

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2200086 du 25 mars 2022

Tribunal administratif de Polynésie française

Juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 6 mars 2022, complétée par des mémoires enregistrés les 17 et 23 mars 2022, la Sas Akuo Energy Porinetia Farani, représentée par Me Cabanes, demande au juge des référés qu'il :

- 1°) enjoigne à la Polynésie française, à titre conservatoire, dès la réception de la présente requête, de différer la signature des contrats d'achats visés à l'article 9 du cahier des charges, et cela dans la limite de 20 jours (en application du troisième alinéa de l'article L. 551-24 du code de justice administrative) ;
- 2°) annule la décision de rejet des trois dossiers de candidature dits Cami-Ra 1, CamiRa 2 et Toaha-RA ;
- 3°) enjoigne au ministre de l'énergie, s'il entendait poursuivre la procédure d'appel à projets et conclure les contrats d'achat, de la reprendre au stade de l'analyse des candidatures, en réintégrant les dossiers de la société Akuo EPF ;
- 4°) condamne le ministre de l'énergie à lui payer la somme de 600 000 francs CFP, au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La Sas Akuo Energy Porinetia Farani soutient que :

- la mise en concurrence d'un appel à projets est justiciable du référé précontractuel lorsqu'elle est susceptible de conduire, ensuite, à la conclusion de contrats publics ; les contrats que le ministre de l'énergie conclura avec les lauréats de l'appel à projets sont incontestablement des contrats publics ; l'exploitation d'une installation de production d'électricité sur le territoire polynésien est soumise à autorisation préalable du président de la Polynésie française, par application des dispositions de l'article LP 312-1 du code de l'énergie ; un contrat public peut être conclu nonobstant l'absence de tout versement d'un prix par la personne publique dès lors que le contrat vise à confier une autorisation d'exploiter ; ces contrats semblent d'ailleurs précisément répondre à la définition d'un marché public au sens de l'article LP 122-1 du code polynésien des marchés publics ; ils visent à satisfaire un besoin du ministère en matière de fourniture d'électricité, et cela moyennant le versement d'un prix ; ils ont pour objet de permettre l'exécution des engagements pris par la Polynésie française, en ce qui concerne sa politique énergétique et les modalités de sa mise en œuvre ; l'examen du cahier des charges de l'appel à projets permet aisément de constater que « l'autorisation d'exploiter » que la Polynésie Française consent aux lauréats ne constitue pas un simple droit d'exploitation : il s'agit d'un droit auquel s'ajoutent de nombreuses obligations « administratives, techniques et financières préalablement fixées » par la Polynésie française, et dont la méconnaissance est contractuellement sanctionnée ; la circonstance que le service de production d'électricité ne constitue pas en tant que telle une activité de service public au sens de l'article LP.311-1 du code de l'énergie n'est pas déterminante car l'accès à l'électricité sur l'ensemble du territoire polynésien constitue bien une mission de service public, comme le précisent clairement les dispositions des articles LP 121- 1 et LP 121-2 du code de l'énergie ; il y a bien des engagements réciproques, une rencontre de volonté et un contrat public ;

- il appartiendra au ministre de justifier de la régularité du recours à cette procédure et non à celles du code polynésien des marchés publics ;
- le président de la Polynésie française est en application de l'arrêté n° 347 CM du 18 mars 2021 seul compétent pour éliminer les candidatures et notifier sa décision aux candidats concernés ; le cahier des charges de l'appel à projets a confié cette mission au ministre de l'énergie qui n'a toutefois pas pris la décision, puisqu'elle a été signée par le ministre de la santé ; l'incompétence de l'autorité qui a statué sur le sort à réserver aux candidatures ou aux offres constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence susceptible d'avoir lésé le candidat-requérant ; l'explication tenant à un risque de conflit d'intérêt de M. Raffin qui a exercé au sein de l'entreprise Electricité de Tahiti (EDT) jusqu'en 2017 ne peut être retenue car le président de la Polynésie française ne justifie nullement que le ministre de la santé disposait effectivement de la compétence pour arrêter la liste des lauréats et surtout, malgré cette situation de conflit d'intérêts, M. Raffin est resté en charge de cette procédure de sa genèse jusqu'à la signature de cette liste de lauréats et donc notamment au stade de l'analyse des candidatures qui est au cœur du présent débat ; également M. Machenaud Jacquier, secrétaire général du gouvernement, est l'auteur du mémoire en défense de la Polynésie française mais également membre du CAMICA qui a procédé à un retrait tardif et bien suspect de l'autorisation d'occupation accordée à l'exposante ;
- le rejet des dossiers de candidature pour les projets Cami-Ra 1 et CamiRa 2 d'une part et Toaho-Ra d'autre part, est entaché d'irrégularité ;
- en application des articles 3.5 et 6.4 du cahier des charges, une simple attestation devait être exigée du candidat démontrant qu'il a entrepris des démarches suffisantes pour disposer du foncier, charge ensuite à lui, après publication de l'arrêté portant autorisation d'exploiter, de justifier dans un délai de 4 mois, sous peine de perte du bénéfice de l'autorisation, de ce qu'il dispose effectivement de la maîtrise du foncier; le ministère avait ouvert une procédure de régularisation des dossiers de candidatures par son courrier du 15 septembre 2021 qui devait le conduire à régulariser ses trois candidature sauf à commettre une violation flagrante et grave des principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement ; au demeurant les justificatifs de maîtrise foncière n'ont pas été demandés lors de la procédure de régularisation en ce qui concerne le projet dit Toaha-Ra alors qu'il lui était parfaitement loisible, dès le 15 septembre 2021, de justifier que les signataires de l'attestation de mise à disposition sont propriétaires exclusifs des parcelles et que la veuve de James X. ne dispose à ce titre d'aucun droit ;
- à titre subsidiaire, les motifs retenus pour écarter ses dossiers de candidatures sont totalement infondés :
- pour les projets Cami-Ra 1 et Cami-Ra 2 la motivation viole le principe d'intangibilité des offres, les stipulations de l'article 3.5 dernier alinéa du cahier des charges et, dès lors que la procédure régularisation n'a pas été mise en œuvre, le principe d'égalité de traitement entre les candidats ; le ministre ne pouvait en aucun cas se fonder sur des éléments extérieurs au dossier de candidature, non soumis au contradictoire, à savoir la volte-face, manifestement sous pression, du conseil

d'administration de la mission catholique de Tahiti, a fortiori lorsqu'ils sont postérieurs de plusieurs mois à la date limite de remise des dossiers de candidature ; s'il n'est pas contesté que les candidats devaient produire des justificatifs de maîtrise foncière, la rédaction de l'article 3.5 du cahier des charges ne permettait pas de considérer que le défaut de production de tels justificatifs devait conduire au rejet du dossier de candidature dès lors que le candidat avait quatre mois après la publication de l'arrêté portant autorisation d'exploiter pour en justifier ;

- pour le dossier de candidature Toaho-Ra l'attestation signée par les trois coindivisaires doit suffire à ce stade de la procédure ; les dispositions relatives à la gestion d'un bien indivis, énoncées aux articles 815-2 à 815-7 du code civil, modifiées par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006, n'imposent plus l'unanimité mais la majorité pour prendre ce type d'engagement dans le cadre d'une indivision ; il n'appartient pas au ministère de présumer l'existence de droits de légataires particuliers que le libellé de l'attestation exclut implicitement mais nécessairement ; en toute hypothèse là encore la procédure de régularisation devait être mise en œuvre ; au demeurant une attestation notariale établit la propriété exclusive par les trois signataires ;

- sa notation sur chacun des critères la plaçant en première position pour au moins deux de ses projets, le ministère a eu recours à l'artifice de la non-conformité de ses dossiers de candidature pour écarter ses 3 projets et leur privilégier des projets dits « locaux » ; ses intérêts sont donc indéniablement lésés ; retenir sa candidature aurait fait économiser 193 millions de FCFP aux consommateurs polynésiens chaque année ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 21 mars 2022, les sociétés Mahana O Hiupe, ManaSolar et Engie Renouvelables Polynésie, représentées par Me Quinquis, concluent au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la requérante une somme de 200 000 FCFP à leur verser à chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- le référé précontractuel est irrecevable ; ainsi qu'il résulte de l'article 9 du cahier des charges, le contrat à conclure à l'issue de l'appel à projets est un contrat de droit privé, conclu non pas avec la Polynésie française mais avec les sociétés qui achètent l'énergie produite pour la distribuer (les sociétés EDT ou TSE) ou pour la transporter (la société TEP) ; la production d'électricité n'est pas un service public (article LP 311-1 du code de l'énergie) ; l'administration n'accorde qu'une autorisation d'exploiter ; la présentation tronquée des faits par la société Akuo Energie a induit le juge des référés en erreur puisqu'il a fait différer la signature d'un contrat par la Polynésie française qui n'existera de toute façon jamais ;

- la Polynésie française lui a demandé de compléter son dossier. par son courrier du 15 septembre 2021, alors qu'il ne s'agit que d'une faculté offerte par l'article 5.1 du cahier des charges ; or l'article 3.1 du même document indique que les candidats doivent justifier d'une maîtrise foncière valable, et l'article 5.1 précise que les dossiers incomplets ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure ;

- s'agissant des projets CAMICA, le pouvoir de consentir un bail ou une mise à disposition n'appartient pas à M. Cottanceau mais à l'organe délibérant du conseil d'administration de la mission catholique et

l'attestation remise précise bien qu'elle n'est pas créatrice de droits, ne satisfaisant pas aux prescriptions prévues par l'article 3.5 du cahier des charges de l'appel à projets exigeant un engagement ferme et valable ; au demeurant la délibération n° I du CAMICA du 9 février 2022, fait état du refus du CAMICA de valider les attestations sur [l'honneur signées par Monseigneur Cottanceau ; au stade de la candidature, une attestation formalisant l'engagement du propriétaire de mettre à disposition ses surfaces était considérée comme valable, puis le lauréat avait quatre mois pour formaliser l'acte définitif de maîtrise lui-même ; dès lors qu'il est établi que l'attestation elle-même était viciée, le dossier de candidature ne pouvait qu'être rejeté ; les pressions évoquées ne sont en rien établies ;

- s'agissant du projet X., l'attestation de Sarah, James et Tehani X., qui sont les enfants de feu James X. décédé le 5 mai 2018, ne permet pas de considérer ce justificatif de propriété comme étant suffisant dès lors que l'acte de notoriété du de cujus fait état d'une succession complexe, impliquant également sa veuve et des légataires particuliers, ne permettant pas de présumer que les signataires de l'autorisation seraient propriétaires du foncier concerné par le projet ; le bail commercial à conclure impliquerait nécessairement l'accord de tous les indivisaires dont la veuve du défunt ; il n'en a pas été justifié ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 22 mars 2022, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable ; la procédure de référé précontractuel ne peut être mise en œuvre à l'égard d'une autorisation unilatérale d'exploiter ; telle est le cas de la présente procédure qui a abouti à la désignation des lauréats ; aucun contrat n'est appelé à être conclu entre les lauréats et « le Ministre de l'Energie » ; la « production d'électricité ne constitue pas une activité de service public » (article LP 311-1 du code de l'énergie) ;

- à titre subsidiaire le requête est non fondée ;

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;

- l'arrêté n° 347/CM du 18 mars 2021 modifié ;

- le code des marchés publics de la Polynésie française ;

- le code de l'énergie de la Polynésie française ;

- le code de justice administrative.

Par une ordonnance en date du 7 mars 2022 le juge des référés a enjoint à la Polynésie française de différer la signature des contrats portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations photovoltaïques avec stockage sur l'île de Tahiti (tranche 1) jusqu'au 26 mars 2022.

Après avoir entendu lors de l'audience publique du 23 mars 2022 en présence de Mme Ly, greffière, M. Devillers, juge des référés, en son rapport, Me Michaud, pour la Sas Akuo Energy Porinetia Farani, Mme Izal pour la Polynésie française et Me Quinquis pour les sociétés Mahana O Hiupe, ManaSolar et Engie

Renouvelables Polynésie.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit : 1. Aux termes de l'article L.551-24 du code de justice administrative : « (...) en Polynésie française (...), le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés et contrats publics en vertu de dispositions applicables localement. / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le haut-commissaire de la République dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. / Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ;

2. Il résulte de l'instruction qu'un avis d'appel à projets portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations photovoltaïques avec stockage sur l'île de Tahiti (tranche 1) a été publié par le ministre en charge de l'économie et de l'énergie le 23 avril 2021 au JOPF, selon la procédure de l'appel à projets ouvert, les conditions de participation et les critères de notation et pondération étant définis dans un cahier des charges. La Sas Akuo Energy Porinetia Farani, estimant que le rejet de ses dossiers de candidature pour les projets Cami-Ra 1, CamiRa 2 et Toaho-Ra est entaché d'irrégularités, demande au juge des référés d'annuler la procédure de passation de ces contrats et d'enjoindre au ministre de l'énergie de la reprendre au stade de l'analyse des candidatures.

3. Aux termes de l'article LP 323-1 code de l'énergie de la Polynésie française : « La Polynésie française sur l'île de Tahiti ou l'autorité compétente dans les îles, peuvent recourir à la procédure d'appel à projets, notamment afin d'atteindre les objectifs de programmation pluriannuelle des investissements ou les volumes de puissances autorisées (...). Aux termes de l'article LP 323-2 : « La procédure d'appel à projets est conduite dans le respect des principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès et de transparence des procédures. L'appel à projets peut être ouvert ou restreint. L'appel à projets est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une candidature. L'appel à projets est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des candidatures les candidats qui y ont été autorisés après sélection. Le choix entre les deux formes d'appel à projets est libre ». L'article LP 323-3 dispose : « Les conditions de cet appel à projets sont définies sur la base d'un cahier des charges précisant notamment les caractéristiques énergétiques, techniques, économiques, la puissance garantie, les performances exigées en matière de rendement énergétique et, le cas échéant, l'implantation géographique de l'installation de production ou de stockage objet de l'appel à projets et les garanties financières. Un avis d'appel à projets est publié au Journal officiel de la Polynésie française (...) Après avis de la commission

d'appel à projets, l'autorité compétente se prononce sur l'élimination des candidatures, après avoir effectué les opérations de régularisation le cas échéant, le classement de celles qui ont été admises et sur la liste des lauréats. L'autorité compétente notifie la décision qui le concerne à chaque candidat. Le choix du ou des candidats retenus est constaté par un acte de l'autorité compétente publié au Journal officiel de la Polynésie française ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales. L'autorisation d'exploiter prévue à la section 2 du chapitre 1er du titre 3 peut être délivrée aux lauréats, après avis de la commission de l'énergie (...) ».

4. Aux termes de l'article 21 de l'arrêté n° 347 CM du 18 mars 2021 définissant la procédure d'appel à projets portant sur des installations de production d'électricité issue d'énergies renouvelables sur l'île de Tahiti : « Le(s) lauréat(s) désigné(s) par décision de l'autorité compétente et dont le projet a été autorisé après avis de la commission de l'énergie, peut bénéficier, selon les modalités prévues par la section 2 du chapitre 2 du titre 3 du code de l'énergie, d'un contrat d'achat pour l'électricité produite » ;

5. Aux termes de l'article 1.3. du cahier des charges de l'appel à projets litigieux : « Conditions générales de l'appel à projets (...) Le ou les lauréat(s) obtenant une autorisation d'exploiter pourront bénéficier d'un contrat d'achat de l'électricité produite selon les modalités prévues par la section 2 du chapitre 2 du titre 3 du code de l'énergie et précisées au chapitre 9 du présent cahier des charges. Aux termes dudit chapitre 9 : « Les lauréats de l'appel à projets dont le projet a été autorisé concluront avec l'acheteur un contrat reprenant les conditions du cahier des charges, les caractéristiques de leur dossier de candidature final et les informations apparaissant dans l'autorisation d'exploiter (puissance installée, prix de vente, etc.). Le candidat est tenu de vendre à l'acheteur la totalité de l'électricité produite par l'installation considérée, sauf la part qu'il consomme lui-même (...) ». Enfin, aux termes du préambule « Définitions » du même cahier des charges : « Acheteur : Gestionnaire du réseau sur lequel sera raccordée l'installation : EDT ou Tahiti Sud Energie pour le réseau de distribution, TEP pour le réseau de transport ».

6. D'une part, il résulte des dispositions précitées encadrant l'appel à projets pour la production et fourniture d'électricité à Tahiti, que la procédure de sélection des lauréats par la Polynésie française a pour objet de les autoriser à contracter avec « EDT ou Tahiti Sud Energie pour le réseau de distribution, TEP pour le réseau de transport », personnes morales de droit privé. Les contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé, hormis le cas où l'une des parties agit pour le compte d'une personne publique ou celui dans lequel ils constituent l'accessoire d'un contrat de droit public. En l'absence de tout mandat donné à l'un de cocontractants par une personne publique, les contrats à conclure dans ces conditions sont donc des contrats de droit privés, dont la passation n'est, dès lors, pas soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence au respect duquel il appartient au juge du référé précontractuel visé à l'article L.551-24 du code de justice administrative de veiller.

7. D'autre part, il ne résulte pas davantage de ces dispositions, ni de l'instruction, que la procédure d'appel à projets en cause ferait naître une relation contractuelle entre la Polynésie française et les lauréats qu'elle désigne, quand bien même les autorisations d'exploiter ainsi délivrées permettraient de

satisfaire des besoins de cette collectivité, au sens du droit des marchés publics. Si le cahier des charges comporte des obligations, à la charge des lauréats, la Polynésie française ne souscrit pour sa part aucune obligation à leur égard. Aucun contrat avec eux n'est, au demeurant, signé par le représentant de la Polynésie française, ni approuvé par l'organe compétent de la collectivité.

8. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la requête portée devant le juge des référés par la Sas Akuo Energy Porinetia Farani sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-24 du code de justice administrative ne peut qu'être rejetée.

Sur les frais liés à l'instance :

9. Dans les circonstances de l'espèce, les conclusions de la société Akuo Energy Porinetia Farani tendant à la condamnation de la Polynésie française au versement d'une somme au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées. Il y a lieu, en revanche, de mettre à sa charge une somme de 100 000 FCFP à verser respectivement à la société Mahana O Hiupe, à la société ManaSolar et à la société Engie Renouvelables Polynésie sur ce fondement.

ORDONNE :

Article 1er : La requête est rejetée.

Article 2 : La société Akuo Energy Porinetia Farani versera une somme de 100 000 FCFP à la société Mahana O Hiupe, à la société ManaSolar et à la société Engie Renouvelables Polynésie, chacune, sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la Sas Akuo Energy Porinetia Farani, à la Polynésie française et aux sociétés Mahana O Hiupe, ManaSolar et Engie Renouvelables Polynésie.

Copie en sera adressée au haut-commissaire de la République en Polynésie française

Fait à Papeete, le 25 mars 2022.

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision. Pour expédition conforme,
Un greffier,