

**AVIS  
DU  
COMITE JURIDIQUE <sup>1</sup>  
DE  
LA FEDERATION NATIONALE DES TRAVAUX PUBLICS**

**Objet : Conséquences de la modification du statut d'EDF et de GDF sur la nature de leurs marchés de travaux, sur le statut des ouvrages réalisés pour leur compte, sur la possibilité d'exercer la saisine et les voies d'exécution sur leurs biens.**

---

<sup>1</sup> Le Comité Juridique de la FNTP est présidé par Yves GAUDEMET, Professeur à l'Université de Paris II, ses membres sont : François-Régis BOULLOCHE, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, Christophe LAPP, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Jean-François MARTIN, Avocat Honoraire à la Cour d'Appel de Paris, Roland SANVITI, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Serge-Antoine TCHEKHOFF, Avocat à la Cour d'Appel de Paris

1. La loi du 9 août a fait d'EDF et de GDF, jusque là établissements publics nationaux, des sociétés de droit commercial à capital majoritairement public. EDF et GDF, auparavant personnes publiques, doivent désormais être considérées comme ayant une personnalité morale de droit privé.

La transformation en société anonyme est acquise, pour GDF, depuis le décret du 17 novembre 2004, pour EDF, depuis le décret du 19 novembre 2004. Il en résulte notamment, en droit, les conséquences suivantes :

2. I / **S'agissant des marchés de travaux passés par EDF et GDF**, ceux-ci ne doivent plus être considérés comme des contrats administratifs puisque les contrats administratifs sont exclusivement des contrats passés par des personnes publiques.

Il s'agit donc normalement de contrats de droit privé.

3. Cela ne signifie pas que ces marchés ne puissent pas être des marchés publics au sens du droit communautaire, et spécialement des directives « marchés » du 31 mars 2004, puisque celles-ci s'appliquent aux marchés passés par toutes les « entités adjudicatrices » indépendamment de leur qualification publique ou privée par le droit interne.

4. S'agissant des marchés de travaux en cours d'exécution, il serait conforme aux principes mêmes du droit des contrats en général que, bien que devenus contrats de droit privé et leur contentieux relevant désormais du juge judiciaire, leurs soit appliqué le régime de fond du droit des contrats administratifs, notamment les règles de l'imprévision.

La jurisprudence judiciaire récente, donnant toute sa portée à l'obligation d'exécution de bonne foi dans les contrats, est en ce sens.

5. Pour les contentieux en cours, relatifs à des marchés passés par EDF et GDF, il convient de rappeler la jurisprudence selon laquelle « *le droit de former un recours contre une décision d'une juridiction est fixé définitivement au jour où cette décision est rendue, et les voies selon lesquelles ce droit peut être exercé, ainsi que les délais qui sont impartis à cet effet aux intéressés sont, à la différence des formes dans lesquelles ce droit doit être introduit et jugé, des éléments constitutifs du droit dont s'agit* » (CE Sect. 13 nov. 1959, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement et Ministre des anciens combattants et des victimes de guerre c/ Bacqué*, Rec. Lebon p. 593 ; D. 1960, p. 352, concl. Heumann – 19 décembre 1980, *Reveillod et a.*, Rec. Lebon p. 479 ; D. 1981, p. 398, concl. B. Genevois).

De même, en matière fiscale, le droit de saisir une juridiction d'une demande relative à une imposition est fixé définitivement au jour de la notification de la décision administrative relative à cette imposition, et ce droit demeure régi pour son exercice par la loi en vigueur à la date de cette notification (CE 4 juin 1965, *Société des grands bazars de la Méditerranée*, Rec. Lebon p. 346, s'agissant de la modification des règles applicables au contentieux correspondant).

6. II / **S'agissant des ouvrages réalisés pour ou par EDF et GDF**, on peut penser que s'appliquent les principes dégagés par le conseil d'Etat lors de la transformation de France Telecom établissement public en société.

Appelé à se prononcer sur la nature des ouvrages de France Telecom depuis la loi du 26 juillet 1996 qui a fait de France Telecom une personne morale de droit privé, le Conseil d'Etat juge que « *si (cette entreprise) est chargée, en vertu des prescriptions*

*législatives précitées, de l'exécution d'une mission de service public, qui consiste notamment en la fourniture du service universel des télécommunications à toute personne et sur l'ensemble du territoire national, la société France Telecom est une personne morale de droit privé, dont le fonctionnement relève, sauf dispositions particulières contraires, du droit privé. Son réseau de télécommunications ouvert au public est soumis au régime qui est déterminé par le code des postes et télécommunications pour tous les opérateurs autorisés à installer et à exploiter un réseau ouvert au public, notamment en ce qui concerne la protection pénale définie pour les installations, les droits de passage sur le domaine public routier, les servitudes sur les propriétés privées et les modalités d'une utilisation partagée des installations. De surcroît, comme le montrent les dispositions du 2 de l'article 1<sup>er</sup> bis de la loi du 2 juillet 1990, le législateur a entendu mettre fin à la protection particulière dont bénéficiaient les biens de la personne morale de droit public France Telecom. Il résulte de ce qui précède que, quelles que soient les dates auxquelles ils ont été entrepris et achevés, les ouvrages immobiliers appartenant à la société France Telecom ne présentent plus, depuis le 31 décembre 1996, le caractère d'ouvrages publics. Il n'en est autrement que pour ceux qui sont incorporés à un ouvrage public tel qu'une voie publique et qui en constituent une dépendance » (CE avis 11 juillet 2001, Adelee, D. adm. 2002, n° 363 ; AJDA 2002 p. 267, note J. Dufau).*

7. Les mêmes principes, conduisant à la même solution, paraissent devoir s'appliquer aux ouvrages d'EDF et de GDF, surtout si on y a-joute que les biens de ces deux entreprises, à l'époque même où elles étaient établissements publics, ne relevaient pas du régime de domanialité publique.

Le Conseil d'Etat a en effet jugé en 1998, à propos d'EDF, que les règles de la loi du 8 avril 1946 déterminant le statut des biens de cette entreprise « *étaient incompatibles avec celles de la domanialité publique* » (CE 23 octobre 1998, EDF, CJEG 1998, P. 490, concl. J. Arrighi de Casanova).

**8. III / S'agissant de la possibilité d'exercer les voies d'exécution du droit commun à l'égard d'EDF et de GDF,** la transformation des ces entreprises en sociétés du droit commercial doit entraîner la disposition de ces voies d'exécution.

Sans doute dans une décision du 21 décembre 1987 – qui reste discutée –, la cour de cassation a affirmé le « *principe général du droit suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables* » (cass. civ. 1<sup>ère</sup>, Bull. I, n. 348, p. 249 ; JCP 1989-II-21183, note B. Nicod). L'insaisissabilité et plus largement l'indisponibilité des voies d'exécution ordinaires du droit privé sont ainsi corrélées à la personnalité publique du débiteur : c'est parce que celui-ci est une personne morale de droit public – et donc notamment un établissement public – que ce principe général d'insaisissabilité s'applique<sup>2</sup>.

Dès lors, à partir du moment où EDF et GDF (ou tout autre établissement public) perdent cette personnalité publique pour être transformés en sociétés - lesquelles sont des personnes privées quelle que soit la composition du capital et la part qu'y occupent les participations publiques -, le principe d'insaisissabilité et d'indisponibilité des voies d'exécution ne s'applique plus : et on doit considérer que les biens d'EDF et de GDF sont désormais saisissables dans les conditions du droit commun.

---

<sup>2</sup> Précisons qu'il ne s'agit pas seulement des saisies-arrêts, mais de toutes les saisies mobilières ou immobilières : saisie-exécution, saisie-conservatoire, saisie-gagerie, saisie-conservatoire du droit commercial, saisie-revendication, saisies des valeurs mobilières et des droits sociaux, des comptes en banque, des objets placés dans le coffre-fort d'une banque, etc.. et aussi saisies immobilières.

**9.** La généralité de cette conclusion ne devrait pas être remise en cause par la considération qu'EDF et, dans une moindre mesure, GDF, même transformés en sociétés, conservent des missions de service public.

Ainsi par exemple et dans le cas d'EDF, si la loi du 9 août 2004 fait de celle-ci, jusque là établissement public, une société, elle lui conserve largement les missions de service public qu'elle exerce depuis la loi de nationalisation de 1946. La loi du 9 août se présente elle-même comme « *relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières* » et elle relaie la loi du 10 février 2000 « *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité* », lequel « *service public de l'électricité* » est amplement redéfini par le titre Ier de cette loi qui confie expressément ces missions de service public à EDF (art. 2-3° de la loi de 2000 notamment).

Et on peut penser que partie au moins des biens d'EDF sont, comme par le passé, nécessaires à la régularité et à la continuité des missions de service public dévolues à cette Entreprise.

Ne devrait-on pas en déduire que – si ces biens étaient insaisissables par le passé parce qu'indispensables au service public – ils demeurent, pour ce même motif, exempts des voies d'exécution du droit privé, nonobstant la transformation de l'Entreprise en société ? La réponse est négative.

**10.** La jurisprudence en effet a déjà pris parti sur cette question et tranché dans le sens de la simplicité, par appel au seul critère organique : les biens d'une personne privée quelle qu'elle soit, même directement nécessaires à un service public, ne sont pas pour ce motif réputés insaisissables.

Jugé ainsi que le principe d'insaisissabilité ne s'applique pas aux fonds d'un organisme privé chargé d'une mission de service public, en l'espèce une caisse régionale d'assurance maladie (cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 15 nov. 1995, *Cusset c/ CRAVAM*, Courrier jur. des finances 1996, n. 64, p. 6 ; D. adm. 1996, août, sept., chron. n. 11 par H. Moysan).

Plus anciennement la jurisprudence s'est clairement établie sur le principe que les biens du concessionnaire de service public, considérés comme ses biens propres, étaient susceptibles de saisies quand bien même ils seraient directement affectés aux besoins du service public concédé. « *Nul n'a jamais soutenu que la propriété privée du concessionnaire échappât aux voies d'exécution des créanciers pour le recouvrement des dettes contractées pour les besoins du service* » (G.E. Lavau, notes ss. CA Paris 22 déc. 1948, JCP 1949-II-4729 et ss. CA Aix-en-Provence 30 nov. 1949, JCP 1950-II-5245 bis)<sup>3</sup>.

On observera encore que même les partisans les plus tranchés de l'insaisissabilité tiennent pour mesure de celle-ci la personnalité publique de l'organisme propriétaire.

Ainsi M. Denoix de Saint-Marc (note au D. 1985, p. 174) souligne : « *la nécessité d'envisager la question posée, non point à partir de la nature juridique d'un élément*

---

<sup>3</sup> L. Jacquignon cite ainsi une décision de la cour d'appel de Douai du 8 mars 1876 qui valide une saisie immobilière des créanciers d'un concessionnaire du gaz portant sur l'usine de production du gaz elle-même, en l'espèce l'usine de gaz de Maubeuge ; la saisie, qui porte sur l'ensemble des installations, équipements et annexes de l'usine, est valable ainsi que l'adjudication prononcée à la suite de cette saisie (L. Jacquignon, op. cit., n. 458). Et la cour de cassation confirme la décision (cass. 21 janv. 1878, D.P. 1879, p. 273) : « *c'est à bon droit que la concession dont s'agit a été comprise dans l'adjudication immobilière poursuivie par les créanciers ayant hypothèque sur ladite usine et à bon droit aussi que l'arrêt attaqué a jugé que le prix total de cette adjudication était le gage desdits créanciers hypothécaires* ». En 1886, la cour d'appel de Caen valida de même la saisie d'une usine à gaz, avec ses dépendances, conduites, gazomètres, cornues (CA Caen, 1<sup>ère</sup> ch. 26 mai 1886, *Depret c/ Hue et a.*, D.P. 1887, 81.

*du patrimoine ou de l'objet poursuivi par le débiteur, mais bien de la nature de la personne objet de voies d'exécution ».*<sup>4</sup>

6/04/05

---

<sup>4</sup> On peut aussi faire ici appel à certains arguments d'analogie. Ainsi la cour de cassation juge constamment que l'obligation de cotiser au régime d'assurance de l'article L. 143-11-1 du code du travail (loi du 27 décembre 1973) pèse sur toute personne morale de droit privé qui occupe des salariés, peu important qu'elle soit ou non investie d'une mission de service public (cass. soc. 21 avril 1988, Bull. n. 2452 – v. aussi cass. 29 fév. 2000, Gaz pal. 10-11 janv. 2001, observ. F. Tacquet). Et la solution a été appliquée récemment à France Telecom, devenue entreprise privée, et alors même qu'elle reste l'opérateur de service public et qu'elle emploie un certain nombre de personnels transférés qui demeurent soumis à leur ancien statut de fonctionnaire (cass. soc. 7 sept. 2004, *France Telecom c/ AGS et GARP*, à paraître à la Rev. gén. entr. pub. avec rapport Y. Chagny).