of the Lebanese Law on Arbitration*», *The Journal of World Investment*, vol. 4, 2003.73; également du même auteur: «Les amendements du Code de Procédure Civile Libanais», *Rev. Lib. Arb.*, n° 24, p. 12 ; Abdo Ghossoub, «Commentaire relatif à la réforme du NCPC libanais et au régime de l'arbitrage», *Rev. Lib. Arb.*, n° 24, p. 14 et s. (en arabe).

(3) Inédites. V. *Infra* note 4 et p 540 note 2.

(4) Cass. Lib., n° 27 du 8 fév. 2005, Soc. d'Electricité de Jbeil/EDL, inédite.

Mais la Cour avait ajouté que «l'EDL étant un établissement public à caractère industriel et commercial, ses relations avec les tiers et en principe avec d'autres établissements relèvent du droit privé»: affirmation quelque peu rapide, et dont l'utilité n'était guère avérée puisque la Cour de Cassation aurait pu se contenter du motif principal pour casser la décision de la Cour d'appel, l'examen d'une question aussi délicate que la nature du contrat par une juridiction statuant en référé ne s'imposant nullement. Mais l'on sait la portée limitée des jugements rendus en matière de référé: ils n'ont pas, au principal, en vertu de l'article 584 du Code de pr. civ., l'autorité de la chose jugée⁽¹⁾. Aussi ne nous attarderons-nous pas sur la décision du 8 février 2005.

5- La deuxième décision retiendra, en revanche, notre attention: il s'agit d'un arrêt du 26 janvier 2004 rendu par le Conseil d'Etat, susceptible de fournir de précieux indices sur la nature des relations contractuelles entre l'EDL et les sociétés concessionnaires, arrêt par lequel le Conseil d'Etat avait rejeté – avec des motivations particulièrement éclairantes sur lesquelles nous reviendrons – un recours en annulation formé par l'une des sociétés concessionnaires contre une décision du conseil des ministres ayant fixé les tarifs entre l'EDL et ces sociétés pour une période déterminée, à défaut par les parties d'avoir pu parvenir à un accord⁽²⁾.

6.- Mais comment, dira-t-on, peut-on se prononcer sur la nature des rapports contractuels entre les parties, alors que les anciens contrats étant parvenus à terme depuis des années, les nouveaux contrats sont toujours, à l'heure actuelle, l'objet de négociations entre l'EDL et les sociétés concessionnaires ?

7- D'abord, même sans contrat, les relations entre les parties se poursuivent – il ne peut en être autrement s'agissant d'assurer la continuité d'un service public – ce qui crée une situation «contractuelle de fait» qu'il convient d'analyser, et sur la nature de laquelle il faut bien se prononcer. Ensuite et surtout, les clauses du contrat, notamment celles qu'il est convenu de qualifier de «clauses exorbitantes du droit commun» ne sont que l'un des éléments, l'un des indices permettant de déceler la nature du contrat. Les rapports contractuels peuvent en effet être examinés à la lumière d'indices extérieurs au contrat lui-même, ceux notamment qui doivent obligatoirement lui servir de support. Si les critères retenus par la jurisprudence administrative pour qualifier un contrat de contrat administratif, se retrouvent dans ces rapports, alors ceux-ci ne sauraient relever du droit privé, et de la compétence des tribunaux judiciaires: ancien ou futur, le contrat ne peut être qu'un contrat administratif. Tel est précisément le cas quant aux rapports entre

(1) Cet article est inspiré de l'article 484 du NCPC français.

(2) Arrêt n° 232 du 26 janv. 2004, Soc. d'Electricité de Zahlé/Etat libanais et EDL, inédit ; V. *Infra*, n° 26 et s.

l'EDL et les sociétés concessionnaires dont l'examen va révéler la nature administrative.

8- En nous livrant à un tel examen, nous aurons bien entendu en vue les critères auxquels a habituellement recours la jurisprudence pour déceler la nature d'un contrat dans lequel l'une des parties est une personne morale de droit public. Rappelons, à cet égard, que celle-ci procède, à l'heure actuelle, suivant l'une des deux voies suivantes: soit la voie d'identification directe en voyant dans le contexte même où s'insèrent les relations contractuelles, et indépendamment de toute clause que pourrait contenir le contrat, un régime exorbitant (à ne pas confondre, on le verra, avec les clauses exorbitantes) qui exclut toute possibilité de considérer ces relations comme relevant du droit privé, soit la voie d'identification indirecte (ou «indiciaire»), en tentant alors de relever les indices éventuellement susceptibles d'imprimer au contrat son caractère administratif⁽¹⁾.

9- L'application alternative de chacune des deux méthodes va nous permettre de conclure au caractère administratif des relations contractuelles entre l'EDL et ses partenaires, sans qu'il soit besoin d'examiner le contenu même du contrat, et par la seule référence à des éléments extérieurs à celui-ci.

10- En logique pure, nous devrions, dans notre analyse, commencer par exposer la méthode «directe», d'autant que par rapport à celle-ci, la méthode «indirecte» n'a, on le verra, qu'un caractère subsidiaire. Nous suivrons, néanmoins, le chemin inverse, pour une double raison: la première est que la méthode «indirecte» est la plus usuelle, celle qui donne lieu aux applications les plus fréquentes en droit positif; la deuxième - déjà annoncée - est que l'application de chacune des deux méthodes va nous fournir ici une réponse claire quant à la question posée, tout en faisant, dans un cas comme dans l'autre, l'économie d'un examen du contenu du contrat. S'agissant de la méthode indiciaire (la méthode «indirecte»), un tel résultat est plutôt exceptionnel, la règle étant que les indices permettant d'identifier la nature d'un contrat sont d'habitude recherchés dans la volonté des parties, et doivent en principe franchir le passage obligé de l'examen de ses clauses. Cette situation tend, en l'occurrence, à opérer un certain rapprochement entre les deux méthodes, qui recommande - s'il ne commande - que l'on commence par exposer celle qui est le plus fréquemment pratiquée.

I.- L'identification par voie indirecte (ou indiciaire) de la nature des rapports EDL-sociétés concessionnaires

11- S'agissant d'accords entre une personne morale de droit public et une société de droit privé (bien que concessionnaire d'un service public), la jurisprudence utilise alternativement (et non cumulativement) les deux critères suivants pour décider du caractère administratif d'un contrat: un contrat est

(1) Laurent Richer, précité, n° 109 et s.

administratif soit lorsqu'il contient des clauses exorbitantes du droit commun soit lorsqu'il fait participer le cocontractant de l'administration à l'exécution même du service public⁽¹⁾. Qu'en est-il dans les rapports EDL-sociétés concessionnaires ?

A) L'épreuve négative de la clause exorbitante

12- En ce qui concerne le premier critère, force est de constater que les anciens contrats passés entre l'EDL et les sociétés concessionnaires ne contenaient pas de clauses, à proprement parler, exorbitantes, c'est-à-dire de ces clauses «ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales», selon la formule célèbre de l'arrêt *Stein*⁽²⁾. Certes, l'une des clauses de ces contrats précisait qu'ils ne deviendraient exécutoires qu'après leur approbation par les ministres de tutelle et des Finances. Mais cette clause insérée dans le seul but de respecter les dispositions des articles 22 et 29 du décret portant statut des établissements publics⁽³⁾ n'avait rien d'une clause exorbitante et aurait aussi bien figuré dans un contrat de droit privé de l'établissement public devant satisfaire aux exigences de ces articles: l'approbation ministérielle pouvait, au mieux, constituer un acte détachable du contrat, susceptible, à ce titre, de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir aussi bien pour les contrats administratifs que pour ceux de droit privé de l'administration⁽⁴⁾.

Le deuxième critère, celui tiré de l'exécution même du service public, nous paraît, en revanche, décisif.

B) L'épreuve positive de la participation à l'exécution même du service public

13- Il convient auparavant de lever une équivoque, celle portant sur la qualité d'usager ou de tiers (le mot «tiers» pris ici dans le sens de non-usager, bien entendu) des sociétés concessionnaires par rapport à l'EDL. De prime abord, la question peut paraître saugrenue, et nous ne l'aurions pas soulevée si l'EDL lui-même, prétendant traiter les sociétés concessionnaires comme de simples abonnés,

(1) Pour une synthèse claire de ces critères, V. Pierre Dagher, *in* Le Droit Libanais, Livre du Cinquantenaire de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Beyrouth, 1963, sous la direction de P. Catala et A. Gervais, t. 2, p. 193, n° 84 et s.

(2) C.E. 20 oct. 1950, Rec., 505.

(3) Décret n° 4517 du 13 déc. 1972, annexe au J.O. n° 100 du 14 déc. 1972, p.3, dont les articles 22 et 29 soumettent respectivement le premier à l'approbation du ministre de tutelle et le second à celle du ministre des Finances les décisions du Conseil d'administration de l'établissement public relatives à certaines matières, dont les tarifs.

(4) Vedel et Delvolvé, précité., t 2, p. 257; Richer, précité, n° 226; A. de Laubadère, précité, t. 3, n° 1267, note 5.

Pour des applications en droit libanais: C.E. 5 Mars 2002, Raad c. Etat Libanais, Rev. de la Jurid. Adm. Lib. 2005, t 1, p. 539 ; C.E. 23 nov. 1994, Soc. Nationale de Navig. Maritime/Port de Tripoli, même Revue 1996, t. 1, p. 99, spéc. p. 100.

n'avait porté le Ministère de tutelle, en vue de la trancher, à solliciter l'avis du service du contentieux au Ministère de la justice. Avec une fermeté qu'on ne peut qu'approuver, les juges sollicités ont déclaré qu'on ne saurait qualifier «d'usager» une société concessionnaire de service public chargée de la distribution de l'énergie électrique⁽¹⁾.

14- L'enjeu, pour la question ici traitée, est de taille: on sait, en effet, que depuis les arrêts Campanon-Rey et dame Bertrand⁽²⁾ dont les principes ont été adoptés par la jurisprudence libanaise⁽³⁾, les contrats conclus par les établissements publics à caractère industriel et commercial (tels précisément l'EDL) et leurs usagers sont toujours des contrats de droit privé quelque soit le caractère des clauses insérées dans ces contrats ou les conditions particulières de fonctionnement du service ; ces arrêts ont ainsi institué un «bloc de compétence» dans les relations entre le service industriel et commercial et ses usagers, qui relèvent désormais des seuls tribunaux judiciaires. En revanche, les contrats conclus par ces établissements avec des tiers non-usagers continuent à obéir aux critères habituels⁴. Une société concessionnaire de service public qui se fournit auprès de l'EDL en vue d'assurer la distribution de l'électricité aux personnes se trouvant dans le périmètre de sa concession, contracte en cette qualité, et n'est pas à l'évidence un «usager», même si par ailleurs, elle utilise pour ses propres bureaux une (infime) partie de l'énergie électrique: cette utilisation a en effet un caractère tout à fait accessoire par rapport à son activité essentielle de distributeur, ce qui nous amène au critère dont nous parlions plus haut, celui de la participation à l'exécution même du service public.

15- La jurisprudence libanaise décide depuis longtemps qu'un contrat est administratif «chaque fois qu'il a pour objet ou pour effet d'associer directement le cocontractant (de l'Administration) à l'exécution d'un service public»⁽⁵⁾ Dire que les contrats dont il est ici question ont pour effet d'associer les sociétés concessionnaires à l'exécution même du service public (dont elles ont par ailleurs la charge de par leur statut légal), relève du truisme. En réalité l'EDL leur fournit le moyen -en l'occurrence essentiel- sans lequel elles seraient dans l'impossibilité totale d'assumer la mission de service public qui leur a été conférée, la production de l'énergie, à laquelle certaines d'entre elles étaient autorisées, leur étant

(1) Avis n° 362 du 8 Juin 2006.

(2) C.E. 13 oct. 1961, Ets Campanon-Rey: Rec., p. 567; AJDA 1962, p. 98, concl.Heumann, note A. de Laubadère; D 1962, J., p. 506, note Vergnaud.

T. confl. 17 déc. 1962, Bertrand: Rec., p. 831, concl. Chardeau ; AJDA 1963, p. 88, chron. Gentot et Fourré ; CJEG 1963, p. 114, note A.C.

(3) C.E. libanais 26 Fév. 2001, Kassab/Etat Libanais, Rev. de la Jurid. Adm. Lib. 2004, t.1, p. 463 ; C.E. libanais 5 fév. 2002, même Revue 2005, t. 1, p. 430.

(4) C.E. libanais 21 déc. 2000, Dakroub/EDL, même Revue 2004, t. 1, p. 106 ; C.E. libanais 26 avril 2001, Nsour/EDL, même Revue 2004, t. 2, p. 638.

(5) P. Dagher, op. cit., p.195,n° 86, et la jurisprudence citée

désormais interdite. Ce n'est donc pas une simple matière première présentant une utilité accessoire que l'EDL se borne à leur livrer, mais bien la totalité de l'énergie électrique qui leur est nécessaire, c'est-à-dire l'un des éléments et même l'élément-clef, l'élément principal, du service concédé.

16- Dira-t-on, pour écarter l'application du critère ci-dessus aux relations entre l'EDL et les sociétés concessionnaires, que le premier est étranger au contrat de concession, qu'il n'est qu'un simple fournisseur d'électricité, et que l'association directe au service public se produit plutôt dans sa propre personne que dans celle des sociétés concessionnaires, lesquelles tiennent leur statut de l'Etat et du cahier des charges les liant à celui-ci ? L'argument serait spécieux, pour une double raison: d'abord, comme nous le disions à l'instant, les contrats conclus avec l'EDL ont pour objet et pour effet de permettre aux sociétés concessionnaires de procéder à l'exécution même du service public et portent sur des prestations essentielles, voire indispensables à son fonctionnement: peu importe alors que celui-ci leur soit confié par l'Etat, non par l'EDL. En second lieu, la situation monopolistique de l'EDL et l'obligation faite aux sociétés concessionnaires de se fournir exclusivement auprès de lui, font partie de la politique générale du gouvernement en matière d'énergie, et il serait à proprement parler absurde de considérer l'EDL, sous prétexte qu'il est doté de par son statut de la personnalité morale et de l'autonomie financière, comme un simple «marchand» d'électricité. Donnons ici la parole au professeur Boulouis qui, parlant de l'Electricité de France (EDF), c'est-à-dire d'un établissement très proche de l'EDL dans sa structure, écrivait: «*La tâche des différents établissements nationaux est de réaliser (la) politique générale du gouvernement... Il faudrait que les établissements nationaux se rappellent – ce qu'ils n'ont que trop tendance à oublier – qu'ils ne peuvent seulement constituer que la structure d'une administration nouvelle. En tant que tels, ils ne sont que des rouages de l'Etat duquel ils ne doivent pas se distinguer, auquel ils sont directement reliés et soumis par l'intermédiaire d'un ministère. Leur autonomie financière, leur personnalité civile, ce caractère industriel et commercial qui leur est reconnu ne doivent pas faire illusion et les tromper eux-mêmes sur leur propre nature: ce ne sont que des techniques plus appropriées à leurs fonctions*»⁽¹⁾.

17- L'identification par voie indirecte nous a ainsi permis, au moyen du critère tiré de l'exécution même du service public, de conclure à la nature administrative des contrats – conclus dans le passé ou à conclure dans l'avenir – entre l'EDL et les sociétés concessionnaires, abstraction faite de toute clause exorbitante du droit commun qui pourrait ou non être insérée dans ces contrats, et, plus précisément, sans besoin de procéder à une lecture de leurs clauses.

(1) Note sous C.E. 1^{er} déc. 1950, S. 1951, III, p. 61

Cette affirmation va se trouver confirmée, à l'examen de la deuxième méthode utilisée par la jurisprudence en vue d'identifier les contrats administratifs.

II.- L'identification par voie directe de la nature des rapports EDL-sociétés concessionnaires

18 - L'identification des contrats de l'Administration par voie directe résulte parfois de la loi elle-même. Elle peut également être l'œuvre de la jurisprudence lorsqu'il ressort, dans ce dernier cas, du contexte dans lequel le contrat est conclu, qu'il est impossible de qualifier celui-ci de contrat de droit privé: la nature du contrat est alors connue par avance, sans qu'il soit besoin de recourir aux indices ci-dessus mentionnés.

Si la qualification par la loi ne s'avère pas ici d'une utilité quelconque, celle tirée du cadre dans lequel s'inscrivent les contrats en cause paraît, en revanche, décisive.

A) L'épreuve négative de la qualification par la loi

19- On pourrait de prime abord être tenté de recourir aux dispositions de l'article 61 par. 2 de la loi portant statut du Conseil d'Etat qui dispose que les tribunaux administratifs «connaissent des litiges d'ordre administratif concernant les contrats, marchés, adjudications et concessions, de nature administrative passés par les établissements publics pour assurer la marche des services publics»⁽¹⁾. Les contrats en cause ne sont-ils pas de ceux qui sont passés «pour assurer la marche des services publics»? En fait, cet article ne détermine pas la nature du contrat, mais suppose celle-ci préalablement établie en vue d'appliquer au litige la compétence qu'il édicte. On a fait observer, à juste titre, qu'il n'existe pas dans la législation libanaise de contrat administratif par détermination directe de la loi⁽²⁾.

En revanche, l'examen du régime auquel sont soumis les contrats va faire apparaître clairement leur caractère administratif.

B) L'épreuve positive de la qualification d'après le critère du régime exorbitant

20- Les éléments considérés comme exorbitants du droit commun ne sont pas ici les clauses du contrat, mais les règles prédéterminées qui s'appliquent à celui-ci, le cadre réglementaire dans lequel il s'inscrit: le contrat est administratif en raison de sa soumission à un régime exorbitant résultant de ce cadre.

Dans l'affaire ayant abouti au célèbre arrêt *Société d'Exploitation Electrique de la Rivière du Sant*⁽³⁾ dont la solution a été récemment reprise par les tribunaux

(1) Loi promulguée par décret n° 10434 du 14 juin 1975, annexe au J.O n° 49 du 19 Juin 1975, p. 1 et s.

(2) P. Dagher, précité, p. 194 n° 85.

(3) C.E. 19 Janvier 1973, Rec., 48 ; CJEG 1973, 239, concl. Rougevin-Baville, note Carron ; Rev. Adm. 1973, 633, note Amselek ; AJDA 1973, p. 358, chron. Léger et Boyon ; JCP, éd. G, 1974, II, 17629 note Pellet.

judiciaires⁽¹⁾ et qu'une doctrine autorisée a pu qualifier d'arrêt de principe⁽²⁾, ce régime exorbitant résultait principalement du caractère obligatoire du contrat et de l'intervention d'une autorité administrative pour statuer sur certains désaccords auxquels il peut donner lieu, notamment quant à la fixation des tarifs⁽³⁾.

21- Rappelons brièvement les faits en raison de leur grande similitude avec ceux dont nous tentons ici l'analyse: après la loi de nationalisation de l'Electricité et du Gaz en France (la loi du 8 avril 1946), et compte tenu du monopole dont bénéficie Electricité de France (EDF), établissement public à caractère industriel et commercial (tout comme EDL), un décret du 20 mai 1955 a mis à la charge de celui-ci l'obligation d'acheter aux petits producteurs autonomes (simples particuliers ou petites entreprises) l'énergie électrique qu'ils produisaient. Un litige s'étant élevé entre EDF et les producteurs au sujet des tarifs, s'est posé le problème de la compétence de la juridiction pour en connaître. Pour le résoudre, il fallait se prononcer sur la nature du contrat à conclure: contrat administratif ou contrat de droit privé ? Le Conseil d'Etat a opté pour la première solution en raison du «régime exorbitant du droit commun» auquel étaient soumis les contrats (conclus ou à conclure) entre les parties, régime qui résultait, précisément, tant de leur caractère obligatoire que de l'intervention du ministre chargé de l'électricité pour régler certains désaccords, dont celui résultant de la fixation des tarifs. Le «régime exorbitant du droit commun» se distingue essentiellement de la «clause exorbitante du droit commun»: le premier est d'ordre objectif, extérieur au contrat et à la volonté des parties, car s'inscrivant dans un contexte réglementaire qui ne dépend pas de celles-ci, alors que la seconde est d'ordre subjectif, intérieure au contrat, puisqu'elle est l'expression de la volonté des parties⁽⁴⁾.

22- Les éléments qui ont déterminé le Conseil d'Etat français à reconnaître le caractère administratif aux contrats conclus entre EDF et les producteurs autonomes se retrouvent avec encore plus d'acuité dans ceux conclus (ou à conclure) entre EDL et les sociétés concessionnaires:

(1) Paris 2 Juil. 2002, G du P 2002, p. 1567 Syndicat National des Producteurs Indépendants c. Electricité de France ; confirmé par Civ. 19 sept. 2004, AJDA 2004, p. 2301, note Charbit.

(2) Amselek, note précitée, p. 637

(3) La cour d'appel et la Cour de Cassation (*Supra*, note 1) ont repris textuellement la motivation du Conseil d'Etat: «*Considérant que compte tenu tant du caractère obligatoire de la conclusion des contrats passés par EDF que de la compétence donnée à une autorité administrative pour statuer sur certains désaccords auxquels ils peuvent donner lieu, lesdits contrats sont soumis à un régime exorbitant du droit commun et présentent le caractère de contrats administratifs dont le contentieux relève du juge administratif*».

(4) V. en ce sens, par ex: Droit Public Général, (sous la direction de Michel de Villiers), Litec, 2002, p. 659, n° 789 et s.

1- Le caractère obligatoire du contrat

23- S'il est vrai que les producteurs autonomes ne peuvent vendre leur énergie qu'à EDF, ils ne sont pas pour autant tenus à une obligation de vente, seule EDF étant tenue à une obligation d'achat. En revanche, dans les contrats EDL-sociétés concessionnaires, l'obligation est réciproque: ces dernières sont tenues d'assurer le service public de distribution, et donc soumises à une obligation d'achat de leur énergie auprès d'EDL, lequel est de son côté tenu à une obligation de la leur vendre en raison du monopole de production qu'il détient. Ainsi le caractère obligatoire du contrat est, ici, en quelque sorte, renforcé: aucune des deux parties ne peut se passer de l'autre, elles sont tenues à un véritable «mariage forcé», par des liens littéralement indissolubles, pour autant, du moins, qu'une situation juridique nouvelle -telle la privatisation ou l'autorisation aux sociétés concessionnaires de produire l'énergie - n'aura pas vu le jour.

Cette obligation de contracter n'est-elle pas, à elle seule, contraire au principe de la liberté contractuelle du droit privé ? Le principe est bien, en effet, qu'il n'y existe pas, en général, de contrat forcé, et que «la notion d'obligation de contracter est incompatible avec la construction fondamentale élaborée par le Code Civil»⁽¹⁾. Le Conseil d'Etat estime, de même, que «la liberté de contracter ou de ne pas contracter est au nombre des principes essentiels qui régissent les contrats de droit privé»⁽²⁾.

24- On a pu, certes, faire valoir qu'il n'est «pas évident que l'obligation de contracter fasse nécessairement partie d'un régime contractuel exorbitant: les cas d'obligation légale de contracter, de «contrats forcés» ou «imposés» se sont développés de plus en plus en droit privé dans les relations entre particuliers»⁽³⁾. Mais les contrats forcés du droit privé se placent dans un tout autre contexte: lorsque le contrat y est obligatoire (comme par exemple en matière d'assurance automobile) l'une des parties a, au moins, la possibilité, de choisir son cocontractant, l'obligation de contracter ne pesant la plupart du temps que sur l'une des parties; ainsi en est-il, également, de l'obligation à laquelle sont soumises certaines professions considérées comme étant au service du public (comme les transports en commun), ou de l'obligation de renouveler un contrat⁽⁴⁾. Rien de tel dans les contrats conclus entre EDL et les sociétés concessionnaires: le caractère obligatoire du contrat résulte ici de la nécessité de faire fonctionner le

(1) J.C. Serna, Le refus de contracter, L.G.D.J, 1967, p. 17 ; cette liberté contractuelle est particulièrement accentuée en droit libanais où elle se présente sous un aspect quasi-métaphysique. L'article 176 du C.O.C. dispose, en effet: «Tout contrat, et d'une façon plus générale toute convention, a pour âme et pour armature le consentement des parties».

(2) C.E. 14 nov. 1960, Société Agricole de Stockage, Rec., p. 866.

(3) Amselek, note précitée, p. 638

(4) Sur les contrats «obligatoires» en droit privé, V. par ex.: Carbonnier, Droit civil, PUF, 6^e éd., t. 4, p. 48, n° 12

service public, aucune des deux parties n'ayant la liberté de ne pas contracter, ou celle de choisir son cocontractant.

25 - Il faut néanmoins préciser que lorsque le Conseil d'Etat français a eu l'occasion, avant l'arrêt du 19 janvier 1973, de relever le caractère obligatoire d'un contrat et d'en faire état pour déterminer la nature administrative de celui-ci, il l'a fait en le combinant avec d'autres indices. Aussi admettons-nous, avec le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville que «le caractère obligatoire d'un contrat n'est pas suffisant à lui seul pour en faire un contrat administratif, mais qu'il constitue une présomption en ce sens»⁽¹⁾. Ajoutons seulement que cette présomption est ici particulièrement forte du fait précédemment souligné qu'au caractère obligatoire du contrat vient se superposer, avec pour effet de le renforcer, le caractère indissoluble des liens unissant les parties.

C'est bien d'ailleurs sur la conjugaison des deux éléments (caractère obligatoire du contrat et intervention du Ministre) que s'était fondé le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 19 janvier 1973⁽²⁾ pour reconnaître aux contrats un régime juridique exorbitant, selon la classique méthode du «faisceau d'indices».

Aussi convient-il à présent d'examiner l'incidence sur la nature des contrats en cause de l'intervention du Conseil des Ministres et l'appréciation qu'en a faite le Conseil d'Etat libanais dans son arrêt du 26 janvier 2004 dans l'affaire ayant opposé EDL et l'Etat à l'une des sociétés concessionnaires⁽³⁾.

2- *L'intervention du conseil des ministres*

26- Sans se prononcer directement sur la nature administrative des relations contractuelles entre les parties (tel n'était pas l'objet du recours), le Conseil d'Etat a fait valoir une argumentation qui ne pouvait laisser planer le moindre doute quant à cette nature.

Les faits étaient simples: Par une décision du 29 novembre 2001, le conseil des Ministres avait fixé les tarifs à appliquer par EDL aux sociétés concessionnaires (qui doivent normalement faire l'objet d'un accord entre les parties), faute pour celles-ci de pouvoir s'entendre. Aucun texte *ad hoc* ne prévoyait cette intervention⁽⁴⁾. En effet, l'article 30 du décret portant statut des établissements publics (*Supra*, page 542 note 3), qui prévoit l'intervention du conseil des ministres en vue de trancher un différend entre les deux ministres chargés

(1) Conclusions précitées, p. 243 et la jurisprudence citée à l'appui

(2) Dont les motifs ont été repris mot pour mot, rappelons-le, par la Cour de Cassation dans son arrêt du 19 septembre 2004 (V. *Supra*, p. 546, note 3)

(3) Arrêt n° 232 du 26 janv. 2004, Soc. d'Electricité de Zahlé/Etat libanais et EDL, inédit.

(4) Alors que dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt précité *Société d'Exploitation Electrique de la Rivière du Sant* (*Supra*, page 545, note 3), un texte prévoyait l'intervention du Ministre chargé de l'électricité en cas de désaccord entre les parties (l'article 27 du cahier des charges du 27 novembre 1958).

d'approuver certaines décisions du conseil d'administration d'un établissement public (dont font partie les tarifs), ne s'appliquait pas en l'occurrence, pour une raison péremptoire: la fixation des tarifs par EDL selon la procédure prévue par le décret est celle qui s'applique aux usagers, et elle a un caractère réglementaire. Dans les rapports entre EDL et les sociétés concessionnaires, en revanche, les tarifs ont un caractère contractuel. D'ailleurs, une décision du conseil d'administration d'EDL (n° 131 du 23 mai 1977), à laquelle fait expressément référence le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 26 janvier 2004 (page 33 de l'arrêt) rappelle que les tarifs applicables aux sociétés concessionnaires seront fixés par contrats conclus entre elles et EDL ⁽¹⁾ (ce qui constitue une confirmation, s'il en était besoin, du fait qu'une société concessionnaire de service public ne saurait être qualifiée d' «usager»).

27- Saisi d'un recours pour excès de pouvoir formé par l'une des sociétés concessionnaires contre la décision du conseil des ministres du 29 novembre 2001, le Conseil d'Etat, pour le rejeter et justifier l'intervention de celui-ci dans une matière pourtant contractuelle, ne s'est pas contenté de relever le caractère obligatoire du contrat. Comme dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *Société d'Exploitation Electrique de la Rivière du Sant*, l'impasse était totale quant à la fixation des tarifs ; le Conseil d'Etat aurait donc pu suivre le même raisonnement que son homologue français pour décider, selon les termes du commissaire du gouvernement Rougevin-Baville, que «si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur l'établissement des clauses, et tout spécialement des clauses tarifaires, il faut bien qu'une autorité les départage puisque le contrat doit, en tout état de cause, être conclu. Cette autorité ne peut être le juge du contrat -quel qu'il soit- car un juge n'a pas le pouvoir de fixer un tarif par voie d'autorité»⁽²⁾. Tout comme dans l'affaire opposant EDF aux producteurs autonomes, l'intervention d'une autorité administrative extérieure dans un mécanisme contractuel pouvait s'expliquer par le caractère obligatoire de ce dernier et l'obligation corrélative de sortir de l'impasse.

28- Le Conseil d'Etat, dans sa décision du 26 janvier 2004, n'a pas manqué, du reste, de relever le caractère obligatoire du contrat et la nécessité «absolue» de sortir de l'impasse résultant du désaccord entre les parties. Mais il a justifié l'intervention du conseil des Ministres -et c'est tout l'intérêt de sa décision dans le cadre qui nous occupe- par des considérations allant bien au-delà de celles auxquelles avait eu recours son homologue français. Pour rejeter le recours dont ils étaient saisis, les Hauts magistrats, en effet, n'ont pas hésité à s'appuyer -

(1) On sera donc surpris par la lecture de l'un des attendus de l'arrêt affirmant que c'est le conseil d'administration d'EDL qui fixe les tarifs de vente aux sociétés concessionnaires (page 31). Mais ce n'est pas ce passage de l'arrêt qui, ici, nous intéresse.

(2) Conclusions précitées, p. 611

notamment- sur les articles 65 et 66 de la Constitution, dont le premier confie au conseil des ministres le soin de tracer la politique générale du gouvernement, et le second au Ministre la direction supérieure des services de l'Etat qui relèvent de son département. Le secteur de l'Electricité étant un secteur vital, ils en ont déduit que le conseil des ministres a usé, en intervenant, de ses prérogatives constitutionnelles ainsi qu'il en avait non seulement le droit mais aussi le *devoir* (c'est nous qui soulignons).

29- Le moins qu'on puisse dire est que le Conseil d'Etat a ainsi affirmé, implicitement sans doute mais de manière certaine, le caractère administratif des contrats en cause.

Comment, en effet, admettre l'intervention (sans texte), dans l'exécution d'un contrat de droit privé, d'une autorité administrative et, de surcroît, la justifier par des considérations d'ordre constitutionnel ? Le Conseil d'Etat, on le voit, constate ici l'évidence du régime exorbitant auquel sont soumis les contrats entre les parties, lesquelles obligées de contracter et ne pouvant se mettre d'accord, sont d'office, c'est-à-dire même en l'absence d'un texte ou d'une clause contractuelle la prévoyant, soumises à l'intervention d'une autorité administrative pour les départager: cette autorité, selon le Conseil d'Etat, tient ses prérogatives de la Constitution elle-même et de la nécessité de faire fonctionner un service public qui serait autrement paralysé⁽¹⁾.

Conclusion

30- Soumis à l'épreuve de l'identification indirecte, puis à celle de l'identification directe, les contrats conclus dans le passé ou destinés à être conclus à l'avenir entre EDL et les sociétés concessionnaires auront ainsi positivement franchi l'une et l'autre, de sorte que leur caractère administratif ne saurait faire de doute.

31- En pratique, la démarche généralement suivie par les juges est la suivante: lorsqu'ils décèlent un régime exorbitant (par voie d'identification directe), la nature administrative du contrat est pour ainsi dire patente, et il n'est plus besoin de procéder à l'identification indiciaire, laquelle n'a qu'un caractère subsidiaire. L'intention des parties, leur volonté, est alors indifférente: «même si l'administration veut se placer sur le terrain du droit privé en s'abstenant d'insérer une clause exorbitante dans le contrat, celui-ci n'en sera pas moins un contrat

(1) Le Conseil d'Etat se réfère expressément à la nécessité de faire fonctionner le service public: «*Considérant que l'intervention du conseil des ministres s'avérait indispensable, voire urgente, car rentrant dans le cadre de l'une des composantes de la politique générale de l'Etat, dont fait partie la fixation du prix de vente de l'énergie électrique par EDL aux sociétés concessionnaires, ce qui contribue à l'organisation d'un service public fondamental, celui de l'électricité ; non seulement cela relève de la compétence du conseil des ministres, mais aussi de ses obligations et responsabilités constitutionnelles*»

administratif s'il apparaît soumis à un régime exorbitant»⁽¹⁾. Tel est le cas, on l'a vu, pour les contrats en cause.

32- Ce n'est qu'en cas d'épreuve négative, «en l'absence de données suffisamment explicites sur le régime juridique du contrat», que les juges auront recours à la méthode d'identification indirecte, celle qui consiste à rechercher la nature du contrat par référence à certains indices. Mais alors, la volonté des parties joue, en principe, dans cette recherche, un rôle déterminant. De la présence ou de l'absence de clauses exorbitantes dans le contrat, subsidiairement de la participation ou non du cocontractant de l'administration à l'exécution même du service public, va dépendre le sort du contrat: administratif dans le premier cas, de droit privé dans le second. L'originalité dans les contrats EDL-sociétés concessionnaires consiste précisément en ce que dans l'application du critère relatif à l'exécution même du service public, dont nous avons relevé plus haut l'existence, la volonté des parties ne joue, en pratique, aucun rôle: il ne dépend pas d'EDL d'associer les sociétés concessionnaires à l'exécution du service public, laquelle résulte de leur statut légal, pas plus qu'il ne dépend de celles-ci d'y associer EDL ! C'est le caractère obligatoire «renforcé» du contrat qui neutralise ici cette volonté. Le contrat dans son ensemble, que l'on procède par voie d'identification directe ou par voie d'identification indirecte, apparaît comme *a priori* administratif, en ce sens qu'il tient sa nature d'éléments extérieurs à la volonté des parties.

33- Un éminent auteur a pu écrire, il y a un demi-siècle, que certains contrats sont administratifs non «par détermination» mais «par prédétermination» de la loi⁽²⁾. N'était le souci d'épargner l'ajout d'une connotation «janséniste» à une matière déjà marquée par un flou juridique fréquemment dénoncé par la doctrine⁽³⁾, nous serions tenté d'écrire que les contrats analysés ici sont administratifs «par prédestination».



(1) Amselek, précité, p. 639

(2) Vedel, «Remarques sur la notion de clause exorbitante», Mélanges Mestre, Paris, Sirey, 1956, p. 538: il s'agit de «*tout contrat sur la nature duquel le législateur a pris implicitement mais nécessairement parti, en l'insérant dans un cadre statutaire exorbitant du droit commun*».

(3) V. par exemple: P. Weil, «Le critère du contrat administratif en crise», in Mélanges offerts à Marcel Waline, 1974, t. 2. p. 831 ;R. Drago, «Paradoxe sur les contrats administratifs», in Etudes Flour, 1979, p. 151 ; Jean François Prévost, «A la recherche du critère du contrat administratif», RD Publ. 1971, p. 817 ; D. Truchet, «Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés», in Le Droit Contemporain des Contrats, sous la direction de Loïc Cadet, Economica, 1987, p. 186.