

CONSEIL D'ETAT

LL

statuant

au contentieux

N° 420097

REPUBLIQUE FRANÇAISE

ELECTRICITE DE TAHITI (EDT ENGIE)

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Isabelle Lemesle

Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 10ème et 9ème chambres réunies)

M. Edouard Crépey

Rapporteur public

Sur le rapport de la 10ème chambre

de la Section du contentieux

Séance du 3 octobre 2018

Lecture du 18 octobre 2018

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoires en réplique, enregistrés le 23 avril 2018, le 22 juin 2018 et le 27 septembre 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société électricité de Tahiti (EDT ENGIE) demande au Conseil d'Etat :

1°) de déclarer la « loi du pays » n° 2018-16 LP/APF adoptée le 14 mars 2018 par l'Assemblée de la Polynésie française relative aux provisions pour renouvellement des immobilisations dans les délégations de service public non conforme au bloc de légalité défini au III de l'article 176 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;

2°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 5 000 euros à lui verser au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule et son article 74 ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- la « loi du pays » n° 2009-21 du 7 décembre 2009 ;
- la « loi du pays » n° 2009-22 du 7 décembre 2009 ;
- la délibération n° 2005-59 APF du 13 mai 2005 ;
- la délibération n° 2005-64 APF du 13 juin 2005 ;
- la délibération n° 2011-13 APF du 5 mai 2011 ;
- la délibération n° 2018-35 APF du 21 juin 2018 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Isabelle Lemesle, conseiller d'Etat,
- les conclusions de M. Edouard Crépey, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Rousseau, Tapie, avocat de la société électricité de Tahiti (EDT ENGIE) ;

Considérant ce qui suit :

1. La société EDT ENGIE défère au Conseil d'Etat, sur le fondement des dispositions de l'article 176 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, la « loi du pays » adoptée le 14 mars 2018 par l'Assemblée de la Polynésie française, en application de l'article 140 de la même loi organique, relative aux provisions pour renouvellement des immobilisations dans les délégations de service public.

Sur la légalité externe :

2. D'une part, l'article 147 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française dispose: « *Le conseil économique, social et culturel de la Polynésie française est composé de représentants des groupements professionnels, des syndicats, des organismes et des associations qui concourent à la vie économique, sociale ou culturelle de la Polynésie française (...)* ». L'article 148 de la même loi organique précise que la durée du mandat des membres du conseil économique, social et culturel de la Polynésie française est de quatre ans. La délibération du 13 juin 2005 qui définit sa composition, son organisation et son fonctionnement, applicable en l'espèce, fixait à son article 2 le nombre de ses membres à quarante-huit. Elle prévoyait à son article 10 que : « *Au plus tard trois mois avant la fin de la mandature, afin d'assurer le renouvellement de l'institution, le Président de la Polynésie française invite les groupements professionnels, les syndicats, les organismes et les associations à désigner leur(s) représentant(s) et à lui faire connaître leur(s) nom(s) dans un délai de 45 jours à compter de la réception de la lettre d'invitation (...)* » et à son article 8 que : « *Lorsque les trois cinquièmes au moins des membres sont désignés (...), un arrêté du Président de la Polynésie française constate ces désignations. La publication de cet acte au Journal officiel de la Polynésie française ouvre la mandature./ A la date d'échéance du mandat précédent, à défaut de désignation de trois cinquièmes des membres, un arrêté du Président de la Polynésie française constate l'absence de ce quorum et prononce le report sine die de la date d'ouverture de la nouvelle mandature./ Celle-ci intervient dès lors que ce quorum est atteint, dans les formes prévues au premier alinéa du présent article* ». Il résulte de ces dispositions que faute que, dans un délai de 45 jours au moins après y avoir été invités par le Président de la Polynésie française, les syndicats, organismes et associations aient procédé à la désignation d'au moins trois cinquièmes de leurs représentants au conseil économique, social et culturel, la nouvelle mandature ne peut être ouverte par arrêté du Président de la Polynésie française.

3. D'autre part, l'article 151 de la loi organique du 27 février 2004 dispose : « (...) II.- *Le conseil économique, social et culturel est consulté sur les projets et propositions d'actes prévus à l'article 140 dénommés " lois du pays " à caractère économique ou social. A cet effet, il est saisi, pour les projets, par le président de la Polynésie française (...). Il dispose dans ces cas pour donner son avis d'un délai d'un mois, ramené à quinze jours en cas d'urgence déclarée selon le cas par le gouvernement ou par l'assemblée. A l'expiration de ce délai, l'avis est réputé rendu (...)*». L'article 27 de la délibération du 13 mai 2005 portant règlement intérieur de l'Assemblée de la Polynésie française prescrit quant à lui: « *Les projets de loi du pays présentés par le gouvernement ainsi que les propositions de loi du pays déposés par les représentants, accompagnés de leur exposé des motifs, sont enregistrés au secrétariat général de l'assemblée puis transmis par le président de l'assemblée à la commission compétente. / (...)* *Le rapporteur de la loi du pays dépose, pour enregistrement au secrétariat général de l'assemblée, son rapport qui tient compte des observations de la commission compétente ayant examiné le projet ou la*

proposition de loi du pays. Ce rapport est imprimé puis transmis à la conférence des présidents pour inscription à l'ordre du jour d'une séance. Il est diffusé aux représentants douze jours au moins avant la séance (...) ». Il résulte de ces dispositions que si les projets d'actes prévus à l'article 140 de la loi organique du 27 février 2004, dénommés « lois du pays », à caractère économique ou social doivent, en principe, être déposés au secrétariat général de l'Assemblée accompagnés de l'avis du conseil économique, social et culturel, cet avis peut encore intervenir jusqu'à leur adoption par cette dernière, sans que cette circonstance soit, à elle seule, de nature à entacher d'irrégularité la procédure, dès lors que cet avis a pour objet d'éclairer les représentants à l'Assemblée de la Polynésie française.

4. Il ressort des pièces du dossier que le conseil économique, social et culturel de la Polynésie française a été saisi pour examen du projet de « loi du pays » attaquée par une lettre du 11 janvier 2018 du Président de la Polynésie française. En réponse, le président du conseil a fait savoir le 26 janvier suivant que cette saisine n'avait pu être traitée avant l'expiration du mandat de ses membres, intervenue le 19 janvier 2018 en application de l'arrêté n°15 PR du 17 janvier 2014, complété par l'arrêté n°17 PR du 22 janvier 2014. Entretemps, le 17 janvier 2018, le Président de la Polynésie française a, en application de l'article 10 de la délibération du 13 juin 2005 alors en vigueur, invité les groupements professionnels, les syndicats, les organismes et les associations à désigner leurs représentants au conseil économique, social et culturel et à lui faire connaître leurs noms dans un délai de 45 jours à compter de la réception de la lettre d'invitation. Faute qu'après l'expiration de ce délai de 45 jours les trois cinquièmes des membres aient été désignés par les groupements professionnels, les syndicats, les organismes et les associations, la nouvelle mandature du conseil n'a pu être ouverte avant que l'Assemblée de la Polynésie française ne délibère, le 14 mars 2018, sur le projet de « loi du pays » attaquée. A cette date le conseil économique, social et culturel ne pouvant rendre d'avis, sa consultation avait le caractère d'une formalité impossible. Dès lors, le moyen tiré de ce que la « loi du pays » attaquée est entachée d'irrégularité pour avoir été adoptée sans que l'avis préalable du conseil économique, social et culturel n'ait été recueilli ne peut qu'être écarté.

Sur la légalité interne :

En ce qui concerne le cadre juridique :

5. En premier lieu, dans le cadre d'une concession de service public mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique. Le contrat peut attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de concession, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée.

6. En second lieu, à l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application de ces principes, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de

l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci gratuitement, sous réserve des clauses contractuelles permettant à la personne publique, dans les conditions qu'elles déterminent, de faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public. Le contrat qui accorde au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique, ou certains droits réels sur ces biens, ne peut, sous les mêmes réserves, faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la personne publique en fin de concession.

En ce qui concerne les articles LP 1 à LP 5 de la « loi du pays » attaquée :

7. Aux termes de l'article LP 1 de la « loi du pays » attaquée : « Les provisions pour renouvellement des immobilisations prévues au Plan Comptable Général (PCG) applicable en Polynésie française sont l'une des conséquences au plan comptable et financier de l'obligation de renouvellement des biens nécessaires au service public qui pèse sur les délégataires de service public./ Les provisions pour renouvellement ont pour objet de couvrir le différentiel de coût, s'il est positif, entre le bien qui sera renouvelé et la part du bien initial financée par le délégataire./ Elles couvrent uniquement le différentiel de coût, entre deux périodes, pour des biens identiques./ Les provisions pour renouvellement n'ont pas pour objet de couvrir le coût total du bien à renouveler en valeur de renouvellement. Dans le cas où le renouvellement ne porte pas sur un bien strictement identique, il y a lieu d'apprécier la part d'améliorant. Cette part d'améliorant n'est pas couverte par la provision de renouvellement./ La notion de biens identiques s'entend d'un bien ayant la même fonction au regard du service rendu compte tenu de l'obligation d'adapter le service public aux circonstances nouvelles de fait et de droit, notamment aux mutations technologiques./ Les provisions pour renouvellement constituent une dette du délégataire vis-à-vis de l'autorité délégante./ Les provisions pour renouvellement ne peuvent avoir pour objet ou pour effet de produire un revenu distribuable pour le délégataire de service public./ À l'échéance du contrat de délégation de service public, le solde des provisions pour renouvellement non utilisé est restitué à l'autorité délégante qui en dispose dans l'intérêt des usagers du service public ». Aux termes de l'article LP 2 de la même « loi du pays » : « Les dotations aux provisions pour renouvellement sont réalisées bien par bien. / L'inscription des dotations aux provisions pour renouvellement n'est envisageable que dans le cadre d'un programme de renouvellement préalablement validé par l'autorité délégante (...) ». Aux termes de l'article LP 3 : « Les provisions pour renouvellement sont utilisées conformément à leur destination mentionnée à l'article LP 1 et dans le cadre des programmes de renouvellement mentionnés à l'article LP 2. / La provision pour renouvellement utilisée constitue un financement de l'autorité délégante et est maintenue au bilan aux droits du concédant, afin d'éviter un appauvrissement du patrimoine de la délégation ». Aux termes de l'article LP 5 : « Lorsqu'une provision pour renouvellement n'a plus d'objet, elle est par défaut conservée au passif du bilan du délégataire aux droits du concédant et elle est reversée en fin de contrat à l'autorité délégante. / Toute provision pour renouvellement ne satisfaisant pas aux conditions mentionnées au premier alinéa de l'article LP 3 est réputée sans objet. Il en va de même des surdotations de provisions pour renouvellement. / Les produits nets liés au placement de la trésorerie correspondant à ces provisions sans objet sont intégralement reversés aux droits du concédant. / A tout moment, l'autorité délégante peut renoncer à tout ou partie de sa créance. Dans ce cas l'extinction du passif est possible par une baisse équivalente des produits acquis au délégataire ».

8. Il résulte des principes rappelés aux points 5 et 6 que les sommes requises pour l'exécution des travaux de renouvellement des biens nécessaires au fonctionnement du service public qui ont seulement donné lieu, à la date d'expiration du contrat, à des provisions, font également retour à la personne publique. Il en va de même des sommes qui auraient fait l'objet de provisions en vue de l'exécution des travaux de renouvellement pour des montants excédant ce que ceux-ci exigeaient, l'équilibre économique du contrat ne justifiant pas leur conservation par le concessionnaire. Par suite, la loi de pays en prévoyant notamment, aux articles LP 1, LP 3 et LP 5, cités au point 7, que les provisions pour renouvellement constituent un « financement de l'autorité délégante » et que toutes ces provisions qui demeurent non utilisées en fin de contrat doivent revenir au délégant, fixe des règles qui découlent du régime des concessions de service public sans méconnaître ni les libertés contractuelle et d'entreprendre, ni le droit de propriété, ni le principe de libre administration des collectivités territoriales, ni les principes de la commande publique. Elle n'est, par ailleurs, entachée à ce titre ni d'erreur manifeste d'appréciation, ni de détournement de pouvoir.

9. Il résulte également de ce qui précède que la circonstance qu'à l'échéance du contrat de délégation de service public le solde des provisions pour renouvellement non utilisé soit restitué par le délégataire au délégant n'est pas de nature à faire regarder ce contrat comme un marché public.

10. Si la société requérante reproche aux dispositions du premier alinéa de l'article LP 2 d'interdire la compensation entre les provisions surévaluées et les provisions sous-évaluées, cette interdiction résulte de l'obligation pesant sur le concessionnaire de renouveler chacun des biens nécessaires à la continuité du service public et impose en réalité au concessionnaire, conformément aux règles rappelées ci-dessus, d'évaluer précisément le montant des provisions nécessaires pour assurer le renouvellement de chacun des biens nécessaires au fonctionnement du service public..

11. Si la société requérante invoque enfin de l'illégalité des dispositions de l'article LP 4 de la « loi du pays » attaquée, elle n'assortit son moyen d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé.

En ce qui concerne l'article LP 6 de la « loi du pays » attaquée :

12. Aux termes de l'article LP 6 : « I. - Les dispositions de la présente loi du pays s'appliquent aux contrats en cours à compter des exercices comptables clos en 2018./ Lesdits contrats sont mis en conformité avec les dispositions de la présente loi du pays dans un délai maximum de six (6) mois à compter de son entrée en vigueur./ A cet effet, les délégataires de service public doivent notamment évaluer les provisions pour renouvellement constituées avant cette entrée en vigueur selon les modalités de la présente loi du pays et justifier de leur bien fondé à l'aune d'un programme de renouvellement qui doit faire l'objet d'une validation par l'autorité délégante./ II. - Le montant des provisions pour renouvellement constituées avant la présente loi du pays, dont l'évaluation mentionnée au I montre qu'elles sont devenues sans objet, abonde un fonds de travaux créé pour, chaque délégation dont le fonctionnement est précisé au point III./ III. - La participation du fonds de travaux au financement d'un actif est considérée comme un apport de l'autorité délégante./ Si ce fonds de travaux est utilisé pour le financement d'actifs inclus dans le périmètre du contrat, la baisse des charges

d'amortissement induite par cet apport donne lieu à un reversement en fin de contrat des amortissements industriels constitués dans la proportion de ta participation du délégant./ Si le fonds de travaux est utilisé pour le financement d'actifs étendant le périmètre du contrat, cette utilisation doit être préalablement validée par l'autorité délégante ainsi que par la commission de délégation de service public prévue par les lois du pays et faire l'objet d'un avenant au contrat de délégation du service public./ À l'échéance du contrat, la quote-part des biens financés par le fonds de travaux est remise gratuitement à l'autorité délégante. L'éventuel soldé du fonds est restitué à l'autorité délégante./ La trésorerie du fonds est conservée sur un compte bancaire dédié, inutilisable à d'autres fins que celles prévues au présent article. Néanmoins leur placement en valeurs mobilières est admis sous réserve de l'accord de l'autorité concédante, le produit net issu de ce placement venant intégralement abonder le fonds. / À tout moment, l'autorité délégante peut renoncer à tout ou partie de sa créance. Dans ce cas l'extinction du passif est possible par une baisse équivalente des produits acquis au délégataire ».

13. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les articles LP 2 à LP 5 de la loi de pays contestée posent des règles qui découlent des principes des concessions de service public et de l'équilibre économique sur lequel reposent ces contrats. Le I de l'article LP 6 peut donc, en tout état de cause, prévoir leur application aux contrats en cours

14. Toutefois, les dispositions du II et du III de l'article LP 6 imposent, s'agissant des contrats en cours, notamment de faire un point sur le programme des investissements de renouvellement dans les six mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi et l'affectation de la part surévaluée des provisions de renouvellement au regard de ce programme d'investissements à un fonds de travaux dédié à la délégation. Elles prévoient que les sommes affectées au fonds de travaux financent des investissements nouveaux, le délégant ne donnant son accord que pour la réalisation des travaux allant au-delà du périmètre de la délégation. En permettant ainsi, sans justification par un intérêt général et sans condition ni limitation, la réalisation d'investissements nouveaux non prévus au contrat et dans tous les cas hors toute procédure de publicité et de mise en concurrence, le II de l'article LP 6 a, par sa généralité, méconnu les règles de la commande publique tout en affectant la liberté de gestion dont dispose normalement le concessionnaire dans le cours de l'exécution du contrat. Les dispositions du II et du III de l'article LP 6 qui sont divisibles de la « loi du pays » attaquée, doivent en conséquence être déclarées illégales pour ce motif sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens dirigés contre cet article.

15. Il résulte de tout ce qui précède que la société EDT ENGIE est seulement fondée à demander que soient déclarées illégales les dispositions du II et du III de l'article LP 6 de la « loi du pays » qu'elle attaque. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge la Polynésie française la somme que la société EDT ENGIE demande au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, ni de mettre à la charge de la société EDT ENGIE la somme que la Polynésie française demande au même titre.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Le II et le III de l'article LP 6 de la « loi du pays » adoptée le 14 mars 2018 par l'Assemblée de la Polynésie française relative aux provisions pour renouvellement des immobilisations dans les délégations de service public sont déclarés illégaux et ne peuvent être promulgués.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la société électricité de Tahiti (EDT ENGIE) est rejeté, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3: Les conclusions de la Polynésie française présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société électricité de Tahiti (EDT ENGIE), au président de la Polynésie française, au président de l'Assemblée de la Polynésie française, au haut-commissaire de la République en Polynésie française et à la ministre des outre-mer.