N° 361607

Société Électricité de Tahiti (SET)

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 12 juin 2013

Lecture du 10 juillet 2013

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Quelle est la place des nécessités relatives à l'exécution du service public dans l'application des exigences constitutionnelles de la commande publique lorsque ces dernières constituent le seul fondement des obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent à un pouvoir adjudicateur ?

Bien qu'elle soit posée de manière très subsidiaire, telle est la question la plus intéressante que présente à juger le pourvoi formé par la SET à l'encontre de l'arrêt du 9 mai 2012 par lequel la Cour administrative d'appel de Paris a annulé la délibération du 25 août 2009 du Syndicat pour l'électrification des communes du Sud de Tahiti (SECOSUD) renouvelant pour une durée de 16 ans et 9 mois la concession du service public de distribution de l'électricité qu'elle lui avait confié par une convention conclue le 30 décembre 1988. La CAA a qualifié ce renouvellement de nouveau contrat au vu de son objet et de sa durée et jugé que le Syndicat n'avait pu légalement décider de l'attribuer à la SET sans mise en concurrence préalable.

Le premier moyen ne nous retiendra pas longtemps. Il est dirigé contre les motifs par lesquels la Cour a écarté la fin de non recevoir tirée de la tardiveté de la demande de première instance, formée le 11 décembre 2009, plus de deux mois après la délibération attaquée, du 25 août de la même année. Il est constant que la demande, formée par Mme Cross, maire de la commune de Teva I Uta, l'a été au nom de cette dernière. La Cour a fait application de votre décision *Syndicat intercommunal à vocation unique pour le plan d'aménagement du Sundgau*, du 31 mars 2008 (n° 297961, aux T sur ce point), par laquelle vous avez jugé que "la connaissance acquise par les délégués des communes qui ont participé à la séance du conseil syndical au cours de laquelle a été adoptée une délibération du syndicat ne fait pas courir le délai de recours contentieux contre les communes membres de ce dernier". La société requérante vous invite à revenir sur cette jurisprudence, pour les raisons qui avaient été exposées par votre commissaire du gouvernement. Elles ne vous avaient pas convaincues en 2008 et nous ne voyons pas pourquoi elles vous convaindraient davantage aujourd'hui, ni les dispositions applicables, ni la conception stricte du champ de la théorie de la connaissance acquise qui est la votre, n'ayant évolué depuis.

Les trois autres moyens, ou les trois branches du second moyen, selon la présentation du pourvoi, critiquent les trois temps du raisonnement qui a conduit la Cour à retenir une méconnaissance d'une obligation de mise en concurrence. Elle soutient successivement qu'une telle obligation ne s'impose pas aux délégations de service public en Polynésie française, qu'à supposer qu'elle s'impose, le service de distribution d'électricité devrait en être exclu comme il l'est en métropole, qu'enfin les nécessités propres à l'exécution du service public justifiaient d'y déroger.

Il ne fait aucun doute, en premier lieu, que les principes généraux du droit de la commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures¹ sont applicables en Polynésie française.

En effet, ces principes ont, depuis la décision du Conseil constitutionnel 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, qui les rattache aux articles 6 et 14 de la DDHC de 1789, une valeur constitutionnelle. Or la Constitution s'applique évidemment en Polynésie française.

Le législateur organique l'a rappelé en attribuant à la Polynésie française une compétence pour fixer les règles applicables à la commande publique sur son territoire "*dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics* » (art 28-1 de la loi organique du 27 février 2004, dans sa rédaction issue de la loi organique du 7 décembre 2007). Même si ces dernières dispositions ne s'imposent pas directement aux pouvoirs adjudicateurs, elles confirment l'applicabilité en Polynésie française de ces principes.

Vous l'avez d'ailleurs déjà jugé en vous fondant sur ces principes pour imposer aux pouvoirs adjudicateurs polynésiens, dans le prolongement de votre jurisprudence *ANPE* (Section, 30 janvier 2009, n° 290236, p. 3), de fournir aux candidats une information appropriée sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution des marchés publics, même lorsqu'ils n'ont pas choisi de compléter par d'autres critères les six critères qu'impose le code local (7 novembre 2012, *Polynésie française*, n° 360252, à mentionner aux T sur ce point).

La valeur constitutionnelle de ces principes les rend ainsi applicables à l'ensemble de l'ordre juridique français, y compris aux situations auxquelles ne s'applique aucune réglementation particulière, tel qu'un marché conclu à l'étranger pour être exécuté hors du territoire français (29 juin 2012, *Sté Pro 2C*, n° 357976, au rec). Contrairement à ce que soutient la requérante, votre refus de soumettre les conventions d'occupation domaniale au respect d'une procédure de publicité préalable (Sect, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272, p. 472) n'est pas transposable aux contrats relatifs à la commande publique car elle est fondée sur l'absence de disposition législative ou réglementaire ou de principe imposant une telle procédure en matière domaniale, alors que nous venons de voir que de tels principes constitutionnels régissent la commande publique.

Ces principes s'imposent à tous les contrats de commande publique, marchés publics comme délégations de service public (23 décembre 2009, *EP du Musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, au rec). Ils impliquent que ces contrats ne soient pas conclus sans un appel public à la concurrence et une information appropriée des candidats sur les critères de sélection des offres.

En faisant application de ces principes à une délégation de service public en Polynésie française, la cour n'a donc commis aucune erreur de droit.

La société requérante soutient ensuite que s'il faut appliquer en Polynésie française les principes généraux de la commande publique, il faut également y étendre les dispositions qui permettent d'y déroger, notamment l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales qui prévoit que les règles de mise en concurrence ne s'appliquent pas aux délégations de service public "lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise", ce qui est le cas de l'article 18 de la loi du 10 février 2000 qui attribue à EDF un quasi-monopole de gestion des réseaux publics de distribution d'électricité. La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité n'a pas modifié ce monopole.

Vous ne pourrez cependant suivre le raisonnement de la requérante. L'application en Polynésie française des principes généraux du droit de la commande publique est fondée sur la

1 Voyez, pour cette qualification, 23 décembre 2009, EP du Musée et du domaine national de Versailles, n° 328827, au rec.

Constitution. Elle n'implique pas d'importer à la Polynésie française toute la réglementation de la commande publique résultant des lois et règlements applicables à la seule métropole. Or ni le code général des collectivités territoriales, ni la loi 29 janvier 1993 dite loi Sapin, dont sont issues ces dispositions, n'étaient applicables en Polynésie française à la date à laquelle la délibération litigieuse a été prise. La Polynésie française ne s'est dotée d'une réglementation des procédures de passation des délégations de service public, largement inspirée de la loi Sapin, que par une loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009.

La troisième et dernière branche du moyen est, nous vous l'annonçons, la plus intéressante, même si elle n'est pas la plus développée par la requérante. Celle-ci fait valoir que les nécessités propres au service public de distribution d'électricité en Polynésie française justifiaient de déroger aux obligations de publicité et de mise en concurrence et reproche à la cour d'une part de n'avoir pas suffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en omettant d'en rechercher l'existence, d'autre part de les avoir mal appréciées en les écartant.

La première question que pose ce moyen est celui de son caractère opérant. Un pouvoir adjudicateur peut-il se prévaloir d'un intérêt général à ce que le contrat soit conclu avec une entreprise déterminée pour se dispenser du respect de ses obligations de mise en concurrence ?

Les principes généraux du droit de la commande publique ne sont pas plus absolus que d'autres principes de même valeur et le Conseil constitutionnel reconnaît que le législateur peut y apporter des dérogations à condition qu'elles soient réservées « à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé » (décision 2003-473 DC du 26 juin 2003, précitée, cons. 18). Ces caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques peuvent tenir à la « nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions (...) et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution ». Ces motifs ont été jugés par le Conseil constitutionnel de nature à justifier des limitations de la libre administration des collectivités territoriales et de la liberté contractuelle consistant à imposer le renouvellement des concessions de distribution publique de gaz naturel conclues par les collectivités locales avec GDF (2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 31). Ils fondent également le quasi-monopole attribué par la loi du 10 février 2000 à EDF pour la distribution d'électricité et la dispense corrélative des obligations de mise en concurrence pour la passation des conventions avec le titulaire de ce monopole. Et vous savez que le droit de l'Union admet des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, lorsqu'elles sont nécessaires à l'accomplissement du service (CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, pt 14 ; 27 avril 1994, *Cne d'Almelo*, C-393/92, pt 46).

Toutefois, que le législateur puisse prévoir des dérogations aux principes généraux de la commande publique afin de prendre en compte les nécessités du service public n'implique pas nécessairement que chaque pouvoir adjudicateur puisse s'en prévaloir pour s'exonérer des exigences de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent à lui. Il nous semble cependant que vous devez le permettre lorsque ces exigences découlent directement de l'application des principes généraux du droit de la commande publique.

En effet, en l'absence de norme générale intermédiaire assurant la conciliation entre les intérêts que garantissent les principes fondamentaux du droit de la commande publique – l'efficacité de la commande publique, le bon usage des deniers publics, l'égalité entre les candidats, notamment – et les nécessités propres à la gestion de certains services publics, seul le pouvoir adjudicateur, dont l'action n'est régie que par ces principes constitutionnels, est en mesure d'assurer, sous le contrôle du juge, cette conciliation. En juger autrement aboutirait à conférer à ces principes une valeur absolue qu'ils n'ont pas et risquerait de compromettre le respect d'autres principes de

même valeur tels que la continuité du service public ou l'égal accès à ce service.

La situation dans laquelle se trouve le pouvoir adjudicateur est en quelque sorte l'image inversée de celle du gestionnaire du domaine public dont vous avez rappelé qu'il lui appartient, au moment de décider de son affectation, de tenir compte non seulement de l'intérêt du domaine et de l'intérêt général, mais aussi du principe de la liberté du commerce et de l'industrie (Section, 26 mars 1999, *Sté EDA*, n° 202260). Le pouvoir adjudicateur est quant à lui par principe soumis aux principes généraux du droit de la commande publique. Mais il doit aussi prendre en considération les nécessités du service public, qui peuvent justifier de limiter voire d'exclure toute mise en concurrence.

Il ne doit cependant le faire que dans la mesure de ce qui apparaît strictement nécessaire à la sauvegarde d'intérêts généraux de même valeur. La poursuite de l'exécution du service public dans des conditions de nature à assurer sa viabilité en fait naturellement partie.

Le moyen tiré de ce que la bonne exécution du service public de la distribution d'électricité sur l'île rendait nécessaire la prolongation de la concession avec le même opérateur afin qu'il puisse assurer la péréquation des tarifs sur l'ensemble du territoire n'était donc pas inopérant et la cour devait y répondre.

Il nous semble qu'elle l'a fait, même si la rédaction de l'arrêt sur ce point n'est pas des plus claires. La cour a jugé : « que la circonstance que le nouveau terme de la concession, fixé au 30 septembre 2030 par l'avenant litigieux, coïncide avec le terme de la concession d'énergie électrique dévolue par ailleurs à la société EDT pour la région Nord de l'île et autoriserait à ce terme une remise en concurrence globale des concessions pour l'ensemble de l'île est sans incidence sur la légalité de la délibération litigieuse ; que la circonstance que l'avenant litigieux permettrait « l'adossement » de la concession à la concession existante de distribution d'énergie électrique pour la région Nord de l'île en tirant bénéfice de la péréquation des coûts entre les deux concessions est pareillement sans incidence, alors, d'ailleurs, que la mise en œuvre d'une telle technique comptable pourrait avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence entre les candidats éventuels ».

L'hésitation est permise sur ce que la cour a entendu signifier en indiquant, à deux reprises, que les circonstances invoquées étaient « sans incidence » : a-t-elle voulu dire qu'elles n'étaient pas de nature, en l'espèce, à dispenser la collectivité d'une mise en concurrence ou qu'elles n'étaient pas susceptibles, en général, de justifier une dérogation ? Seule cette seconde lecture conduirait à dégager une erreur de droit. Elle nous paraît sévère car nous ne pensons pas que la cour aurait pris la peine de distinguer les deux arguments et d'y répondre précisément si elle les avait estimés inopérants.

Reste à savoir si elle a, ce faisant, inexactement apprécié l'intérêt général qui justifiait, selon la requérante, qu'il soit dérogé aux principes généraux de la commande publique.

Compte tenu de l'enjeu de la question, qui porte sur la conciliation entre des principes et objectifs de valeur constitutionnelle, vous ne pourrez qu'exercer un contrôle entier de l'appréciation portée sur la justification des dérogations apportées aux principes généraux du droit de la commande publique.

En l'espèce, la société requérante soutient que le renouvellement de la concession de Tahiti Sud et l'alignement de sa durée sur celle de la concession de Tahiti Nord, dont la société EDT était également titulaire, avait pour objet de combler le retard de développement de la partie Sud de l'île et de procéder à son rattrapage en terme d'électrification afin de pouvoir disposer d'un réseau homogène.

Toutefois, nous ne voyons pas en quoi l'objectif parfaitement légitime d'un développement du réseau sur la partie Sud de l'île impliquait de confier le service à l'exploitant qui en était déjà titulaire et qui était donc au moins en partie responsable du retard qu'il s'agissait de

combler. Une mise en concurrence, avec des conditions d'exécution propres à atteindre ces objectifs, aurait peut-être permis de faire apparaître une offre plus performante.

Une raison plus pertinente pourrait être recherchée dans la nécessaire péréquation entre les deux parties de l'île, une partie des recettes générées par l'exécution du service dans la partie nord, plus développée, pouvant être affectée au développement du réseau au sud, afin de garantir des tarifs raisonnables. Mais, d'une part, ce motif n'est pas véritablement invoqué par la requérante dont l'argumentation sur ce moyen est très succincte, d'autre part les écritures des demanderesse de première instance contestaient l'efficacité du monopole de fait dont bénéficiait la société EDT. S'appuyant sur un rapport de la Chambre régionale des comptes, elles imputaient précisément à ce monopole une partie des tarifs élevés de l'électricité sur l'île.

Ajoutons que, là-encore, il appartenait à la collectivité de susciter des offres sur des conditions, notamment tarifaires, qu'elle aurait déterminées. Si seule EDT avait été en mesure de proposer une offre compte tenu de la péréquation qu'elle pouvait réaliser, elle aurait obtenu le marché. La viabilité globale du service aurait été davantage compromise si la convention portait sur le renouvellement de la concession pour la partie nord, puisque sa dévolution à un autre opérateur que celui chargé de la partie sud aurait pu affecter le financement de celle-ci.

Nous ne sommes donc pas convaincus que la continuité du service public impliquait une absence de mise en concurrence, surtout pour une durée aussi longue (un peu plus de 16 ans).

EPCMNC au rejet du pourvoi.