

# LE REGIME JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC DE L'ENERGIE ELECTRIQUE EN POLYNESIE FRANCAISE

*Alain Moyrand\**

## *Sommaire*

### **I INTRODUCTION**

### **II LE PARTAGE DES COMPETENCES EN MATIERE DE SERVICE PUBLIC DE L'ENERGIE ELECTRIQUE EN POLYNESIE FRANCAISE**

#### **A Le périmètre du service public de l'énergie électrique**

#### **B La nature juridique du service public de l'énergie électrique**

- 1 Le service public de l'énergie électrique est-il un service territorial ou un service communal lorsqu'il est exercé par les communes?
- 2 Le service public de l'énergie électrique est-il un service obligatoire ou facultatif?

#### **C Les compétences respectives de la Polynésie française et des communes en matière de service public de l'énergie électrique**

### **III L'EXERCICE DES COMPETENCES EN MATIERE DE SERVICE PUBLIC DE L'ENERGIE ELECTRIQUE EN POLYNESIE FRANCAISE**

#### **A Demande d'une commune de la zone Nord de Tahiti d'un transfert à son profit de la gestion du service public de l'énergie électrique de la Polynésie française**

- 1 Première solution: se référer au seul article 45 de la loi statutaire
- 2 Deuxième solution: se référer aux articles 45 et 55 de la loi statutaire

#### **B Demande d'une commune hors zone Nord de Tahiti du transfert de la gestion du service public de l'énergie électrique assurée par elle vers la Polynésie française**

- 1 L'inapplication de l'article 55 de la loi statutaire
- 2 L'application de l'article 55 de la loi statutaire

#### **C La nécessaire modification de l'article 45 de la loi organique statutaire**

### **IV CONCLUSION**

---

*The public provision of electricity in French Polynesia, dates back to the Government Order of 1911. There were, at that time, no local governments and the provision of electricity was provided for the urban area known as the North of the Island of Tahiti. From 1977 electricity was provided, in areas outside the original area, by the local governments. The result is that there are now two public distribution systems for electricity: The original one under the territorial government and for other areas the service provided by local authorities. Many communities situated on islands distant from Tahiti want their electricity service either transferred to or at least delegated to the government of French Polynesia. This article examines how such a transfer or delegation might take place, and concludes that legislative change is necessary.*

---

## **I INTRODUCTION**

L'origine du service public de l'énergie électrique, en Polynésie française, remonte à la période coloniale<sup>1</sup>. A cette époque, le gouverneur a adopté une réglementation relative «aux distributions d'énergie électrique» par arrêté du 17 août 1911 (JO des Etablissements Français de l'Océanie du 21 août 2011, p. 333 à 340) qui prévoyait que ces distributions seraient soumises soit au régime de la permission de voirie, soit à celui de la concession assortie d'un cahier des charges. Il faut préciser qu'à cette époque, dans la colonie, l'unique commune instituée est celle de Papeete<sup>2</sup> (décret du 20 mai 1890).

Dès lors s'est posée la question de la collectivité (colonie, ou communes, là où elles existaient) compétente pour délivrer ces actes de permission ou de concession. La réglementation a prévu que tant la colonie que les communes existantes seraient compétentes pour accorder ces autorisations ou concessions. En effet, l'article 6 de l'arrêté précité disposait:

---

\* Maître de conférences de droit public, Université de la Polynésie française.

- 1 Après avoir été un «protectorat» de 1842 à 1880, les établissements français de l'Océanie (l'ancien nom de la Polynésie française) ont été annexés et sont devenus ainsi une colonie française; cf. Alain Moyrand, *Droit institutionnel polynésien*, L'Harmattan, 2<sup>o</sup> éd., 2012.
- 2 La seconde commune a été créée en 1945, soit 55 ans après la création de Papeete: Uturoa (décret du 18 juin 1945); puis, vingt ans plus tard, naissent les communes de Faa'a et Pirae (arrêté n° 173 AA du 30 janvier 1965). Toutes les autres communes ont été créées en 1972, par décret en conseil d'Etat pris en application de la loi communale n°71-1028 du 24 décembre 1971, qui les substitue aux districts.

La concession d'une distribution publique d'énergie est donnée, après enquête, soit par la Commune, si la demande de concession ne vise que le territoire de la Commune, soit par le Service Local dans les autres cas

Et l'article 7 ajoutait:

Lorsque la concession est de la compétence du Service local, l'acte de concession est passé par le Gouverneur. Lorsque la concession est de la compétence de la Commune, l'acte de concession est passé par le Maire, en exécution d'une délibération du Conseil Municipal. Elle ne devient définitive qu'après avoir été approuvée par le Gouverneur.

Il s'agissait ainsi d'une compétence partagée<sup>3</sup>; l'une ou l'autre de ces collectivités pouvaient agir. La commune ne pouvait conclure de concession que pour son territoire, mais le gouverneur pouvait aussi conclure une telle concession à la place des communes si le service s'étendait au-delà du territoire de plusieurs communes. Et le fait qu'une concession communale ait déjà été conclue n'empêchait pas le gouverneur de passer une nouvelle concession qui aurait pu concurrencer celle déjà existante car la réglementation prévoyait, en son article 8, que:

Aucune concession ne peut faire obstacle à ce qu'il soit accordé des permissions de voirie ou une concession à une entreprise concurrente, sous la réserve que celle-ci n'aura pas des conditions plus avantageuses.

Concrètement, à l'époque où les communes n'avaient pas encore été instituées en Polynésie française, à l'exception de Papeete, Uturoa, Faa'a et Pirae, le territoire d'outre-mer de la Polynésie s'est préoccupé de développer le service public de la

---

3 Il en allait de même pour les permissions de voirie:

«Les permissions, de voirie sont délivrées par le Gouverneur ou par le Maire, suivant que la voie empruntée fait partie de la grande ou de la petite voirie, sous les conditions ordinaires des arrêtés réglementaires relatifs à ces permissions, et en outre sous les conditions stipulées à l'article 16.

Elles ne peuvent prescrire aucune disposition relative aux conditions commerciales de l'exploitation.

Elles ne peuvent imposer au concessionnaire aucune charge pécuniaire autre que les redevances prévues à l'article 16 précité.

Aucune permission de voirie ne peut faire obstacle à ce qu'il soit accordé sur les mêmes voies des permissions ou concessions concurrentes.» (art. 5 de l'arrêté de 1911).

distribution d'énergie électrique<sup>4</sup> dans la zone urbaine du Nord de l'île de Tahiti. Une concession fut conclue en 1960 entre le gouverneur, chef du Territoire de la Polynésie française, et les établissements Martin et fils. Puis, en 1970, la société anonyme «Electricité de Tahiti» s'est substituée au délégataire initial. En dehors de la zone Nord de l'île de Tahiti<sup>5</sup> et dès que la loi n° 77-1460 du 29 décembre 1977a introduit le régime communal, ce sont les communes qui ont pris en charge la création de ce service.

Le fait que les communes aient pu créer, développer et gérer un tel service pourrait être critiqué, faute de disposer d'un fondement législatif pour intervenir dans ce domaine<sup>6</sup>; en effet, les articles L 375 et suivant du code des communes métropolitain régissant le service public de l'électricité n'ont pas été étendus en Polynésie française.

Or, les compétences communales doivent être expressément précisées<sup>7</sup> par une loi, et il n'est pas possible de faire produire en Polynésie française, un quelconque effet à la clause générale de compétence qui figure pourtant dans le code des communes<sup>8</sup>; c'est cette clause générale de compétence qui, en principe, permet aux collectivités territoriales d'agir dans l'intérêt public local, indépendamment d'une habilitation législative spéciale et expresse, du fait du mode de répartition des compétences entre les collectivités publiques en Polynésie française.

En effet, lorsque la loi attribue à une catégorie de collectivités territoriales une compétence exclusive, les autres catégories de collectivités ne peuvent pas, en

---

4 Cf. «Concession de distribution publique d'énergie électrique de Tahiti» du 27 septembre 1960; article 1er – Service concédé: «Le présent cahier des charges s'applique à la concession dont l'objet est la distribution publique d'énergie électrique pour tous usages dans la zone dont les limites sont indiquées...».

5 On précisera qu'à Tahiti, il existe un cas, la commune de Papenoo, où les limites communales ne suivent pas exactement les limites de la concession Nord puisque, justement, les communes n'existaient pas lorsque ce service fut proposé. Ainsi, sur Papenoo, le service public de l'électricité est géographiquement «éclaté» entre la Polynésie (la concession Nord) et la commune.

6 Demeurait toutefois en vigueur l'arrêté précité du 17 août 1911 jusqu'à son abrogation par l'article 105 de la délibération n° 93-102 AT du 26 août 1993 portant réglementation des réseaux électriques sur l'ensemble du territoire de la République.

7 Jean-Paul Pastorel «Paradoxes sur les communes dans les collectivités d'Outre-mer et en Nouvelle-Calédonie» *RDP* 2011.

8 Art. L. 121-26 - «Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune»; voir art. L 2121-29 de l'actuel code général des collectivités territoriales (CGCT) applicable en Polynésie française.

principe, intervenir<sup>9</sup>. Ainsi, en vertu de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée *portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (LOPF), la Polynésie française détient la compétence de principe<sup>10</sup> et, de ce fait, les autres collectivités territoriales (Etat et communes) ne disposent que de compétences d'attribution. Dès lors, l'intervention de l'Etat<sup>11</sup> ou des communes<sup>12</sup> est nécessairement encadrée par l'énumération législative de leurs compétences. Ainsi, les communes ne peuvent mettre en œuvre que les seules compétences expressément attribuées par des lois<sup>13</sup>.

Et pourtant, depuis 1977 et jusqu'à ce jour<sup>14</sup>, figurent dans le code des communes applicable en Polynésie française les deux articles suivants:

- 
- 9 Laetitia Janicot, «Les collectivités territoriales, une définition doctrinale menacée», *RFDA* 2011, p. 232.
- 10 «Les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'Etat par l'article 14 et celles qui ne sont pas dévolues aux communes en vertu des lois et règlements applicables en Polynésie française» (art. 13 al. 1er LOPF). Rappelons que depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 77-772 du 12 juillet 1977 relative à l'organisation de la Polynésie française, cette dernière dispose de la compétence de principe (cf. art. 62).
- 11 Ainsi par exemple: «Les autorités de l'Etat sont compétentes dans les seules matières suivantes (...)» (art. 14 LOPF).
- 12 Les compétences des communes sont définies dans le CGCT applicable en Polynésie française et par l'article 43 – I de la loi organique n° 2004-192. Ce dernier article a été déclassé en «loi ordinaire» par le Conseil constitutionnel (décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, cons. n° 60) car les compétences communales sont définies par une loi ordinaire et non par une loi organique.
- 13 C'est la raison pour laquelle, par exemple, les juridictions administratives (CE Section sociale, avis n° 382755 du 27 mai 2009 et TA Polynésie française, avis n° 7-2009 du 27 mai 2009) ont dit pour droit, à propos de la matière «emploi», que cette compétence appartenait exclusivement à la Polynésie et que dès lors, les communes ne pouvaient pénétrer dans ce domaine sans qu'un partenariat ne soit préalablement instauré entre elles et la Polynésie.
- 14 Bien que l'ordonnance n° 2007-1434 du 5 octobre 2007 relative au code général des collectivités territoriales applicable en Polynésie française est abrogée le code des communes de la Polynésie française, il a été fait exception des dispositions fiscales (art 8 de la loi n° 71-1028 du 24 décembre 1971 relative à la création et à l'organisation des communes en Polynésie française et article 9-II de la loi n°77-1460 du 29 décembre 1977 modifiant le régime communal en Polynésie française), et ce, alors même que la fiscalité communale relève depuis 2004 de la compétence de la Polynésie française (article 53 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française). En réalité le maintien des «anciennes» dispositions du code des communes est destiné à permettre d'éviter un vide juridique. Dès lors que la Polynésie modifiera la fiscalité communale, il procédera expressément ou implicitement à l'abrogation de ces anciennes dispositions par l'effet de l'article 11 de la loi organique statutaire n° 2004-192 du 27 février 2004.

Art. L.233-1 - Toute commune peut, par délibération du conseil municipal, établir une taxe sur l'électricité consommée pour tous usages.

Un arrêté du haut-commissaire fixe le maximum et détermine les modalités d'assiette et de perception de cette taxe, les exonérations ainsi que les dégrèvements autorisés pour les petites cotes et les charges de famille. Il peut prévoir plusieurs modes d'assiette et de perception entre lesquels les communes ont le choix.

Le maximum établi en vertu de l'alinéa précédent ne peut être dépassé qu'à titre exceptionnel. Dans ce cas, les délibérations du conseil municipal sont soumises à l'approbation par décret en Conseil d'Etat.

Art. L 233-2 – Lorsqu'il existe un syndicat de communes pour l'électricité, la taxe prévue à l'article précédent peut être établie et perçue par ledit syndicat.

Lorsque les tarifs sont unifiés et la taxe correspondante fixée à un taux uniforme, celle-ci est recouvrée sans frais par le distributeur.

Si le premier article ne fonde pas la compétence de la commune car il se borne à indiquer qu'une taxe peut être émise, le second précise que, lorsqu'a été créé un «*syndicat pour l'électricité*», celui-ci peut percevoir la taxe sur l'électricité en lieu et place des communes. Cela laisse supposer que si des syndicats de communes gèrent le service public de l'électricité, c'est parce que cette compétence leur a été transférée par les communes et que donc, «*implicitement*», les communes disposent de cette compétence<sup>15</sup>.

A défaut pour la législation applicable en Polynésie de contenir d'autres dispositions, on peut ainsi estimer que ces deux articles fondent bien, certes maladroitement, la compétence communale en matière de création et de gestion du service public de la distribution d'électricité.

Il convient par ailleurs de noter que lorsque, postérieurement à la mise en œuvre du service public de l'électricité par la Polynésie dans la zone de Tahiti Nord, la loi communale du 29 décembre 1977 a conféré cette compétence aux communes, elle ne comprenait aucune disposition spécifique destinée à produire un effet rétroactif.

---

15 On précisera toutefois, que dans un avis du 22 avril 1985, le tribunal administratif de Papeete estimait que ces articles L 233-1 et 2 du code des communes de la Polynésie ne lui paraissaient nullement déterminants pour affirmer la compétence communale en matière de création et de gestion du service public de l'énergie électrique. Pour autant, le tribunal inclinait à conclure que ce service entre dans le champ des compétences communales.

En d'autres termes, la loi n'a pas entendu revenir sur la situation existante<sup>16</sup>: c'est-à-dire sur le service public de l'électricité créé et géré par la Polynésie française et qui s'étend exclusivement sur la zone urbaine du Nord de l'île de Tahiti.

Le code général des collectivités territoriales s'est substitué en 2007 au code des communes (ordonnance n° 2007-1434 du 5 octobre 2007) et plusieurs de ses articles laissent clairement entendre que reste admise la compétence conférée aux communes pour exploiter le service public de l'électricité. Tel est le cas des articles L 2224-2 et L 5211-9 de ce code. Ces deux articles fondent implicitement les compétences des communes et des groupements de communes: le premier pose des règles relatives à la gestion des services publics communaux en citant le cas du service de l'électricité (art. L 2224-2), et le second précise que les dispositions relatives au retrait des communes des syndicats de communes ne sont pas applicables aux syndicats de distribution d'électricité.

Et parce que la loi n'a pas prévu de mécanisme de substitution des communes à la Polynésie française, il en résulte que les communes créées dans la zone d'exercice du service public territorial de l'électricité, ne peuvent pas mettre en œuvre cette compétence. Cependant, cette zone urbaine du Nord de l'île de Tahiti ne peut plus s'étendre géographiquement puisque désormais, en dehors de cette zone, c'est aux communes que revient la compétence de créer ce type de service - le périmètre de la concession Nord n'a d'ailleurs plus varié depuis l'introduction du régime communal en Polynésie<sup>17</sup>.

Il existe donc actuellement, en Polynésie française, deux services publics de l'énergie électrique:

- d'une part, le service territorial (le premier à avoir été créé);
- et d'autre part, les services communaux (la zone sud de Tahiti, les communes s'étant réunies dans un syndicat de communes: le SECOSUD, et toutes les communes des autres archipels, réunies parfois aussi dans un syndicat de communes).

---

16 Précisons qu'à cette époque (1977), les compétences des «territoires d'outre-mer» étaient définies par une loi ordinaire et non par une loi organique (cf. loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992) et que dès lors, une telle loi aurait suffi pour supprimer des compétences à la Polynésie française.

17 Il y a eu deux modifications des limites territoriales de la «concession Nord» de l'île de Tahiti: avenant n° 2 du 13 septembre 1972 et avenant n° 3 du 15 septembre 1976, soit avant l'introduction du régime communal en Polynésie (loi n° 77-1460 du 29 décembre 1977).

Après cette évocation rapide de l'origine et du développement du service public de l'énergie électrique en Polynésie française, nous allons à présent préciser les compétences respectives de la Polynésie française et des communes (ou de leurs groupements) dans ce domaine (II) et les conditions de l'exercice de ces compétences dans le cadre de «délégations» réciproques entre collectivités publiques (III).

## **II LE PARTAGE DES COMPETENCES EN MATIERE DE SERVICE PUBLIC DE L'ENERGIE ELECTRIQUE EN POLYNESIE FRANCAISE**

L'exposé de cette répartition des compétences (C), nécessite au préalable que soient définis le périmètre de ce service (A) et sa nature (B).

### **A Le Périmètre du Service Public de L'énergie Electrique**

Dans un avis n° 06-2012 du 20 juin 2012, le tribunal administratif de la Polynésie française, sollicité par le Haut-commissaire de la République, estime «*qu'il ne fait guère de doute que les activités de production, de transport et de distribution de l'énergie électrique [...] constituent des services publics*».

Or:

- d'une part, le juge se fonde sur des textes non applicables en Polynésie française, à savoir les dispositions du code de l'énergie et du code général des collectivités territoriales (CGCT) dans sa version métropolitaine;
- et d'autre part, ces deux codes ne précisent pas que la production constitue une activité de service public: c'est la distribution publique d'énergie électrique que les communes peuvent concéder (art. L 2224-31 du CGCT).

En effet, on sait qu'en Métropole, depuis la loi du 10 février 2000, la production d'électricité est désormais totalement ouverte à la concurrence et d'ailleurs, l'article L 111-1 du code de l'énergie précise que, sous réserve des obligations de service public auxquelles elles sont soumises, les activités de production et de vente d'énergie s'exercent au sein de marchés concurrentiels.

Il s'avère qu'il en va de même en Polynésie française depuis l'entrée en vigueur de la loi du pays du 7 décembre 2012 relative à la production d'énergie électrique qui affirme dans son article 1er:

La production d'électricité ne constitue pas une activité de service public. Chacun est libre de produire de l'électricité, notamment destinée à sa consommation personnelle.

Mais même avant cette date, en raison de l'absence de réglementation précisant que la production d'énergie était une activité de service public, celle-ci n'était soumise qu'aux seules règles de police administrative spéciale existantes en la



matière et résultant de diverses délibérations rappelées par le tribunal administratif dans son avis précité du 20 juin 2012.

Seules les activités de distribution et de transport d'énergie électrique entrent donc dans le champ de ce service public. Ce qui n'empêche pas (et c'est très souvent le cas) que l'activité de production d'énergie soit incluse dans le périmètre du service notamment pour équilibrer financièrement la concession.

### ***B La Nature Juridique du Service Public de L'énergie Electrique***

Deux questions se posent: tout d'abord, le service public de l'énergie électrique est-il un service territorial, ou un service communal lorsqu'il est exercé par les communes? Ensuite s'agit-il ou non d'un service public obligatoire?

#### *1 Le service public de l'énergie électrique est-il un service territorial ou un service communal lorsqu'il est exercé par les communes?*

Il est clair – et il n'est donc pas nécessaire de s'étendre sur la question - que l'Etat n'est pas compétent en la matière. Il ne s'est pas réservé l'exercice de cette compétence. Elle relève donc de la Polynésie française, en raison de la compétence de principe dont elle dispose, sous réserve des compétences attribuées aux communes (*infra* I.C.).

On relève que l'article 45<sup>18</sup> de la loi organique statutaire précise que les communes qui géraient le service public de l'électricité avant l'entrée en vigueur du statut de 2004 (*i.e.* les communes autres que celles situées dans le périmètre de la concession Nord de Tahiti) n'ont pas besoin d'être autorisées par la Polynésie pour poursuivre cette activité de service public. Si en revanche, ces communes ne géraient pas un tel service, une telle autorisation délivrée par la Polynésie serait nécessaire.

Sur le fondement de ces éléments (cf. § 8, 9 et 10 de l'avis n° 06-2012 du 20 juin 2012), le tribunal administratif estime que le service public de l'énergie électrique est un service public territorial et non communal. Cette affirmation est évidente pour le service public créé par la collectivité d'outre-mer (COM) et qui s'étend sur le Nord de l'île de Tahiti. Mais cette conclusion du juge administratif est discutable lorsqu'il s'agit du service créé par les communes situées en dehors de la concession de «Tahiti-Nord» pour les raisons suivantes.

---

18 Art. 45 - «La Polynésie française peut, sur demande des conseils municipaux, autoriser les communes à produire et distribuer l'électricité dans les limites de leur circonscription. Cette autorisation n'est pas nécessaire pour les communes qui, à la date de promulgation de la présente loi organique, produisent et distribuent l'électricité, dans les limites de leur circonscription.»

Tout d'abord, lorsqu'un service public géré par une collectivité publique relève de la compétence d'une autre collectivité, la loi le précise. Dans le silence de la loi, on doit considérer qu'une activité mise en œuvre par une collectivité est une «compétence» de celle-ci. Or, la loi organique statutaire est silencieuse en matière de service public de l'énergie électrique ainsi que la loi ordinaire (*i.e.* le code général des collectivités territoriales applicable aux communes de la Polynésie française).

Ensuite, si le service public était territorial, comment expliquer que la commune puisse l'exercer sans qu'une délégation de service ait été conclue entre la Polynésie et la commune? En réalité, si le service n'a jamais été délégué, c'est parce qu'il ne pouvait pas l'être étant donné qu'il s'agissait d'un service communal.

De même, il est clair qu'il s'agit bien d'un service communal puisque la commune ne peut *obliger* la Polynésie à exercer (ou «reprendre») celui-ci (*infra* I.B.). S'il s'était agi d'un service public territorial exercé par une commune, seule la loi aurait pu s'opposer à ce que ladite commune mette un terme à la délégation (implicite) consentie par la Polynésie. Or, cette interdiction formelle n'existe pas.

Enfin, il y a lieu de distinguer les deux services publics de l'énergie électrique car l'un et l'autre ne sont pas soumis au même régime:

- lorsque le service a été créé par la Polynésie (zone Nord de Tahiti), si les communes veulent exercer ce service en lieu et place de celle-ci, elles doivent obtenir une autorisation formelle de la Polynésie, voire même (*infra* II.A.2.), signer avec cette collectivité d'outre-mer une convention prise en application de l'article 55 de la loi organique statutaire – tel que précisé le tribunal dans son avis précité du 20 juin 2012; par ailleurs, l'application de l'article 55 implique, en principe, le concours financier de la Polynésie;
- en ce qui concerne les communes situées en dehors du périmètre de la concession Nord de Tahiti, ces collectivités ne sont pas liées par convention avec la Polynésie et elles n'ont pas besoin de détenir une autorisation implicite pour distribuer l'énergie électrique dans le périmètre de leur circonscription; dans ce cas, la Polynésie n'a pas l'obligation d'apporter son concours financier aux communes.

De même, le régime de dévolution du service varie:

- les délégations de service public effectuées par la Polynésie sont soumises à la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements public,

- tandis que les délégations de service public effectuées par les communes relèvent de la loi du pays n° 2009-22 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public des communes, de leurs groupements et de leurs établissements publics.

## 2 *Le service public de l'énergie électrique est-il un service obligatoire ou facultatif?*

Dans son avis n° 06-2012 précité, le tribunal administratif précise que, compte-tenu de son caractère vital, le service public de l'énergie électrique est un service public obligatoire et non simplement facultatif. Bien que cette affirmation n'emporte que peu de conséquences pratiques, car ce service public existe sur tout le territoire de la Polynésie, on peut néanmoins s'interroger sur cette affirmation.

Les services publics obligatoires sont ceux que la loi désigne ainsi, à savoir pour la Polynésie française, la loi organique statutaire pour le service public territorial et pour les communes, la loi ordinaire, principalement le CGCT applicable en Polynésie française pour le service public communal. Ainsi, parmi les compétences que doivent exercer les communes, certaines ont été rendues obligatoires: la distribution d'eau potable, l'assainissement, la collecte et le traitement des déchets. Les autres compétences prévues par la loi mais non obligatoires ne sont, pour certaines, pas toujours exercées par les communes. Et il en va de même pour toutes les autres collectivités territoriales de la République et donc, à ce titre, pour la Polynésie française: faute pour la loi statutaire de préciser son caractère obligatoire et donc contrairement à l'avis du tribunal administratif, la distribution d'énergie demeure en fait un service public facultatif.

### ***C Les Compétences Respectives de la Polynésie Française et des Communes en Matière de Service Public de L'énergie Electrique***

En liminaire, rappelons que les communes ne disposent d'aucune compétence normative (*i.e.* de poser des règles). Elles n'ont que des compétences de gestion d'activités d'intérêt général ou de service public. Leur compétence réglementaire est résiduelle et s'exerce exclusivement dans le règlement intérieur du service ou, exceptionnellement, quand la loi le leur permet, dans des règlements comme le schéma de distribution d'eau potable<sup>19</sup>, par exemple. Pour le reste, les normes sont

---

19 Article L2224-7-1 – «Les communes sont compétentes en matière de distribution d'eau potable conformément au 6° du I de l'article 43 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Dans ce cadre, elles arrêtent un schéma de distribution

posées soit par l'Etat (compétent pour fixer les «*règles relatives à l'administration, à l'organisation et aux compétences des communes*», art. 14-10° LOPF), soit, le plus souvent, par la Polynésie (art. 13 LOPF).

Or, ainsi qu'il a été précisé précédemment, l'Etat n'est pas compétent en la matière. C'est donc la Polynésie qui a fixé la plupart des règles encadrant l'activité du service public de l'énergie électrique. Pour l'essentiel, cette réglementation s'analyse comme des règles de police administrative spéciale (*supra* I.A.). Certaines posent des règles de sécurité et des prescriptions techniques à observer, et les autres, des règles de police économique (prix de la production d'énergie électrique par exemple).

De ce fait et comme le souligne le tribunal administratif dans son avis précité du 20 juin 2012, la Polynésie dispose «de la compétence en matière d'organisation et de réglementation des activités de production, de transport et de distribution de l'énergie électrique<sup>20</sup>». Il en résulte que toutes les règles qui régissent le service public de l'énergie électrique sont déterminées par la Polynésie française, y compris le prix de l'électricité vendu à l'usager final, et quand bien même les communes exerçaient une telle activité avant 2004.

### **III L'EXERCICE DES COMPETENCES EN MATIERE DE SERVICE PUBLIC DE L'ENERGIE ELECTRIQUE EN POLYNESIE FRANCAISE**

Nous avons établi qu'il existe deux types de service public de l'énergie:

- le service public «territorial», limité à la zone Nord de l'île de Tahiti (qui est de loin la zone la plus peuplée de la collectivité d'outre-mer), mis en œuvre dès 1960,
- et le service public «communal» pour les communes qui sont situées à l'extérieur de la précédente zone, et qui a débuté à la fin des années soixante-dix;

Nous avons par ailleurs précisé leur régime juridique respectif et les quelques points qui les différencient (*supra* I.B.1.).

Cependant, cet état du droit n'est pas figé et des évolutions sont possibles:

---

d'eau potable déterminant les zones desservies par le réseau de distribution. Elles peuvent également assurer la production d'eau potable, ainsi que son transport et son stockage.»

20 La Polynésie est aussi compétente, sur le fondement de la loi organique statutaire, pour réglementer les délégations de services publics communaux et d'ailleurs, une loi du pays a été adoptée à cet effet (loi du pays n° 2009-22 du 7 décembre 2009).

- une commune située dans la zone Nord de l'île de Tahiti – et donc n'ayant jamais exercé ce service public – peut solliciter l'autorisation de mettre en œuvre ce service public en lieu et place de la Polynésie; la mise en œuvre de ce cas de figure n'est pas simple car la procédure à suivre pour permettre à une commune de produire et distribuer de l'électricité recèle encore quelques incertitudes (A);
- ou, à l'inverse, une commune située en dehors de la zone Nord de Tahiti (i.e. dans les quatre autres archipels ou dans la zone Sud de l'île de Tahiti ou Moorea) – et donc assumant ce service public - souhaite que ce soit désormais la Polynésie qui l'exerce. Là encore, beaucoup d'incertitudes demeurent et aucune solution certaine ne peut être arrêtée à ce jour (B).

Ainsi donc, une modification des dispositions statutaires en ce domaine (C) s'impose.

### ***A Demande d'une Commune de la zone Nord de Tahiti d'un Transfert à son Profit de la Gestion du Service Public de L'énergie Electrique de la Polynésie Française***

Pour qu'un tel cas de figure puisse être envisagé, il faut respecter les conditions dites par l'article 45 de la loi organique statutaire. Cet article pose une seule règle de procédure pour que la Polynésie délivre aux communes qui le souhaitent, l'autorisation d'exercer la production et la distribution de l'électricité dans la limite de leur circonscription; il est nécessaire:

- que le conseil municipal sollicite l'autorisation de la Polynésie française de produire et distribuer de l'électricité et bien sûr, que la COM accepte de délivrer cet acte;
- ou bien, à tout le moins, que le conseil municipal accepte la proposition de la COM de produire et distribuer de l'énergie électrique.

Mais cet acte d'autorisation - ou cet accord - suffit-il pour que la commune produise et distribue de l'électricité? Ou bien faut-il recourir à une autre procédure et plus particulièrement – comme suggéré par le tribunal administratif dans son avis n° 6-12 du 20 juin 2012 – celle posée à l'article 55<sup>21</sup> de la loi organique statutaire et qui

---

21 Art. 55 - «Lorsque la Polynésie française confie par convention aux communes ou aux établissements communaux ou de coopération intercommunale, au vu d'une demande ou d'un accord de leurs organes délibérants, la réalisation d'équipements collectifs ou la gestion de services publics relevant de sa compétence, la convention prévoit le concours financier de la Polynésie française.

semble tout particulièrement dédié au transfert de gestion de service public d'une collectivité territoriale à une autre?

La réponse n'est pas évidente: en effet, deux propositions de réponse sont envisageables, et ne sont pas conciliables; et étant donné que les dispositions de la loi organique statutaire sont spécifiques à la collectivité d'outre-mer qu'est la Polynésie française, il n'est pas possible de se référer à des solutions jurisprudentielles éprouvées.

### *1 Première solution: se référer au seul article 45 de la loi statutaire*

L'article 45 de la loi organique statutaire qui prévoit la délivrance d'une autorisation se suffit à lui-même et nous considérons dans cette solution qu'il n'est pas nécessaire d'y adjoindre de procédure supplémentaire.

En effet, tout d'abord, après l'obtention de la Polynésie d'une autorisation unilatérale, on perçoit mal l'utilité pour la commune de conclure obligatoirement une convention. Généralement, lorsqu'est nécessaire une convention, il n'y a pas lieu de faire précéder celle-ci par un acte unilatéral. C'est d'ailleurs cette interprétation qui prévaut en Nouvelle-Calédonie<sup>22</sup>.

Par ailleurs, il faut reconnaître que les articles 45 et 55 de la loi organique statutaire sont difficilement conciliables:

- l'article 45 autorise une commune à produire et distribuer de l'électricité (comme le font les autres communes situées hors du champ de la concession Nord de l'île de Tahiti) et semble ainsi reconnaître que la collectivité «fera son affaire» et «sera responsable» de l'activité qui lui est confiée;
- quant à l'article 55, ce dernier prévoit que lorsqu'un service public est confié par la Polynésie à une commune, cette dernière agit «au nom et pour le

---

Les communes ou leurs groupements peuvent confier par convention à la Polynésie française la réalisation de projets d'équipements collectifs ou la gestion de services publics relevant de leur compétence. Dans ce cas, les travaux sont réalisés selon les règles applicables à la Polynésie française. La convention prévoit la participation financière des communes.

Les conditions dans lesquelles les personnes publiques mentionnées aux deux premiers alinéas peuvent se voir confier la réalisation d'équipements collectifs ou la gestion de services publics au nom et pour le compte d'une autre personne publique sont définies par un acte prévu à l'article 140 dénommé "loi du pays".»

22 Ainsi aux termes de l'article 51 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie: «Les communes ou leurs groupements autorisent les concessions de distribution électrique. Ils peuvent, avec l'accord de l'assemblée de province, déléguer cette compétence à la province». Aucune autre procédure n'est préconisée par la loi statutaire pour que cette délégation ait lieu.

compte» de la COM. L'autorisation délivrée par la Polynésie à la commune apparaîtrait dès lors comme totalement inutile.

Ensuite, une fois l'autorisation délivrée, une commune peut, à l'instar de celles qui exercent déjà cette compétence, choisir de conclure une délégation de service public avec un concessionnaire sur le fondement de la loi du pays n° 2009-22 du 7 décembre 2009 applicable aux délégations passées par les communes.

Il convient de souligner que cette solution permet de soumettre à un même régime juridique toutes les communes qui produisent et distribuent de l'électricité, indépendamment de l'origine de l'exercice de cette compétence, selon qu'il soit antérieur à l'entrée en vigueur de la loi organique statutaire de 2004 ou qu'il fasse suite à l'obtention d'une autorisation de la COM postérieure à cette date.

Dans cette solution, et parce qu'il n'est pas fait recours à l'article 55 de la loi organique statutaire, il n'est nullement obligatoire que la Polynésie concoure financièrement à l'exercice de cette compétence (*infra* II.A.2.), et ce, dans les deux cas d'exercice de la compétence par les communes, avant 2004 ou par autorisation après 2004; alors que si l'on retient la solution inverse décrite ci-dessous (*i.e.* la solution où s'ajoute à l'article 45, le respect des dispositions de l'article 55, *infra* II.A.2.), la COM doit en principe apporter son concours financier à l'opération, et dès lors, il y aurait une rupture d'égalité entre les communes pour l'exercice de la gestion de ce service.

Ainsi, l'article 45 met en œuvre une «procédure spécifique» qui déroge à la «procédure générale» instituée par l'article 55.

Il reste enfin à préciser que si l'autorisation produit les mêmes effets qu'une délégation, celle-ci ne devrait *a priori* pas réaliser un «*transfert de compétence*» définitif mais une «*délégation temporaire*», donc limitée dans le temps et dont l'échéance devra être précisée dans l'autorisation.

Ainsi, en résumé, cette solution:

- vise la simplicité des actes;
- confère aux communes (ayant obtenu une autorisation de la COM d'exercer la compétence de production et de distribution de l'électricité après 2004 une égalité de régime juridique avec les communes qui exerçaient ces mêmes compétences avant 2004;
- n'implique aucun concours financier de la Polynésie;
- induit une délégation limitée dans le temps, et dont l'échéance devra être précisée dans l'autorisation.

## 2 Deuxième solution: se référer aux articles 45 et 55 de la loi statutaire

Nous considérons dans ce cas que l'autorisation octroyée par la Polynésie n'est pas suffisante et qu'il est nécessaire de recourir à l'article 55 de la loi organique statutaire qui organise les délégations<sup>23</sup> de service public entre la Polynésie et les communes (et réciproquement).

Ce cas de figure impose les obligations suivantes:

- le «concours financier» de la personne publique délégante (la Polynésie);
- et le respect de conditions posées par une loi du pays organisant ces délégations de gestion de service.

Mais se référer aux dispositions de l'article 55 permet de dessiner différentes réponses qu'il convient d'exposer afin de retenir la plus pertinente.

### (a) Première réponse: délégation de service public

L'autorisation délivrée par la Polynésie doit être assortie d'une convention; cette convention est, dans le présent cas, une convention de délégation de service public.

Comme le précise le tribunal administratif dans un avis n° 3-2010 du 30 mai 2011<sup>24</sup>, le cadre juridique d'une telle convention est fixé par la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009: ainsi, la Polynésie est la personne publique «concedante» et la commune, la personne publique «cessionnaire» du service.

Il faut souligner que dans cette première réponse, rien ne permet de qualifier cette délégation de service public comme intervenant *entre personnes publiques* et dès lors, celle-ci est soumise aux principes de la commande publique<sup>25</sup>.

Ainsi, il n'est nullement nécessaire d'attendre que la Polynésie se dote d'une réglementation- cadre sur les délégations de service entre personnes publiques puisque la procédure de «droit commun», inspirée de la loi «*Sapin*» du 29 janvier 1993, existe déjà. Ce faisant, la commune est un «cessionnaire» du service public de l'électricité au même titre qu'une entreprise privée spécialisée dans le domaine de

23 L'article 55 utilise le terme «confier» et non pas «déléguer», mais le juge administratif a considéré que ce dispositif «s'apparente à une délégation de service public» (TA Polynésie française avis n° 3-2010 du 30 mai 2011). Précisons toutefois que, dans cet avis, le juge administratif ne traitait pas en particulier du service public de l'énergie électrique mais d'une manière générale des services publics, sans distinction.

24 Notons que cette solution a été donnée par le juge administratif avant que l'article 55 ne soit modifié par la loi organique n° 2011-918 du 1er août 2011.

25 Sauf par exception, dans les cas de prestations réalisées en «quasi-régie» (ou «*in house*»). Mais ce cas ne concerne pas le sujet traité.



la production et de la distribution d'énergie. Il va sans dire que ce «cas de figure» ne nous semble guère réaliste.

Relevons enfin qu'il sera toutefois nécessaire d'«ajouter» aux conditions prévues par la loi du pays organisant les délégations de service public, le fait que le déléguaant doit apporter son concours financier à l'activité déléguée.

Cette première solution est théoriquement possible, mais en fait, elle n'est pas applicable en l'état. En effet, le tribunal, dans son avis du 30 mai 2011, dit que l'article 55 a été modifié par l'article 16 de la loi organique n° 2011-918 le 1er août 2011 et précise maintenant:

les conditions dans lesquelles les personnes publiques mentionnées aux deux premiers alinéas peuvent se voir confier la réalisation d'équipements collectifs ou la gestion de services publics au nom et pour le compte d'une autre personne publique sont définies par un acte prévu à l'article 140 dénommé "loi du pays".

Il faut donc qu'intervienne une loi du pays pour fixer le cadre de ces «conventions de représentation» qui organisent les relations entre deux collectivités territoriales.

Enfin, l'utilisation de la législation sur les délégations de service public paraît inappropriée au cas d'espèce et mal adaptée à l'objet-même du service, car d'une part, la commune n'a aucune «compétence» particulière pour «gérer», comme un prestataire pourrait le faire, un service aussi technique, et d'autre part, la commune n'est pas une entreprise opérant sur un marché concurrentiel. Dès lors, l'opération projetée ne relève pas de la commande publique; elle se rattache davantage à une simple coopération entre collectivités territoriales.

(b) Deuxième réponse: délégation de compétence

L'autorisation octroyée par la Polynésie à la commune est accompagnée d'une convention de délégation, non pas de service public, mais de compétence.

Pour parvenir à cette solution, il faut partir du constat suivant: dans le cas étudié, la Polynésie délègue à la commune, non pas la gestion d'un service mais une «compétence», celle relative à la possibilité de produire et distribuer de l'énergie aux habitants de la commune. Et cette collectivité pourra soit exercer l'activité en régie, soit la confier à un concessionnaire.

Cette solution a été suggérée par le tribunal administratif dans son avis précité du 30 mai 2011<sup>26</sup>. En effet, précise le juge,

la convention conclue entre ces deux personnes publiques constituerait non pas un mode de gestion mais une modalité de délégation de compétence telle qu'elle est envisagée par certaines dispositions législatives de métropole (...) et l'acte ne constitue pas pour autant une «convention de mandat».

On relève d'ailleurs que les parlementaires<sup>27</sup> ont aussi utilisé l'expression «convention de délégation de compétence» pour qualifier les conventions de l'article 55 de la loi organique statutaire.

L'avantage de recourir à cette notion de «délégation de compétence» réside dans le fait qu'il n'est pas nécessaire de respecter les principes de la commande publique lorsque la Polynésie entend déléguer à une commune l'activité de production et distribution de l'énergie électrique. Toutefois, la Polynésie doit tout de même apporter son concours financier.

En supposant qu'il s'agisse bien d'une délégation de compétence<sup>28</sup>, il convient de préciser que depuis la révision de la loi statutaire du 1<sup>er</sup> août 2011, le délégataire, à savoir la commune, doit agir «au nom et pour le compte» du délégant qu'est la Polynésie française.

(c) Troisième réponse: mandat administratif

Pour qu'une commune située dans la zone Nord de l'île de Tahiti puisse exercer le service public de l'énergie électrique, elle doit, en sus de l'autorisation délivrée par la Polynésie, signer une convention dont les caractéristiques devront être précisées par une loi du pays.

26 Rappelons toutefois que le tribunal a été saisi et a répondu à la question posée avant que l'article 55 ne soit modifié par la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2011 et que par ailleurs, le tribunal n'était pas interrogé en particulier sur le service public de l'énergie électrique mais sur l'article 55 «en général».

27 Rapport n° 107 du Sénateur Lucien Lanier p.87; rapport n° 1336 du député Jérôme Bignon p.76; v. également Avis n° 33 de Monsieur Jean-Patrick Courtois du 20/10/2004 fait au nom de la commission des lois du Sénat relatif au projet de loi de programmation pour la cohésion sociale.

28 Il est pertinent d'estimer que les notions de «délégation de compétence» et agir «au nom et pour le compte» sont quelque peu antinomiques, puisque la «délégation de compétence» réalise, en principe, un transfert juridique de compétence (du délégant au délégataire) et que la notion «agissant pour le compte» révèle que le délégant ne s'est pas dessaisi de sa compétence initiale (le délégataire est supposé agir au profit et sous la surveillance du délégant). Cela dit, il est fréquent que le législateur «mélange» ces notions; cf. Laurent Tesoka, Les rapports entre catégories de collectivités territoriales, PUAM 2004, p. 168 et s.; voir aussi Patrick Plantier, «Les conventions de délégations de compétences», *JCP, adm. Coll. Territ.*, n° 28, 16 juillet 2012, p. 18 à 25.

Or, comme le précise à juste titre le tribunal administratif de la Polynésie française dans son avis n° 6-12 du 20 juin 2012 (§ 9), cette loi du pays n'a pas encore été adoptée.

Ainsi, depuis la modification de l'article 55 de la loi organique statutaire opérée par la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2011, une convention de représentation doit être conclue entre le «mandant» et le «mandataire». Ce dernier agit au nom et pour le compte du mandant, c'est-à-dire qu'il agit en qualité de représentant. Mais au lieu d'appliquer la conception «civiliste» du mandat, aux termes duquel tous les actes du mandataire engagent le mandant puisque les obligations souscrites se produisent directement sur la tête du mandant<sup>29</sup>, il est préférable de recourir à des solutions jurisprudentielles consacrées par le Conseil d'Etat qui admettent qu'il n'est pas obligatoire que toutes les conséquences du «mandat» se produisent.

On recourt alors à la notion de «mandat administratif»: le «concessionnaire» agit alors à ses risques et périls et n'est donc pas considéré comme le représentant du «concedant»; néanmoins, les conventions qu'il conclut obéissent aux mêmes règles que celles qu'aurait conclues le «concedant».

Ce faisant, les conventions de délégation de service public que serait amenée à conclure la commune avec un «concessionnaire» devront être passées en application, non pas de la loi du pays n° 2009-22 du 7 décembre 2009 qui encadre les délégations de service public *des communes*, mais de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 applicable aux délégations de service public *de la Polynésie*.

Ce mandat administratif a été concrétisé par différentes solutions jurisprudentielles<sup>30</sup> et ses critères d'identification sont variables: CE sect. 30 mai

---

29 C'est la Polynésie française qui a souhaité que cet amendement figure dans la loi statutaire. Celui-ci était motivé ainsi: «L'amendement a pour objet de lever les incertitudes nées de la conclusion des conventions de délégations de compétences sur le fondement de l'article 55 du statut. Celles-ci sont parfois appréhendées comme un moyen «pratique» de se défaire de certaines compétences ce qui conduit à méconnaître la répartition des compétences fixée par le législateur. La mention «au nom et pour le compte de» a pour objet d'indiquer clairement que ces conventions ne peuvent être assimilées à des transferts conventionnels de compétence lesquelles impliquent «une véritable dépossession de la compétence». En apportant ces précisions, la mention évoque davantage un mécanisme de représentation le rapprochant de la technique du mandat sans dépossession de compétences, les actes du mandataire engageant le mandant dès lors que le mandataire a agi dans le cadre de ses pouvoirs». En d'autres termes la Polynésie souhaitait «défendre» ses compétences et éviter, par le biais des conventions prévues par l'article 55, de se voir déposséder de celles-ci.

30 Il faut signaler que la jurisprudence «Entreprise Peyrot» (TC 8 juillet 1963, *G.A.J.A.*), qui consacrait la théorie du mandat administratif à propos des sociétés concessionnaires d'autoroute, vient d'être abandonnée: TC 9 mars 2015, *Mme R. c/ Société Autoroute du Sud de la France*, n° 3984.

1975, Société d'Équipement Montpelliéraine, Rec. p.326; TC 7 juillet 1975, Commune d'Agde, Rec. p. 798; TC 10 mai 1993, Société Wanner Isofi Isolation, *CJEG* 1994, p. 86, concl. P. Martin, note D. Delpirou.

Or, la rédaction de l'article 55 n'étant guère contraignante pour la Polynésie qui doit se doter, par voie de loi du pays, d'une réglementation encadrant ces conventions de représentation, il serait parfaitement possible de retenir les solutions jurisprudentielles consacrées au «mandat administratif» afin de les inscrire dans cette norme. Précisons enfin que dans ce cas, il faudra là encore que le concessionnaire, c'est-à-dire la commune, bénéficie du concours financier de la Polynésie.

Aux termes de ce premier développement, on constate ainsi une forte indétermination quant aux procédures à suivre pour que la Polynésie puisse autoriser une commune de la zone Nord de l'île de Tahiti à produire et distribuer de l'énergie électrique. En résumé:

- Soit, seule une autorisation est délivrée par la Polynésie à la commune et cette dernière gère le service avec autant de libertés qu'en disposent les communes situées à l'extérieur du champ de la concession Nord de Tahiti. Mais dans ce cas, on ne peut être certain des effets produits par «l'autorisation», même si l'on peut raisonnablement estimer qu'il s'agit d'une délégation temporaire de compétence;
- soit, en plus de l'autorisation, une convention s'impose entre la Polynésie et la commune; dans ce cas, cette dernière agira «au nom et pour le compte» de la Polynésie.

Face à de telles imprécisions, il serait souhaitable de proposer ma modification de l'état du droit (*infra* II.C)

### ***B Demande d'une Commune hors zone Nord de Tahiti du Transfert de la Gestion du Service Public de L'énergie Electrique Assurée par elle vers la Polynésie Française***

Dans cette hypothèse, la commune exerce le service public de l'énergie électrique antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi statutaire de 2004 (elle se trouve donc en dehors du champ de la concession territoriale situé au Nord de l'île de Tahiti) et souhaite que ce soit la Polynésie qui gère désormais cette activité.

A nouveau, comme dans l'hypothèse précédente où la COM déléguait la production et la distribution de l'énergie électrique, nous nous retrouvons confrontés à des difficultés qui, pour partie, sont les mêmes que celles précédemment exposées (*supra* II.A.2.) et, pour partie, sont propres à ce type d'opération.

Pour l'essentiel, ces difficultés ont trait à l'application ou l'inapplication de l'article 55 de la loi organique statutaire.

### *1 L'inapplication de l'article 55 de la loi statutaire*

On peut tout d'abord estimer, comme précédemment (*supra* II.A.1.), que ce type de délégation n'entre pas dans le champ de l'article 55 et, ce faisant, la commune ne peut pas confier la production et la distribution d'énergie électrique à la Polynésie car aucune disposition de la loi organique statutaire n'a prévu ce cas de figure.

En effet, la Polynésie et les communes ne peuvent nouer de liens pour exercer ou déléguer des compétences que si ces liens sont fondés sur des dispositions expresses de la loi organique statutaire.

D'ailleurs, dans un arrêt d'assemblée (CE ass. 4 nov. 2005, n° 280003, Président de la Polynésie française, *RFDA* 2005, p. 1131, concl. C. Vérot), le Conseil d'Etat a dit pour droit que toutes les questions relatives à la combinaison des compétences entre collectivités publiques (en l'espèce, il s'agissait de l'Etat et de la Polynésie) doivent expressément avoir été prévues par la loi organique statutaire.

Cependant, il resterait (sans doute) la possibilité pour la Polynésie et la commune concernée d'exercer le service dans le cadre d'un syndicat mixte ouvert, puisque le CGCT autorise la Polynésie française à participer à une telle structure<sup>31</sup> en partenariat avec des communes pour exploiter des services publics. D'ailleurs, dans son rapport d'octobre 2007 consacré au «service public de l'électricité (exercices 1999 à 2006)», la chambre territoriale des comptes préconise cette solution.

Dans ce cas, on remarque que le concours financier obligatoire de la COM n'est pas érigé en principe pour exercer l'activité de service public.

Il convient de noter qu'en principe, les dispositions relatives aux syndicats mixtes auxquels participe la Polynésie française devraient figurer dans la loi organique

---

31 Article L5721-3 du CGCT – «Les communes, chambres de commerce, d'industrie, des services et des métiers et établissements publics ainsi que la Polynésie française peuvent se grouper sous forme de syndicats pour l'exploitation, par voie de convention, de services publics présentant un intérêt pour chacune des personnes morales en cause. (...)».

statutaire comme c'est le cas en Nouvelle-Calédonie (art. 54<sup>32</sup> de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et ce dispositif a été inséré à l'article 166-6<sup>33</sup> du code des communes de la Nouvelle-Calédonie). Ce n'est pas le cas en Polynésie française, et le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la Polynésie dans le cadre d'un recours en «déclassement outre-mer» des dispositions figurant dans le CGCT applicable en Polynésie, a rejeté ce recours, après avoir souligné qu'effectivement de telles mesures relèvent bien de la loi organique statutaire<sup>34</sup>, mais que la procédure de «déclassement outre-mer» ne permet pas de censurer «l'erreur» commise par l'Etat consistant à recourir à une loi ordinaire au lieu d'une loi organique (Cons. const. 26 juin 2014, LOM 2). Il n'est pas non plus possible de contester ce dispositif en utilisant la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const. n° 2014-386 QPC du 28 mars 2014, Collectivité d'Outre-mer de Saint Barthélemy).

## 2 *L'application de l'article 55 de la loi statutaire*

A l'inverse de ce qui précède, on peut aussi admettre qu'une convention de représentation doive être conclue en application de l'article 55 de la loi statutaire entre la commune et la Polynésie, où cette dernière agirait «au nom et pour le compte» de la commune. Pour ce faire, il y a lieu de considérer qu'étant donné qu'aucune «procédure spéciale» ne s'applique (*i.e.* l'article 45 LOPF), il est possible

---

32 «Un syndicat mixte peut être constitué par accord entre la Nouvelle-Calédonie, des provinces, des communes, des établissements publics de coopération intercommunale, des chambres de commerce et d'industrie territoriales, d'agriculture, de métiers et d'autres établissements publics, en vue d'activités ou de services présentant une utilité pour chaque personne morale intéressée.

Le syndicat mixte est un établissement public; il comprend au moins une collectivité territoriale ou un établissement public de coopération intercommunale.

Il est institué par des délibérations concordantes des assemblées et organes délibérants des personnes morales concernées, qui en approuvent les statuts».

33 «Ainsi qu'il est dit à l'article 54 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999: " Un syndicat mixte peut être constitué par accord entre la Nouvelle-Calédonie, des provinces, des communes, des syndicats de communes, des chambres de commerce et d'industrie territoriales, d'agriculture, de métiers et d'autres établissements publics, en vue d'activités ou de services présentant une utilité pour chaque personne morale intéressée. Le syndicat mixte est un établissement public; il comprend au moins une collectivité territoriale ou un syndicat de communes. Il est institué par des délibérations concordantes des assemblées et organes délibérants des personnes morales concernées, qui en approuvent les statuts».

34 Alors que le tribunal administratif de la Polynésie, saisi de cette question pour «avis» par le Président de la Polynésie en application de l'article 175 de la loi organique statutaire, avait répondu, au terme il est vrai d'une motivation très peu convaincante, que la constitution des syndicats mixtes au sein desquels la COM participe peut être déterminée par une loi ordinaire: TA Polynésie française avis n° 5-2013 du 2 avril 2014.

d'utiliser la «procédure générale» de délégation des compétences prévues par l'article 55.

Il faut observer que, dans cette hypothèse, la Polynésie sera probablement soumise au droit régissant les communes. En d'autres termes, si la Polynésie ne souhaite pas exercer en régie cette activité, elle devra la déléguer en respectant la loi du pays relative aux délégations de services publics *des communes* (loi du pays 2009-22 du 7 décembre 2009).

En effet, si l'article 55 alinéa 2 a pris soin de préciser qu'en cas de réalisation de projets d'équipements collectifs, «les travaux sont réalisés selon des règles applicables à la Polynésie française», aucune précision de ce genre n'est applicable aux «délégations» de gestion de service<sup>35</sup>.

A nouveau, face à de telles indéterminations, il serait utile de modifier l'état du droit afin que soit précisé:

- s'il est possible de déléguer la gestion de la production et de la distribution de l'électricité de la commune vers la Polynésie;
- et, au cas où cette délégation serait possible et relèverait bien de l'article 55 de la loi organique statutaire, quel serait alors le droit applicable: celui régissant les services publics de la Polynésie ou celui régissant les services publics communaux?

### ***C La nécessaire modification de l'article 45 de la loi organique statutaire***

En raison des incertitudes exposées précédemment et qui résultent de l'interprétation des dispositions de la loi statutaire dans le domaine de l'exercice du service public de l'électricité (1), il convient d'envisager la modification de cet état du droit afin de renforcer la sécurité juridique lorsque la Polynésie et les communes envisagent une délégation ou un transfert de leur compétence en la matière (2).

#### ***1 Les limites des dispositions statutaires actuelles***

La détermination des modalités d'exercice des compétences de la Polynésie française relève de la loi organique et non de la loi ordinaire, y compris lorsque cette collectivité d'outre-mer désire *s'associer* ou nouer un *partenariat* avec des

---

35 Par ailleurs, en principe et selon l'article 55, la commune doit participer financièrement à cette opération. Mais tout dépend de la nature juridique du service de l'énergie. En effet, l'article 55 précise que l'obligation n'existe que si le service relève de la compétence de la commune. Or, nous avons précisé que dans son avis précité du 20 juin 2012, le tribunal avait estimé qu'il s'agissait d'un service public territorial; ce qui de notre point de vue est très contestable.

communes situées en Polynésie et dont les compétences sont pourtant déterminées par la loi ordinaire. Telle est la solution donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2014-2 LOM du 26 juin 2014, *Syndicats mixtes ouverts en Polynésie française*.

Il en résulte que les relations pouvant s'établir entre la Polynésie française et les communes (et leurs groupements) sont déterminées par les dispositions des sections 4 et 6 (art. 43 à 45 et 48 à 56) du chapitre 1<sup>er</sup> du titre III de la loi organique statutaire. En particulier, s'agissant de la gestion de services publics, l'article 55 prévoit l'hypothèse de délégation d'une collectivité vers l'autre<sup>36</sup>.

Mais cet article 55 recèle trop d'inconvénients et de faiblesses pour qu'il puisse être mobilisable au cas d'espèce.

En effet, tout d'abord il n'envisage que les cas d'une «délégation de service public» et d'un «marché public de service»; et, dans ces deux hypothèses, la convention doit impérativement prévoir «la participation financière des communes».

Ensuite, ces conventions sont soumises aux principes de la commande publique; or, rien ne permet de conclure que ce sera la Polynésie qui sera retenue comme partenaire de la commune, au terme des procédures de délégation.

Par ailleurs, depuis la révision statutaire du 1<sup>er</sup> août 2011, la Polynésie doit adopter une loi du pays pour déterminer le cadre juridique des relations qui peuvent être établies entre la Polynésie et les communes: à ce jour, ce dispositif n'a toujours pas été adopté.

Enfin, interrogé pour avis par le Président de la Polynésie sur la portée de cet article 55, aux fins de déterminer si la Polynésie et les communes ne pourraient pas nouer une relation «in house», permettant ainsi de s'affranchir des principes de la commande publique (ce qui permettrait aux communes de déléguer directement à la Polynésie non pas la gestion du service mais leur compétence en la matière), le

---

36 Article 55 de la LOPF: «Lorsque la Polynésie française confie par convention aux communes ou aux établissements communaux ou de coopération intercommunale, au vu d'une demande ou d'un accord de leurs organes délibérants, la réalisation d'équipements collectifs ou la gestion de services publics relevant de sa compétence, la convention prévoit le concours financier de la Polynésie française./ Les communes ou leurs groupements peuvent confier par convention à la Polynésie française la réalisation de projets d'équipements collectifs ou la gestion de services publics relevant de leur compétence. Dans ce cas, les travaux sont réalisés selon les règles applicables à la Polynésie française. La convention prévoit la participation financière des communes./ Les conditions dans lesquelles les personnes publiques mentionnées aux deux premiers alinéas peuvent se voir confier la réalisation d'équipements collectifs ou la gestion de services publics au nom et pour le compte d'une autre personne publique sont définies par un acte prévu à l'article 140 dénommé "loi du pays".»



tribunal administratif de la Polynésie n'a pas été en mesure de donner une réponse claire puisqu'il a dit pour droit qu'«il appartiendra à la juridiction, saisie au contentieux se rattachant à l'exécution de la convention d'apprécier la validité des stipulations contractuelles propres à chacune des conventions» (TA Polynésie française n° 3-2010 du 30 mai 2011). On peut cependant comprendre la réticence du tribunal à se positionner clairement sur la question posée, compte tenu du terme «confier» qui figure dans cet article 55; en effet, non seulement un tel terme n'est pas usuel pour asseoir des relations juridiques mais aussi, plus largement, lors de l'adoption par le Parlement de ce dispositif, les parlementaires ont utilisé une terminologie approximative<sup>37</sup>.

Ainsi, cet article 55, tel qu'il est rédigé, ne permet pas de donner satisfaction aux communes qui souhaiteraient déléguer ou transférer leur compétence à la Polynésie, et c'est pourquoi on proposera une autre solution: le recours à l'article 45 de la loi organique statutaire, ce qui suppose sa modification préalable.

## 2 *Modification de la rédaction de l'article 45 de la loi organique statutaire*

En premier lieu, il convient de modifier cet article 45 afin de «réparer» un oubli qui pourrait causer quelques difficultés, celui de la mention des «groupements de communes». En effet, les intervenants en la matière ne sont pas seulement la Polynésie et les communes mais aussi les établissements publics de coopération intercommunale.

En second lieu, il convient d'envisager dans cet article les trois cas de figure possibles:

- (1) Dans l'hypothèse où une commune (ou un EPCI) de la zone Nord de Tahiti (*i.e.* qui n'exerce pas actuellement cette compétence) serait autorisée par la Polynésie à produire et distribuer de l'électricité, il sera utile de préciser que cette autorisation se suffit à elle-même et qu'il ne s'agit pas pour autant d'une délégation de la gestion du service public de l'énergie électrique «par» la Polynésie, en application de l'article 55 de la loi organique statutaire; en effet, la rédaction actuelle de l'article 45 pourrait autoriser une telle lecture.
- (2) Dans le cas des communes situées hors du champ de la zone Nord de Tahiti et qui souhaitent *déléguer* cette compétence à la Polynésie il conviendra d'intégrer la notion de «délégation de compétence» dans le domaine de la

---

37 Rapport n° 107 du Sénateur Lucien LANIER p.87; rapport n° 1336 du député Jérôme BIGNON p.76; v. également Avis n° 33 de Monsieur Jean-Patrick COURTOIS du 20/10/2004 fait au nom de la commission des lois du Sénat relatif au projet de loi de programmation pour la cohésion sociale.

production et de la distribution de l'énergie électrique. Cette délégation ne réalise pas un transfert définitif de la compétence et nécessite l'accord préalable de l'assemblée de la Polynésie. Pour dissiper tout malentendu en la matière, il sera précisé que ce type de délégation ne se fonde pas sur l'article 55 de la loi organique statutaire et qu'ainsi, la commune n'a pas besoin de prévoir un transfert de moyens financiers à la Polynésie.

- (3) Enfin, il convient de prévoir que les communes puissent *transférer* leur compétence dans le domaine de la production et de la distribution de l'énergie à la Polynésie. Ce transfert de compétence est définitif et nécessite au préalable l'autorisation de l'assemblée de la Polynésie française.

L'article 45 pourrait ainsi être rédigé comme suit:

I - La Polynésie française peut, sur demande des conseils municipaux ou des assemblées délibérantes des établissements publics de coopération intercommunale, autoriser les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale à produire et distribuer l'électricité dans les limites de leur circonscription. Cette autorisation n'est pas nécessaire pour les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale qui, à la date de promulgation de la présente loi organique, produisent et distribuent l'électricité, dans les limites de leur circonscription.

II - Les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale qui, à la date de promulgation de la présente loi organique, produisent et distribuent l'électricité, dans les limites de leur circonscription, peuvent déléguer cette compétence à la Polynésie française. La délégation de compétence ne peut intervenir qu'avec l'accord de l'assemblée de la Polynésie française.

Les conditions dans lesquelles les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale mentionnés à l'alinéa 1<sup>er</sup> sont autorisés à produire et distribuer de l'électricité et les conditions dans lesquelles les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale mentionnés à l'alinéa second délèguent la production et la distribution de l'électricité à la Polynésie française ne sont pas soumises aux dispositions de l'article 55.

III - Les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale qui, à la date de promulgation de la présente loi organique, produisent et distribuent l'électricité, dans les limites de leur circonscription, peuvent transférer à la Polynésie française cette compétence. Le transfert de compétence ne peut intervenir qu'avec l'accord de l'assemblée de la Polynésie française.

#### ***IV CONCLUSION***

La détermination du régime juridique du service public de l'électricité relève pour la plus grande part des normes de la Polynésie française. La mise en œuvre de ce service est partagée entre la Polynésie (zone Nord de Tahiti) et les communes (toutes les autres portions du territoire à l'exception de la zone Nord de Tahiti). Mais nombreuses sont les communes situées dans les archipels éloignés qui souhaiteraient que ce service public soit sinon transféré, au moins délégué à la Polynésie car un tel service, lorsqu'il est proposé à l'échelle d'un atoll ou d'un groupe d'îles (plusieurs communes associées dispersées sur différentes îles forment une commune de plein exercice) a un coût bien évidemment nettement supérieur à celui retenu pour la zone Nord de Tahiti. Pour clarifier les modalités de transfert et de délégation, une modification des dispositions statutaires et plus précisément de l'article 45 de cette loi statutaire, semble indispensable.

Mais ces mêmes communes pourraient renoncer à déléguer ou transférer ce service si on leur permettait de bénéficier de la péréquation tarifaire qui n'est actuellement pas étendue à tous les usagers de ce service public.

