

Décision du Tribunal administratif n° 2000682 du 24 mai 2022

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires enregistrés les 23 décembre 2020, 18 mai et 13 octobre 2021 et 27 janvier 2022, la Polynésie française, représentée par la SCP Seban et Associés, demande au tribunal :

1°) de constater les manquements commis par la société Electricité de Tahiti (EDT) au vu des dotations aux provisions pour renouvellement et des dotations aux amortissements techniques irrégulièrement reprises en résultat ;

2°) d'enjoindre à la société EDT de lui communiquer les éléments comptables demandés dans son courrier du 19 février 2020 (ensemble des documents annuels comptables pour la période 1999-2016 permettant de retracer les cumuls des dotations aux provisions pour renouvellement, des reprises au résultat de provisions pour renouvellement, des dotations aux amortissements techniques, des reprises au résultat d'amortissements techniques, des dotations aux amortissements de caducité, des reprises au résultat d'amortissements de caducité, des dotations aux compléments d'amortissements de caducité, des reprises au résultat d'amortissements de caducité), dans un délai de deux mois suivant la notification du jugement à intervenir, sous astreinte de 1 000 000 F CFP par jour de retard et, à défaut, par ensemble de documents comptables à remettre ;

3°) d'enjoindre à la société EDT d'inscrire en droits du concédant du bilan de la concession de Tahiti-Nord la somme de 1 475 423 632 F CFP correspondant aux reprises des provisions pour renouvellement et des amortissements techniques pour les années 2014 à 2016, à compléter des sommes résultant des éléments comptables sollicités pour la période 1999- 2016 ;

4°) d'enjoindre à la société EDT de justifier de ces réinscriptions par la remise de comptes du délégataire corrigés, dans un délai de deux mois suivant la notification du jugement à intervenir, ainsi que par la remise de comptes sociaux régularisés sous un délai d'un an suivant la notification du jugement à intervenir et, à défaut, sous astreinte de 1 000 000 F CFP par jour de retard et par acte à régulariser ;

5°) de mettre à la charge de la société EDT la somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est recevable ;
- le concessionnaire EDT s'est autorisé à reprendre irrégulièrement, pour les années 2009 à 2016, les provisions pour renouvellement, les amortissements techniques et les amortissements de caducité qui existaient dans les comptes de la concession ; ces reprises de charges calculées viennent indûment enrichir le concessionnaire et remettent en cause l'équilibre financier de la concession à long terme, au détriment de l'autorité concédante et des usagers à qui il a été appliqué un tarif de vente de l'électricité calculé sur la base des charges supportées par le concessionnaire ; les amortissements techniques et les provisions pour renouvellement repris par la société EDT pour la période précitée, à défaut d'avoir été rendues à l'utilisateur, doivent être réintégrés en droits du concédant ; le montant à réintégrer,

correspondant aux reprises de provisions pour renouvellement et d'amortissements techniques pour les années 2014 à 2016 s'élève à la somme arrondie de 1,475 milliards de francs CFP, sans préjudice des sommes restant à évaluer depuis 1999 ; - il appartient au juge du contrat de constater les manquements de la société EDT et de lui ordonner, par voie d'injonction, de les faire cesser, les injonctions sollicitées étant parfaitement recevables en l'espèce ; la correction ou le redressement des comptes du délégataire impose nécessairement une rectification rétroactive ; sa demande d'injonction en ce sens est ainsi fondée ;

- en procédant aux reprises de provisions pour renouvellement et d'amortissements techniques, la société EDT a également porté atteinte aux droits de l'autorité concédante ; l'arrêt du Conseil d'Etat n° 420097 du 18 octobre 2018 a rappelé le cadre juridique dans lequel les provisions pour renouvellement sont constituées ; elle est fondée à se prévaloir des principes dégagés par l'arrêt du Conseil d'Etat précité qui s'appliquent également aux situations antérieures dès lors qu'elles contreviennent aux règles qui visent à protéger le patrimoine (biens de retour de concession) des personnes publiques ; ce n'est pas parce que les provisions excédentaires constituées au cours de l'exécution d'un contrat de concession sont censées faire retour à l'autorité concédante en fin de contrat seulement que le concessionnaire peut faire ce qu'il veut de ces provisions en cours d'exécution du contrat ; s'il n'est pas contesté que le concessionnaire jouit d'une autonomie de gestion, cela ne signifie pas qu'il peut disposer d'une totale liberté dans la détermination des modalités de constitution et de reprise des provisions ; dès lors en outre que les provisions ont été qualifiées par le Conseil d'Etat de biens de retour, il ne fait aucun doute qu'elles demeurent en toutes circonstances la propriété de l'autorité concédante ;

- il doit être constaté que les provisions pour renouvellement et les amortissements techniques ont été reprises par le concessionnaire en méconnaissance de ses obligations contractuelles alors qu'elles n'ont pas été justifiées par la réalisation des travaux de renouvellement qui les avaient motivées ; ces dotations soustraites des comptes spécifiques de la concession doivent y faire retour sans délai ; ce manquement s'élève déjà à la somme de 1,475 milliard F CFP correspondant aux reprises de provisions pour renouvellement et d'amortissements techniques sur les années 2014 à 2016, somme qui doit être réintégrée en droits du concédant, sans préjudice des sommes restant à évaluer ; la société EDT ne démontre pas en quoi l'équilibre économique de son contrat de concession serait atteint par la réinscription en droits du concédant de la somme de ladite somme plus précisément évaluée à 1 475 423 632 F CFP ; - les dispositions contractuelles applicables ne prévoient pas de sanctions spécifiques pour contraindre EDT à traiter les provisions pour renouvellement ainsi qu'elle le demande ou à transmettre des documents ; malgré de nombreux échanges et des mises en demeure, la société EDT a persisté à refuser de faire droit à ses demandes ; ces éléments ci-dessus énoncés justifient ses demandes d'injonction ;

- s'agissant d'un contentieux visant à obtenir l'exécution du contrat, EDT ne saurait subordonner l'exécution de ses obligations résultant du cahier des charges du contrat de concession à la démonstration d'un préjudice tenant au défaut de renouvellement des ouvrages, dès lors que cette

action contentieuse vise justement à anticiper cette situation ;

- que ce soit en sa qualité d'autorité réglementaire ou d'autorité concédante, elle veille à la bonne organisation du service public ainsi qu'à la préservation des intérêts des usagers et de ses droits patrimoniaux ;

- non seulement la société EDT ne prend aucun risque dans la gestion de l'activité en question, alors que c'est l'essence même d'un contrat de concession de service public, mais encore, elle se trouvera doublement rémunérée : d'une part, par les provisions et amortissements repris en résultat et, d'autre part, par l'augmentation en conséquence des charges du concessionnaire que l'utilisateur devra couvrir par le prix de l'électricité qu'il paye ;

- le présent contentieux est l'un des aboutissements des redressements souhaités par la Polynésie française face aux comportements opaques et économiquement injustifiés de son concessionnaire EDT ; il ne méconnaît aucunement le principe de loyauté des relations contractuelles ;

- l'avenant n° 17 à la concession qui la lie à la société EDT, signé le 29 décembre 2015, ne porte en rien sur les provisions pour renouvellement ; cet avenant n'a scellé aucune renonciation de la Polynésie française en la matière ; il n'a pas pu impacter les comptes de l'exercice 2014 et encore moins ceux qui précèdent ;

- contrairement à ce que fait valoir EDT, la Polynésie française entend faire respecter le droit des contrats administratifs et le principe des droits du concédant s'agissant de la propriété des sommes indument retenues au titre des provisions pour renouvellement et amortissements techniques et non pas l'application des règles comptables et fiscales, ce qui est ici inopérant ;

Par des mémoires enregistrés les 9 avril, 10 septembre et 8 novembre 2021 et 8 mars 2022, la société EDT, représentée par Me Brice (cabinet Jones Day), conclut au rejet de la requête, à ce que la somme de 2 000 000 F CFP soit mise à la charge de la Polynésie française au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et à la condamnation de la Polynésie française aux dépens éventuels.

Elle fait valoir que :

- en dépit du principe de loyauté des relations contractuelles, la requête de la Polynésie française s'inscrit dans la continuité d'une liste d'actes entrepris par elle depuis 2016, remettant en cause la lettre, l'esprit et l'équilibre économique du contrat conclu avec elle ;

- les développements de la Polynésie française, qui évoquent de manière très large des manquements contractuels de la société EDT (sans invoquer la méconnaissance de dispositions spécifiques) ne démontrent pas l'existence des manquements allégués ; la Polynésie française invoque de manière vague une atteinte aux intérêts des usagers ainsi qu'une atteinte aux intérêts de l'autorité concédante sans parvenir à démontrer leur matérialité ; elle a respecté strictement les règles comptables applicables, sous le contrôle de ses commissaires aux comptes ; elle a appliqué en toute légalité certaines reprises en résultat de provisions devenues sans objet au cours des années passées ; ces reprises ne lui ont procuré aucun enrichissement et il serait directement attentatoire à l'équilibre économique et financier du contrat en cours que le concessionnaire soit dans l'obligation de restituer des provisions, alors que dans le même temps, il a dû augmenter ses charges pour couvrir des besoins

de renouvellement supérieurs, sans bénéficier d'ajustements de tarifs ; les prétentions de la Polynésie française sont ainsi étonnantes puisqu'elles reviennent à réclamer la propriété de sommes pourtant destinées à assurer, en cours d'exécution du contrat (lequel a encore vocation à courir jusqu'en 2030), l'exécution du service ; les ouvrages ont toujours été correctement maintenus et renouvelés conformément à l'article 7 du cahier des charges, annexé au contrat de concession, et aucun risque pesant sur A... fonctionnement des ouvrages n'est caractérisé ; comme le reconnaît la Polynésie française elle-même, la société EDT a correctement exécuté le service sur le plan technique ;

- elle n'a pas manqué à ses obligations contractuelles ; aucune clause du cahier des charges n'interdit la reprise en résultat par le concessionnaire, en cours d'exécution du contrat, de l'excédent de provisions pour renouvellement non utilisées ; elle était libre et fondée, au titre des années 1999 à 2016, de reprendre en résultat les excédents de provisions pour renouvellement dès lors que cette pratique n'avait aucun effet sur le droit du concédant à récupérer, en fin de contrat, le solde des provisions finalement non dépensées sur la durée résiduelle de la concession ;
- s'agissant de l'atteinte alléguée aux droits des usagers, la Polynésie française ne démontre pas en quoi la constitution de provisions et amortissements aurait eu un impact sur le calcul du prix de l'électricité ; aucune évaluation qualitative ou quantitative de cet impact n'est proposée ;
- ce n'est qu'à compter de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 420097 du 18 octobre 2018 que la Polynésie française a vu l'opportunité d'instrumentaliser cette jurisprudence afin de récupérer de manière aussi infondée que déloyale et par tous moyens, des sommes pourtant régulièrement intégrées dans les comptes clos et certifiés du concessionnaire ; les reprises de provisions qui ont été menées en cours du contrat, sont en conformité avec la jurisprudence et le principe dégagé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt précité n° 420097 du 18 octobre 2018 qui ne s'applique qu'aux seules provisions pour renouvellement non-consommées au terme de l'exécution du contrat de concession, et non pas aux reprises ou dotations effectuées normalement chaque année en cours d'exécution du contrat ; la requérante reconnaît que ces provisions étaient justifiées par un réel besoin de renouvellement ; seule l'application restrictive de la loi a imposé de les classer en provisions non justifiées, donc « sans objet », alors que la charge prévisionnelle était bien reconnue ; la Polynésie française considère que les excédents de provisions pour renouvellement constatés en cours d'exécution du contrat lui seraient automatiquement acquis et ne pourraient être réutilisés a posteriori par le concessionnaire ; ce faisant, elle procède à une lecture erronée de la décision précitée du Conseil d'Etat du 18 octobre 2018 qui ne peut être raisonnablement suivie ;
- au regard du principe de loyauté des relations contractuelles, les moyens invoqués par la Polynésie française pour contraindre son cocontractant à restituer des excédents de provisions pour renouvellement et des amortissements repris à son résultat il y a 5 à 20 ans sont inopérants et la créance dont tente de se prévaloir la Polynésie française est infondée ;
- le reversement rétroactif de sommes à l'autorité concédante constituerait une ingérence au droit au respect des biens manifestement excessive au regard de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- la demande de la Polynésie française visant à l'appropriation des seules reprises de provisions et d'amortissements se traduirait par une charge supplémentaire de plusieurs milliards de francs CFP remettant directement en cause sa pérennité et la sécurité du service public ; cette demande n'aurait aucun sens au plan économique et de la sécurité juridique, sous prétexte de défense de l'intérêt général, elle s'apparenterait plutôt à un enrichissement sans cause de l'autorité concédante, au détriment de son concessionnaire ; - les injonctions formulées par la Polynésie française présentent un caractère irrecevable et infondé ; conformément au principe général rappelé par le Conseil d'Etat dans sa décision précitée du 18 octobre 2018, les sommes dont il est demandé l'inscription en « droits du concédant » pourront, au gré des besoins de renouvellement, être réutilisées par la société EDT pour remplir ses obligations contractuelles, lesquelles sommes ne sont pour le moment pas intangibles et relèvent de la liberté de gestion du concessionnaire ; contrairement à ce qu'elle soutient, la Polynésie française dispose de l'ensemble des moyens de contrainte nécessaires pour pallier le prétendu risque sur les conditions de renouvellement des biens de la concession ; en tout état de cause, ces demandes se heurtent à la règle de prescription et les sommes sollicitées pour la période 1999 - 2016 ne sont d'ailleurs pas chiffrées ce qui rend la demande correspondante irrecevable.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- la loi du pays n° 2018-34 du 30 octobre 2018 ; - le code de justice administrative ;

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Graboy-Grobescio, rapporteur,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- et les observations de M. A... pour la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. La société EDT a en charge la gestion du réseau public de distribution d'électricité sur la partie Nord de l'île de Tahiti dans le cadre du contrat de concession signé le 27 septembre 1960 avec la Polynésie française. Ce contrat a pour objet la production et la distribution publique d'énergie électrique pour tous usages, pour une durée initiale de 40 ans. De nombreux avenants ont été négociés et conclus entre les parties afin d'adapter ledit contrat aux évolutions du secteur électrique à Tahiti. La Polynésie française s'était désistée d'un précédent contentieux enregistré au greffe du tribunal de céans sous le numéro 2000047 relatif à ses droits concernant seulement les provisions pour renouvellement reprises au titre de l'exercice 2017. En effet, un accord avait été trouvé entre les parties qui s'est concrétisé par la signature de l'avenant n° 18 B modifiant le cahier des charges de la concession de distribution publique d'énergie de Tahiti. Pour le cas présent, par un courrier du 19 février 2020, la Polynésie française a mis en demeure la société EDT de produire les documents comptables relatifs au traitement des amortissements techniques et provisions pour renouvellement (« charges calculées ») au titre des exercices 2016 et antérieurs, exigeant la communication de documents depuis l'exercice comptable de

1999. Ce courrier faisait état de « pratiques irrégulières » identifiées par la Polynésie française sur les reprises de charges calculées relatives aux amortissements pour dépréciation et de caducité et en ce qui concerne les provisions pour renouvellement des biens nécessaires au fonctionnement du service public. Le 4 juin 2020, la société EDT a indiqué à la Polynésie française qu'elle ne s'opposait pas à la communication des documents demandés sous réserve notamment que la régularité des pratiques qui lui sont reprochées soit au préalable tranchée par un arbitrage contradictoire auprès de la commission de régulation de l'énergie (CRE) ou par la juridiction administrative. Par un courrier du 5 août 2020, la Polynésie française a pris acte du refus de la société EDT de transmettre les documents et données sollicités et, après reconstitution de l'historique des charges calculées comptabilisées au périmètre de la concession de Tahiti-Nord, a mis en demeure la société concessionnaire de rétablir au compte « droits du concédant » la somme de 1,475 milliard de francs CFP correspondant aux reprises de provisions pour renouvellement et aux reprises des amortissements techniques opérées sur la période 2009 à 2016. Dans ce même courrier, la Polynésie française précise qu'elle entend que les principes dégagés par le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 420097 « Société électricité de Tahiti » du 18 octobre 2018, relatifs aux sommes provisionnées par un concessionnaire de service public en vue du renouvellement des biens nécessaires au fonctionnement d'un service public, soient pleinement appliqués. Par un courrier du 7 septembre 2020, la société EDT a rejeté les demandes de la Polynésie française au motif qu'elles ne sont pas juridiquement fondées et a confirmé ne pas pouvoir donner suite à la demande d'affectation de la somme de 1,475 milliard de francs CFP aux droits du concédant. Par la présente requête, la Polynésie française, qui se prévaut ainsi d'une créance à l'égard de son concessionnaire, doit être regardée comme demandant à titre principal la condamnation de la société EDT à lui affecter la somme de 1 475 423 632 F CFP correspondant aux reprises des provisions pour renouvellement et des amortissements techniques pour les années 2014 à 2016, à compléter des sommes résultant des éléments comptables sollicités pour la période 1999-2016.

Sur le cadre juridique du litige :

2. Aux termes de l'article LP 1 de la loi du pays du 30 octobre 2018 relative aux provisions pour renouvellement des immobilisations dans les délégations de service public : « 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./ (...)./ 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 cette 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 de la loi précitée : « 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 de cette loi : « 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 sur-dotations 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 ». Enfin, l'article LP 6 de ladite loi du pays dispose que « (...) 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. ».

3. S'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion du service public en adressant sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du marché, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son co-contractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle. En pareille hypothèse le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du co- contractant de l'administration, une condamnation sous astreinte à une obligation de faire.

4. 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.

5. A 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.

6. Les sommes requises pour l'exécution des travaux de renouvellement des biens appartenant à la personne publique nécessaires au fonctionnement du service public qui ont seulement donné lieu à des provisions font, à la date d'expiration du contrat de concession, comme ces biens, 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.

7. Le concessionnaire a l'obligation de renouveler chacun des biens nécessaires à la continuité et au fonctionnement du service public, ce qui le contraint d'évaluer précisément le montant des provisions nécessaires pour assurer le renouvellement de chacun des biens concernés.

8. En l'espèce, l'article 7 du cahier des charges, annexé au contrat de concession de distribution publique d'énergie électrique litigieux, stipule que : « Le concessionnaire est tenu d'établir, d'exploiter, d'entretenir et de renouveler à ses frais les ouvrages faisant partie de la concession, de manière qu'ils soient maintenus en bon état de service. ». Aux termes de l'article 11.1 de ce cahier des charges : « La rémunération du concessionnaire pour le service public rendu, est conventionnellement encadrée et dénommée « revenu autorisé ». La méthode de calcul du montant annuel de ce « revenu autorisé », ainsi que la valeur de ses paramètres de départ, ont été définies suite à la mission d'un cabinet d'audit indépendant pour définir une comptabilité analytique : la comptabilité appropriée. Cet examen détaillé des comptes de la concession permet un contrôle, une analyse et une évaluation par métiers et par activités des coûts supportés par le concessionnaire. (...) ». L'article 21 dudit cahier des charges précise que « La durée de la présente concession est prorogée de 10 années. Elle prend fin le 30 septembre 2030. (...) ». Aux termes de l'article 22.1 du cahier des charges, annexé au contrat de concession précité : « A l'expiration de la concession, l'autorité concédante sera subrogée aux droits du concessionnaire et prendra possession de tous ouvrages de production faisant partie intégrante de la concession qui lui seront remis gratuitement. Une indemnité sera versée au concessionnaire pour la valeur non amortie des ouvrages établis par ce dernier pendant les dix dernières années de la concession, pour autant que le concessionnaire ait contribué au financement de ces ouvrages, et dans la

proportion de sa participation à leur premier établissement. Il faut entendre par ouvrages établis les biens de premier établissement et la part améliorante le cas échéant des biens de renouvellement. Cette indemnité sera égale au montant des dépenses justifiées par le concessionnaire, sauf déduction pour chaque ouvrage de 1/10ème de cette valeur pour chaque année entière légale écoulée depuis son achèvement. L'amortissement correspondant, dit amortissement de caducité sera, chaque année, égal à 1/N de la valeur des ouvrages, N étant le nombre d'années restant à courir avant la fin de la concession (pour $N > 10$) et égal à 1/10 pour de la valeur des ouvrages pour les dix dernières années de la concession. (...) ». L'article 22.2 du cahier des charges précité stipule que : « A l'expiration de la concession, l'autorité concédante sera subrogée aux droits du concessionnaire et prendra possession de tous ouvrages de distribution faisant partie intégrante de la concession qui lui seront remis en contrepartie du versement d'une indemnité correspondant à la valeur non amortie des ouvrages de distribution pour autant que le concessionnaire ait contribué au financement de ces ouvrages et dans la proportion de sa participation à leur financement. La valeur non amortie des ouvrages justifiant du montant de l'indemnité de fin de concession sera égale au montant des dépenses immobilisées et justifiées par le concessionnaire après déduction d'un amortissement calculé de façon linéaire sur la durée de vie contractuelle du bien auquel il se rapporte (...). Cet « amortissement », que le concessionnaire sera autorisé à comptabiliser pour constater de la dépréciation économique d'un ouvrage, correspond à la somme des amortissements techniques et/ou provision pour renouvellement et/ou amortissement de caducité, relatifs au bien considéré. Les provisions pour amortissement de caducité relatives au réseau de distribution étaient la conséquence de la remise gratuite de ces biens en fin de concession, la modification du contrat ne remet pas en cause les provisions antérieurement comptabilisées. Afin de permettre une réduction durable des charges calculées de la concession, il est demandé au concessionnaire : - de réaffecter les provisions pour renouvellement utilisées et amortissements de caducité bien par bien. - de déduire la base de calcul de l'amortissement technique de chaque bien, des montants de caducité et de provision pour renouvellement utilisée y affecté. (...) ». Enfin, aux termes de l'article 24 du même cahier des charges : « En cas de rachat, ou à l'expiration de la concession, le concessionnaire sera tenu de remettre, en bon état d'entretien, et après règlement de l'indemnité due au concessionnaire en application des articles 22 et 23, toutes les installations reprises ou faisant retour au concédant. ».

9. L'article 22. 2 du cahier des charges précité, tel qu'il a été modifié par l'avenant n° 17 du 29 décembre 2015 à la convention de concession de distribution publique d'énergie électrique du 27 septembre 1960, renvoie à une « annexe 5 » qui fixe les « durées de vie contractuelles » s'agissant des « immobilisations distributions » (postes cabine, postes aérien, poste source, organes de coupure réseau aérien, télécommande, réseaux, branchement et comptage). Ainsi que le précise l'article 3 de l'avenant n° 18B du 20 juillet 2020 à ladite convention de concession : « L'avenant 17 au contrat de concession de distribution de Tahiti Nord a entraîné la fin de la remise gratuite des biens au concédant pour les biens de distribution. Les parties conviennent que cette modification a entraîné la fin de l'obligation de doter des provisions pour renouvellement pour ces biens. En conséquence, les provisions pour renouvellement

du réseau de distribution de Tahiti Nord existantes dans les comptes à la date du 1er janvier 2017 sont considérées comme sans objet. Elles sont comptabilisées en droit du concédant à compter de cette date pour un montant établi à 4 587 902 058 F CFP (...). Le concessionnaire s'engage à modifier ses comptes délégués à compter de l'exercice 2017 selon les modalités décrites à l'annexe 2 et à en justifier auprès du concédant au plus tard le 31 octobre 2020. ».

10. L'avenant n° 18 du 11 février 2019 à la convention de concession précitée précise dans ses développements liminaires que « EDT a procédé, dans le cadre des différentes concessions de distribution d'électricité dont il est titulaire, à des opérations comptables de reprises de provisions pour renouvellement aux comptes de résultat 2016 et 2017 selon des modalités que la Polynésie française souhaite examiner plus avant au regard notamment de l'application de la loi de Pays n° 2018-34 du 30 octobre 2018 relative aux provisions pour renouvellement des immobilisations dans les délégations de service public. Les parties se sont donc rapprochées et sont convenues au titre du présent avenant : (...) de fixer le sort des provisions pour renouvellement et reprises de provisions pour renouvellement de la concession dans un avenant ultérieur (...) ». L'article 2.2 de cet avenant stipule que : « En ce qui concerne les provisions pour renouvellement et les provisions pour risques et charges comptabilisées par le concessionnaire dans ses comptes sociaux 2016 et 2017, le concessionnaire s'engage à ne pas les reprendre jusqu'à la conclusion de l'avenant n° 19 (...) ». L'article 3 de l'avenant précité précise que les parties doivent s'accorder sur plusieurs actions en ce qui concerne les investissements à réaliser au titre de la concession, notamment : « (...) mettre à jour le plan de renouvellement des ouvrages de la concession selon les modalités décrites par la loi du Pays 2018-34 du 30 octobre 2018 et décider en conséquence du sort des provisions pour renouvellement et pour risques et charges telles qu'inscrites dans les comptes du concessionnaire ; (...) ».

Sur la reprise en résultat du concessionnaire des dotations aux provisions pour renouvellement et des dotations aux amortissements techniques :

11. Si, comme mentionné aux points 5 et 6, l'arrêt précité du conseil d'Etat n° 420097 du 18 octobre 2018 énonce, d'une part, que les biens qui sont entrés 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 et, d'autre part, que les sommes requises pour l'exécution des travaux de renouvellement des biens appartenant à la personne publique, nécessaires au fonctionnement du service public et qui ont seulement donné lieu à des provisions font, comme ces biens, retour à la personne publique, cet arrêt ne fait application de ces principes qu'à la date d'expiration du contrat de concession. Or, aucune disposition législative ou réglementaire ni aucune stipulation contractuelle ne permet à l'autorité concédante, soit la Polynésie française en l'espèce, en l'état du droit applicable, de se prévaloir d'un droit à disposer unilatéralement des provisions pour renouvellement avant le terme du contrat de concession en litige. Dans ces conditions, les reliquats de provisions de renouvellement concernant les exercices 2016 et antérieurs peuvent être maintenus au résultat de la société EDT.

12. Il résulte de ce qui précède que la Polynésie française, qui n'établit pas les manquements de la société EDT qu'elle allègue tenant à la méconnaissance de ses obligations contractuelles, à l'atteinte

portée aux intérêts des usagers du service public de distribution d'électricité de Tahti-Nord ainsi qu'aux intérêts de l'autorité concédante, n'est pas fondée à demander l'inscription en droits du concédant du bilan de la concession de Tahiti-Nord pour la somme de 1 475 423 632 F CFP correspondant aux reprises des provisions pour renouvellement et des amortissements techniques pour les années 2014 à 2016, à compléter des sommes résultant des éléments comptables sollicités pour la période 1999- 2016.

Sur les conclusions aux fins d'injonction et d'astreinte :

13. En premier lieu, aucun manquement de la société EDT à ses obligations contractuelles n'étant établi comme indiqué au point 12, les conclusions, d'une part, à fin d'injonction tenant à l'inscription en droits du concédant du bilan de la concession de Tahiti-Nord de la somme précitée de 1 475 423 632 F CFP ainsi, d'autre part, que les conclusions aux fins d'injonction et d'astreinte tenant à la justification de ces réinscriptions par la remise de comptes du délégataire corrigés et de comptes sociaux régularisés, doivent être rejetées.

14. En second lieu, aux termes de l'article 28 du cahier des charges, annexé au contrat de concession précité : « Le concessionnaire sera tenu de remettre, chaque année, au service du contrôle, un compte-rendu statistique de son exploitation. Ce compte-rendu sera établi conformément aux modèles établis par l'autorité concédante. Le service du contrôle recevra en outre : - chaque mois les états de recettes de la concession ; - chaque année un tableau de synthèse présentant pour la concession et par métier : le revenu autorisé, les charges et la marge. (...) ». Ni ces stipulations, ni aucun autre texte ou principe ne met toutefois à la charge du concessionnaire la fourniture de documents comptables, tels qu'ils sont énumérés et tels qu'ils ont été sollicités en l'espèce par la Polynésie française dans le courrier susvisé du 19 février 2020. Par suite, les conclusions aux fins d'injonction et d'astreinte tendant à la communication de ces documents comptables doivent également être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

15. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société EDT, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 200 000 F CFP à verser à la société EDT au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : La requête de la Polynésie française est rejetée.

Article 2 : La Polynésie française versera à la société EDT la somme de 200 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la Polynésie française et à la société EDT.

Délibéré après l'audience du 10 mai 2022, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président, M. Retterer, premier conseiller, M. Graboy-Grobesco, premier conseiller,

Rendu public par mise à disposition au greffe le 24 mai 2022.

La greffière,

D. Germain

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, Un greffier,