

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1900211

COMMUNE DE NOUMEA

M. Quillévére
Président-rapporteur

Mme Peuvrel
Rapporteur public

Audience du 17 octobre 2019
Lecture du 31 octobre 2019

C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 2 mai 2019 et des mémoires enregistrés les 26 juillet et 20 septembre 2019, la commune de Nouméa, représentée par son maire en exercice, ayant pour avocat la SCP Seban & associés, demande au tribunal :

1°) d'annuler l'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité ;

2°) de faire application des dispositions de l'article R. 611-11 du code de justice administrative et de fixer la date à laquelle l'instruction sera close ;

3°) de condamner la Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 600 000 francs au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La commune de Nouméa soutient que :

- l'intervention en défense de l'association de défense des consommateurs Que choisir UFC-NC est irrecevable ; l'association n'explique pas en quoi les intérêts des consommateurs seraient impactés par l'annulation de l'arrêté ; le tarif de l'électricité appliqué aux usagers n'a jusqu'à présent jamais tenu compte de l'évolution des charges prises en compte dans le système tarifaire ; le lien de parenté entre la vice-présidente de UFC-Que choisir et le président du conseil d'administration d'Enercal laisse douter des vrais motifs de l'intervention de l'association UFC-NC ;

- la commune de Nouméa a intérêt à agir ; son intérêt à agir n'a d'ailleurs jamais été contesté par la Nouvelle-Calédonie ; l'arrêté attaqué a pour objet de plafonner la prise en compte dans les tarifs publics de l'électricité de l'ensemble des redevances versées par les gestionnaires

de réseaux de distribution aux communes que ce soit en leur qualité d'autorité concédante ou de gestionnaire de leur domaine public ;

- la perception des redevances par la commune de Nouméa est prévue par la délibération n° 669 du 28 juin 1984 relative au cahier des charges type de concession de distribution publique d'énergie électrique ;

- l'article 34 de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie prévoit la prise en compte des différentes catégories de redevances versées par le concessionnaire dans le tarif de l'électricité ;

- la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de production et de transport d'énergie électrique et de réglementation de la distribution d'énergie électrique et est compétente en matière de fixation des tarifs de l'électricité en application de la loi organique statutaire ;

- la direction de l'industrie, des mines et de l'énergie de Nouvelle-Calédonie (DIMENC) est chargée du contrôle de l'évolution des prix de l'électricité sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie ; elle a confié par une convention signée le 15 décembre 2000 la gestion de la distribution d'électricité à la société Electricité et Eau de Calédonie (EEC) filiale du groupe Engie pour une durée de 20 ans à compter du 1^{er} janvier 2001 ; la distribution de l'électricité dans les différentes communes du territoire par les sociétés Enercal ou EEC s'effectue sous le régime de la concession de service public ;

- l'organisation du système électrique en Nouvelle-Calédonie a été posée en 2012 par la délibération n° 195 du 5 mars 2012 et a pour objet d'organiser le secteur de l'électricité en trois branches, production, transport et distribution ; afin de mettre en œuvre les dispositions de la délibération la Nouvelle-Calédonie a adopté plusieurs arrêtés dont l'arrêté n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité ; le tarif de vente de l'électricité au client final reflète les coûts réels des activités de production, transport et distribution ; le tarif est identique sur tout le territoire de la Nouvelle-Calédonie ; la délibération n° 195 du 23 juillet 2013 précise pour chaque branche d'activité les règles de comptabilisation des coûts ; la structure tarifaire est construite à partir des données transmises par les opérateurs et auditées par la DIMENC ; les gestionnaires de réseaux perçoivent un revenu qui n'est pas dépendant des fluctuations des volumes de ventes ; pour chaque période tarifaire les niveaux de revenus des gestionnaires sont définis par un arrêté du gouvernement ;

- actuellement, la troisième période tarifaire est en cours, depuis le 1^{er} octobre 2017 jusqu'au 30 septembre 2019 ;

- le contrat de concession de la commune de Nouméa en ce qui concerne le revenu du concessionnaire distingue la rémunération de l'investissement et de l'exploitation ; la rémunération au titre des investissements comprend l'amortissement des immobilisations financées par la société EEC, le capital immobilisé et le stock ; la rémunération au titre de l'exploitation comprend une part forfaitaire (RopexD) et, une part proportionnelle à l'électricité achetée au transporteur et aux producteurs ; le concessionnaire bénéficie du remboursement par le système tarifaire de la contribution au fonds d'électrification rurale (FER) et les redevances communales qu'il verse ; le gouvernement a la possibilité d'actualiser trimestriellement les tarifs de transport et de la distribution par le biais d'indices (IT et ID) ;

- en 2017, pour équilibrer économiquement le système sans avoir à augmenter le tarif des usagers finaux, le gouvernement a participé au financement du service via la composante de stabilisation à hauteur de 125 614 000 francs CFP ; la commune de Nouméa a perçu en 2017 au titre du contrat de concession qui la lie à EEC des redevances pour un montant de 577 000 000 francs CFP ;

- la méthode d'actualisation des tarifs de vente de l'électricité a été fixée par l'arrêté n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 ; la DIMENC n'a jamais fait application de cet arrêté aux contrats de concession en cours ;

- en application de son contrat de concession qui la lie à la société EEC, la commune de Nouméa perçoit trois catégories de redevances : une redevance de contrôle, une redevance

d'occupation du domaine public et une redevance de mise à disposition d'ouvrages assise sur la marge commerciale réalisée par le concessionnaire ;

- la modification à compter du 1^{er} janvier 2020 par la Nouvelle-Calédonie de la méthode d'actualisation des tarifs de vente de l'électricité remet en cause les modalités de prise en charge des redevances communales ; cette initiative est intervenue en l'absence de toute concertation ;

- l'arrêté du 26 mars 2019 modifie la méthode tarifaire en vigueur pour limiter le montant du paramètre RdvA qui concerne à titre principal les communes concédantes ; si le montant des redevances communales prévu au contrat de concession dépasse le plafond de 8,6 %, le surplus ne sera pas pris en compte dans le système tarifaire pour le calcul de la rémunération des opérateurs et le calcul du tarif de vente de l'électricité aux usagers ; l'impact financier du changement des règles de calcul de la tarification est important pour les finances communales ;

- la Nouvelle-Calédonie n'était pas compétente pour prendre l'arrêté attaqué ; la délibération n° 195 du 5 mars 2012 qui prévoit que l'indice d'actualisation des tarifs de la grille tarifaire est déterminé par arrêté du gouvernement n'a pas habilité la Nouvelle-Calédonie à encadrer le paramètre RdvA de la formule d'actualisation des tarifs de l'électricité pour restreindre indirectement le montant des redevances (dont la RODP) de la commune de Nouméa ; c'est en méconnaissance du pouvoir concédant des communes et du pouvoir de gestion du domaine public des communes que le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a pris l'arrêté attaqué ; l'arrêté ne précise pas le terme de « redevances communales » qui renvoie certainement à l'ensemble des redevances de nature contractuelles qui représentent des charges d'exploitation supportées par les gestionnaires des réseaux de distribution ; il s'agit donc des redevances d'occupation du domaine public qui peuvent être librement instituées par les communes en application du code des communes applicable en Nouvelle-Calédonie et de l'article L. 2125-1 du CGCT (résultant de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques) qui s'applique aux communes de Nouvelle-Calédonie et des redevances de concession de service public ;

- en instituant un déplafonnement sans corrélation avec les coûts supportés par les gestionnaires l'arrêté a été pris par une autorité incompétente ; l'arrêté attaqué est nouveau puisque l'arrêté antérieur de 2013 n'a jamais été appliqué en raison de son imprécision ; le gouvernement excède l'habilitation donnée par la délibération n° 195 du 5 mars 2002 l'autorisant uniquement à fixer les formules de calcul et révision des tarifs en tenant compte des coûts supportés par les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité ;

- en plafonnant la part des redevances communales dont la redevance d'occupation du domaine public (RODP) prise en compte par le calcul des tarifs de vente de l'électricité le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'a pas respecté les principes de calcul fixés par la délibération n° 195 ;

- l'arrêté attaqué ne se borne pas à encadrer la part des redevances prises en compte dans le calcul de l'indice d'actualisation des tarifs de vente de la distribution d'énergie électrique ; la commune de Nouméa ne pourra pas négocier avec son concessionnaire le reversement d'un niveau de redevance supérieur au plafond mis en place par l'arrêté litigieux alors même que ce coût ne serait pas pris en charge par le système tarifaire ; la rémunération du concessionnaire sera nécessairement affectée ;

- l'arrêté attaqué empêche la commune de négocier avec son concessionnaire le montant des redevances susceptibles d'être réclamées ;

- l'arrêté attaqué n'est en rien nécessaire à l'application de la délibération n° 195 dès lors qu'il excède le cadre délibéré ; l'arrêté attaqué a été pris au visa de la délibération n° 195 qui fixe notamment les principes de rémunération des gestionnaires des réseaux de distribution ; si la Nouvelle-Calédonie a été habilitée par la délibération à définir la formule paramétrique d'actualisation des tarifs avec les indices devant y être inclus, elle n'a pas autorisé le gouvernement à remettre en cause, à cette occasion, le principe de rémunération de l'exploitation

à partir de l'ensemble des coûts supportés ; la structure tarifaire doit permettre au gestionnaire du réseau de recouvrer la totalité des coûts qu'il a supporté pour exploiter le réseau ;

- l'arrêté du gouvernement a été signé par le président et contresigné par M. Metzdorf en qualité de membre du gouvernement de Nouvelle-Calédonie chargé du budget, de l'énergie, de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche et de la communication audiovisuelle ; M. Metzdorf représente en outre, la Nouvelle-Calédonie au sein du conseil d'administration de la SAEM Enercal, concessionnaire du service public de l'électricité sur 26 communes de Nouvelle-Calédonie et concessionnaire du transport d'électricité et producteur local ; M. Metzdorf est nécessairement intéressé à l'affaire ; la simple présence d'un élu intéressé au cours d'une délibération ou sa participation au rapport sur le projet d'une délibération est suffisante pour considérer que cet élu a influencé le vote ; en l'espèce, M. Metzdorf a émis un avis favorable sur l'arrêté litigieux et il était présent à l'occasion de la séance ou l'arrêté a été adopté ; l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriale n'autorise pas la participation d'un membre du gouvernement à des décisions qui intéressent une société d'économie mixte locale au sein de laquelle il siège ;

- Enercal bénéficie du soutien de la Nouvelle-Calédonie ce qui n'est pas le cas de la société EEC et cette situation crée une distorsion de concurrence sur le secteur de la distribution d'électricité et alors même qu'aucun régulateur indépendant n'existe en Nouvelle-Calédonie ;

- les principes fixés par la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie ont été méconnus ; aucune disposition de la délibération n° 195 ne permet au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de limiter la prise en compte des coûts d'exploitation supportés par les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité ; une telle limitation conduit à modifier la formule des tarifs ; la Nouvelle-Calédonie ne dispose d'aucun pouvoir de « régulation » sur le montant des redevances contractuelles qui sont versées par les gestionnaires des réseaux ;

- le système tarifaire de Nouvelle-Calédonie doit obligatoirement assurer la couverture des charges d'exploitation des gestionnaires du réseau de distribution incluant notamment les redevances versées aux autorités organisatrices de la distribution d'électricité ; la mise en place d'un fonds de transition énergétique au sein du cahier des charges de la future concession de la commune de Nouméa répond à cette objectif de couverture des charges d'exploitation ;

- le gouvernement ne peut interférer dans les relations entre les communes et leurs concessionnaires pour fixer le niveau des redevances à payer à l'autorité concédante, cette fixation du montant des redevances est de la compétence des communes ; la Nouvelle-Calédonie doit seulement s'assurer que les coûts des gestionnaires sont couverts sans pouvoir en limiter une partie ;

- les coûts des gestionnaires de réseaux et les tarifs d'électricité sont liés de sorte que la construction de ces tarifs résulte d'une addition de coûts supportés par les gestionnaires de réseaux ;

- en instituant un plafond pour la prise en compte des redevances de concession dans l'indice d'actualisation des tarifs, l'arrêté attaqué méconnaît manifestement le principe de couverture des coûts des gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité par les tarifs d'électricité visé à l'article 34 de la délibération n° 195 ;

- du fait du plafonnement de la redevance prise en compte dans le système tarifaire la commune de Nouméa ne peut maintenir le niveau des redevances qu'elle perçoit afin de préserver une marge raisonnable pour son concessionnaire ; elle sera contrainte de revoir à la baisse le montant des redevances communales (dont la redevance d'occupation du domaine public (RODP) versées par le concessionnaire ; cette privation d'une quote-part de redevance méconnaît les articles 2 et 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

- les travaux préparatoires de la direction des mines de l'industrie et de l'énergie (DIMENC) de la Nouvelle-Calédonie pour l'adoption de la délibération n° 195 montrent que les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité doivent pouvoir bénéficier d'une

rémunération de la distribution à droit constant ajustée aux coûts réels de l'activité de distribution et qu'un objectif de la réforme est de fixer le niveau tarifaire à partir de la rémunération des concessionnaires des réseaux de distribution ;

- l'arrêté attaqué méconnaît le principe de libre administration des collectivités territoriales et le principe de liberté contractuelle ; la possibilité pour les candidats au futur contrat de concession de la commune de Nouméa de formuler des offres compétitives dépend du niveau de leur rémunération et donc de la marge commerciale dont ils souhaitent disposer ;

- l'arrêté qui s'applique aux contrats en cours a méconnu le principe de sécurité juridique et les dispositions des articles 4 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; la Nouvelle-Calédonie avait l'obligation de prévoir des mesures transitoires ; en prévoyant une application au 1^{er} janvier 2020 l'arrêté s'applique aux contrats de concession de distribution d'électricité en cours tel que celui de la ville de Nouméa ; il remet ainsi en cause l'économie générale de ce contrat en faisant baisser de 30 % le montant des redevances communales prises en compte dans le système tarifaire ; le concessionnaire EEC Engie devra supporter ce coût sur ses bénéfices perçus au titre de la dernière année du contrat de concession ;

- l'arrêté attaqué est entaché de détournement de pouvoir ; cet arrêté vise à la satisfaction d'un intérêt privé ;

- l'article 4 de l'arrêté n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 distingue des charges maitrisables et non maitrisables des gestionnaires de réseaux ; le paramètre ROpexD fixé par arrêté intègre les charges qui correspondent à la productivité et à la performance des gestionnaires ; dans les charges non maitrisables qui ne sont pas corrélées à la productivité figurent les achats d'énergie et le montant annuel des redevances communales dues par les gestionnaires de réseau de distribution au travers du paramètre RdvA ;

- les charges d'exploitations maitrisables intégrées au RopexD correspondent à un forfait en francs CFP ; elles sont calculées selon les formules définies par l'arrêté n° 2018-2371/GNC du 25 septembre 2018 portant modification de l'arrêté n° 2017-1757/GNC du 24 juillet 2017 fixant les niveaux de revenus des gestionnaires de réseaux électriques applicables sur la 3^{ème} période tarifaire ;

- le gestionnaire de réseau n'a pas de prise sur les charges non maitrisables retenues pour le calcul du RdvA ; le système d'incitation du gestionnaire à maitriser ses coûts de type bonus malus qui existe en métropole n'existe pas en Nouvelle-Calédonie ; les charges non maitrisables sont couvertes au franc près par les tarifs d'électricité et exclues du forfait dédié au RopexD ;

- un avis n° 2019-A-02 du 18 juillet 2019 de l'Autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie relève que les coûts d'exploitation des gestionnaires (RopexD) sont pris en compte par les tarifs d'électricité au travers d'un forfait mais que le concessionnaire se voit ensuite rembourser par le système tarifaire les redevances de concession du service public (RdvA) décidées par chaque commune ;

- les charges d'exploitation ne sont pas prises en compte dans les tarifs d'électricité sur l'unique base d'un forfait ; il en va ainsi d'une partie des charges et les redevances communales n'en font pas partie ;

- l'arrêté porte atteinte au droit de propriété ; la commune ne dispose pas de liberté pour fixer un montant de redevance supérieur à celui arrêté par la Nouvelle-Calédonie, car ce montant de redevances sera considéré comme excessif par le concessionnaire ; cet encadrement du montant de la redevance empêche la commune de négocier librement le montant afin de valoriser l'exploitation de son réseau et l'utilisation de son domaine public pour les besoins de cette exploitation ; l'arrêté prive la commune de 30 % du produit des redevances concernées et porte atteinte à son droit de propriété ;

- l'arrêté est illégal par son application aux contrats en cours au regard du principe de sécurité juridique ; la publication de l'arrêté n'a pu que remettre en question le cahier des charges de la future concession élaboré par la commune de Nouméa et, d'autre part, les offres

élaborées par les candidats sur la rémunération du concessionnaire et les redevances perçues par le concédant ; une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020 est insuffisante pour garantir le respect du principe de sécurité juridique ;

- l'arrêté attaqué a été pris le 26 mars 2019 publié le 28 mars au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC) mais sa consultation en ligne n'a été possible que le 8 avril 2019 sur le site juridoc.gouv.nc ; il y a un lien entre la date de fin de remise des offres pour le futur contrat de concession et la publication de l'arrêté attaqué dont la date de publication a été choisie pour contraindre la commune de Nouméa à interrompre la procédure de passation en cours ;

- le gouvernement omet de prendre en compte la circonstance qu'il est l'actionnaire principal d'Enercal, seul concurrent d'EEC ; l'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie dans son avis n° 2019-A-02 du 18 juillet 2019 a recommandé une particulière attention au risque de subventions croisées entre les activités transport et distribution de Enercal ;

- l'arrêté attaqué poursuit un but étranger à son objet et favorise l'intérêt d'actionnaire de la société SAEM Enercal.

Des mémoires ont été enregistrés les 20 juin, 7 juillet et 23 août 2019 présentés par la Nouvelle-Calédonie qui conclut au rejet de la requête ;

La Nouvelle-Calédonie fait valoir que :

- aucun des moyens soulevés par la commune de Nouméa n'est fondé.

- l'arrêté attaqué a seulement pour objet d'encadrer la part des redevances prises en compte dans le calcul de l'indice d'actualisation des tarifs de vente de la distribution d'énergie électrique ;

- le gouvernement a agi dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi organique et par la délibération n° 195 du mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie ;

- contrairement à ce que fait valoir la société EEC le seul contresing de M. Metzdorf était suffisant pour assurer la régularité de l'arrêté attaqué ;

- il n'existe aucun conflit d'intérêt et M. Metzdorf ne peut être regardé comme intéressé à l'affaire ;

- l'information donnée aux membres du gouvernement sur le projet d'arrêté était suffisante ;

- à supposer même que la Nouvelle-Calédonie ait eu l'obligation en application du code de commerce de transmettre l'arrêté à l'Autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie, cette omission n'est pas de nature à entacher l'arrêté attaqué d'illégalité ;

- les principes fixés par la délibération n'ont pas été méconnus ;

- les règles applicables aux concessions de service public n'ont pas été méconnues ; le mécanisme de rémunération des gestionnaires est similaire à celui prévu en métropole pour la fixation des tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (Turpe) et permet d'inciter l'opérateur à faire des efforts de productivité et à maîtriser ses charges ;

- la commune de Nouméa ne peut reprocher à la Nouvelle-Calédonie qui n'est pas partie aux contrats qu'elle a conclus de méconnaître leur équilibre financier ;

- le droit de propriété des gestionnaires de réseaux publics n'a pas été méconnu ; les gestionnaires de réseaux publics de distribution conservent la possibilité de négocier librement le montant des redevances communales avec les autorités concédantes ;

- les règles de la concurrence n'ont pas été méconnues ; l'arrêté est un acte réglementaire qui s'applique de manière identique à tous les gestionnaires de réseau d'électricité et ne bénéficie en rien à la SAEM Enercal ; il appartient seulement à la commune de Nouméa autorité concédante de veiller à ce que les règles de la concurrence ne soient pas faussées ;

- l'arrêté attaqué ne porte pas atteinte au principe de sécurité juridique ; l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020 soit plus de neuf mois après son adoption de l'arrêté attaqué, organise

un délai suffisant pour permettre aux intéressés de se préparer au changement de réglementation ; le gouvernement se prononcera sur les niveaux de rémunération accordée aux gestionnaires de distribution au titre de la prochaine période tarifaire à compter du 1^{er} octobre 2019 ;

- l'arrêté ne porte pas atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales ;

- l'arrêté attaqué n'est pas entaché de détournement de procédure ou d'un détournement de pouvoir ; la Nouvelle-Calédonie n'a pas la possibilité d'agir sur la détermination du montant de ces redevances communales qui sont négociées librement entre la commune et son concessionnaire du réseau de distribution.

Des mémoires en intervention volontaire et un mémoire complémentaire en intervention volontaire ont été enregistrés les 4 juin, 28 août et 18 septembre 2019 par lesquels l'union fédérale des consommateurs-Que Choisir- Nouvelle-Calédonie entend s'approprier l'ensemble des moyens présentés par la Nouvelle-Calédonie, conclut au rejet de la requête et demande à être rendue destinataire de l'entière procédure.

L'association UFC Que Choisir de Nouvelle-Calédonie fait valoir que son intervention est recevable, s'associe aux conclusions du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et soutient en outre que :

- elle s'interroge sur l'intérêt à agir de la commune ;

- les redevances versées dans le cadre du contrat de concession n'ont aucune base légale et ont seulement une valeur contractuelle liant le délégataire EEC à la commune ; ces redevances ne peuvent être prises en compte dans le tarif public de l'électricité ; aucune des redevances ne semble avoir été fixée conformément au code des communes de la Nouvelle-Calédonie et notamment son article L. 122-20 ; la délibération n° 2018/969 du 20 décembre 2018 prévoit une nouvelle redevance d'occupation du domaine public dont le tarif est fixé en fonction de la surface occupée et de sa valorisation foncière ;

- la concession attribuée à la société EEC par la commune de Nouméa prévoit trois redevances : une redevance pour occupation du domaine public en contrepartie des charges supportées par la commune en raison de la présence du réseau d'électricité sur et sous la voie publique ; cette redevance est calculée sur la base de la longueur des réseaux aérien et souterrain ; une redevance pour mise à disposition d'ouvrage en contrepartie des avantages procurés par l'utilisation des biens de la concession calculée sur la marge commerciale à un taux de 6,2 %, une redevance de contrôle assise sur la longueur des réseaux ; ces redevances n'ont fait l'objet d'aucune délibération les instituant.

Des mémoires en intervention volontaires ont été enregistrés les 20 juin et 7 août 2019 présenté par la société néo-calédonienne d'énergie (Enercal), représentée par Me Royanez, qui demande au tribunal de recevoir ses observations et conclut au rejet de la requête.

La SAEM Enercal fait valoir que :

- l'arrêté attaqué impacte seulement les concessionnaires de la distribution d'électricité ; l'ajustement ne se fera pas forcément au détriment de la commune de Nouméa à l'occasion d'un appel d'offres, les candidats devant réduire leur marge pour proposer une offre économiquement avantageuse ;

- le concessionnaire actuel peut absorber la contrainte induite par l'arrêté attaqué ;

- les charges d'exploitation d'EEC sont nettement inférieures à la compensation réalisée notamment pour Enercal ; au cours des cinq dernières années EEC a reçu une sur rémunération de l'ordre de 210 millions de francs CFP par an ;

- l'arrêté attaqué ne porte pas atteinte à la capacité de négociation de la commune de Nouméa ;
- ni l'article 29 de la délibération 195 du 22 mars 2012 ni aucune autre disposition ne prévoient de manière expresse une obligation de couverture intégrale des redevances par le système tarifaire ; les débats et le rapport de présentation du projet de délibération ayant conduit à l'adoption de la délibération n° 195 ne mentionnent à aucun moment une obligation d'assurer la totalité de la couverture des charges d'exploitation des gestionnaires du réseau de distribution ;
- dans le cas de EEC, l'ensemble des charges qu'il expose sont supportées *in fine* par la concession de transport ;
- l'arrêté attaqué ne porte pas atteinte au principe de sécurité juridique ;
- la SAEM Enercal distribue l'électricité vers les communes rurales et les îles Loyauté hors Lifou ainsi que dans des zones urbaines et dessert 42 000 clients représentant 36 % de la consommation d'électricité ; Enercal affiche un compte de résultat bénéficiaire ainsi qu'une trésorerie positive sur les cinq dernières années ; Enercal n'a pas bénéficié depuis 2012 d'avances particulières de trésorerie ni d'une compensation financière de la part de la Nouvelle-Calédonie ;
- Enercal et EEC bénéficient tous les trois mois de versements fiduciaires appelés flux de péréquation de distribution et de production en application des formules de la méthode tarifaire ; le flux de péréquation de production versés par le concessionnaire du transport aux deux concessionnaires de distribution permet de leur garantir la rémunération de leurs charges réelles ;
- l'arrêté permet de clarifier la notion de marge commerciale ;
- l'arrêté du 26 mars 2019 ne méconnaît pas la liberté de gestion des communes car il ne limite pas les redevances que les communes pourraient être amenées à fixer dans le cadre des concessions ; l'encadrement prévu par l'arrêté impacte exclusivement les concessionnaires du service de distribution d'électricité en Nouvelle-Calédonie ; rien n'interdit à un concessionnaire de proposer le versement d'une redevance allant au-delà du seuil des 8,6 % dans le souci de présenter une offre économiquement plus avantageuse ;
- au delà des chiffres de la requête, le concessionnaire EEC pour la commune de Nouméa réalise en 2016 une marge commerciale de 4,38 milliards de francs CFP et en 2017 son bénéfice après impôt est de 622 millions de francs, ce qui est suffisant pour absorber l'encadrement des taux ;
- les règles applicables étant les mêmes pour les concessionnaires, il est inexact de dire que Enercal serait avantagée par rapport à l'opérateur sortant ; on ne voit pas l'intérêt de la Nouvelle-Calédonie à affecter la marge d'Enercal dans toutes les concessions qu'elle exploite en raison d'une charge non compensée par le système tarifaire.

Un mémoire en intervention volontaire a été enregistré le 24 juin 2019 présenté par la SA Engie Energie, Calédonie (EEC) représentée par Me Elmosnino qui demande au tribunal :

1°) d'annuler l'arrêté n° 2019-747/GNC de la Nouvelle-Calédonie du 26 mars 2019 portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité ;

2°) de condamner la Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 300 000 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La Société EEC Engie fait valoir que :

- l'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 plafonne l'ensemble des redevances communales versées par les gestionnaires de réseaux publics de distribution ;

- l'arrêté est entaché d'un vice de forme faute d'avoir été correctement contresigné notamment par M. Deladrière en charge des relations entre le Gouvernement et les communes ;

- l'arrêté ne pouvait être pris en présence de M. Metzdorf pas davantage que contresigné par lui dans la mesure où il représente la Nouvelle-Calédonie au sein de la SAEM Enercal dont la situation n'est pas neutre sur le secteur de la distribution d'électricité en Nouvelle-Calédonie ;

- l'article 128 de la loi organique du 19 mars 1999 et les articles 9 et 10 du règlement intérieur du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ont été méconnus ; l'arrêté est entaché d'un vice de procédure ; il appartient à la Nouvelle-Calédonie de démontrer que les membres du gouvernement ont reçu une information suffisante préalablement à la séance au cours de laquelle l'arrêté attaqué a été adopté et que les membres du gouvernement concernés par cet acte ont été en mesure d'émettre un avis ;

- les dispositions de l'article Lp 411-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie qui organise une formalité substantielle de transmission d'un texte à l'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie n'ont pas été respectées ; il n'est pas établi que la Nouvelle-Calédonie a transmis au régulateur le projet d'arrêté avant de l'adopter le 26 mars 2019 ;

- les principes fixés par la délibération n° 195 du 5 mars 2012 tendant à la prise en compte des coûts supportés par le gestionnaire du réseau public de distribution ont été méconnus ; l'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 méconnaît les principes fixés par la délibération n° 195 du 5 mars 2012 et notamment ses articles 29 et 34 ; l'arrêté est entaché d'erreur de droit et d'une erreur manifeste d'appréciation ;

- l'arrêté ne permet pas l'équilibre financier du contrat de concession ; il a pour effet de réduire la marge réalisée par les opérateurs au mépris des règles applicables aux contrats administratifs et aux contrats de concession en particulier ;

- la rémunération des opérateurs par la réalisation d'une marge commerciale est un élément essentiel du système tarifaire de l'électricité en Nouvelle-Calédonie ; aucune disposition de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 ne permet de plafonner le montant des sommes prises en compte au titre des redevances communales acquittées par les concessionnaires de distribution d'électricité ;

- l'indice RdvA correspond à la somme des redevances communales dues par chaque gestionnaire de réseau de distribution exprimée en Francs CPF sur les douze mois précédant de trois mois le trimestre T ;

- les dispositions des articles 2 et 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui garantissent le droit de propriété de la société EEC ont été méconnues ainsi que l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- l'arrêté attaqué n'est pas conforme aux règles de concurrence indépendamment de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle au sens du code de commerce ; l'arrêté attaqué provoquera des effets anticoncurrentiels à son détriment en l'évinçant progressivement du marché de la distribution d'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie ;

- en l'absence de mesures transitoires l'arrêté attaqué est illégal ; l'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 s'appliquera dès le 1^{er} janvier 2020 à l'ensemble des contrats de concession en cours d'exécution ; en raison de l'importance des conséquences financières de l'application de cet arrêté pour la société EEC Engie et eu égard à l'absence de mesures transitoires adaptées limitant par exemple l'application du plafonnement aux prochaines concessions, l'arrêté méconnaît le principe de sécurité juridique ;

- l'arrêté est entaché de détournement de procédure ; alors même qu'il vient d'approuver un nouveau cahier des charges type, le gouvernement n'a pris aucune mesure en vue de limiter s'il s'y croyait fondé le montant des redevances communales ; il appartenait à la

Nouvelle-Calédonie pour limiter le prix de l'électricité soit de verser une compensation financière au gestionnaire du réseau public de transport soit de plafonner par voie réglementaire le montant des redevances susceptibles d'être appelées par les collectivités locales.

Un mémoire en observation a été enregistré le 16 juillet 2019 présenté par le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie qui fait valoir ses observations au soutien de la requête présentée par la commune de Nouméa.

Le haut-commissaire de la République fait valoir que :

- l'arrêté du 26 mars 2019 n° 2019-747/GNC qui modifie l'arrêté du 23 juillet 2013 prévoit que le montant maximum des redevances communales ne pourra excéder 8,6 % de la marge commerciale dégagée par la concession ; ce taux de 8,6 % intègre désormais les trois redevances de concession de service public, redevance de contrôle et redevance domaniale ; la marge commerciale est définie comme la différence entre les ventes et les achats d'énergie ;

- le dispositif prévu par l'arrêté du 26 mars 2019 emporte deux conséquences possibles : soit la commune maintient le montant de ses redevances et la part non couverte par le dispositif sera à la charge du concessionnaire ; EEC devra réduire sa marge commerciale tandis que Enercal pourra s'assurer du soutien de ses actionnaires ; soit la commune réduit le montant des redevances et cela aura des conséquences non négligeables sur les finances communales ;

- l'arrêté attaqué est entaché de détournement de pouvoir ; le dispositif adopté permet à Enercal de proposer une offre plus avantageuse que celle de EEC ; cette circonstance est de nature à caractériser un détournement de pouvoir ; le gouvernement doit être regardé comme privilégiant ses intérêts propres en sa qualité d'actionnaire de Enercal et à tout le moins ne peut en ignorer les effets ;

- le dispositif porte nécessairement atteinte à l'égalité de traitement des candidats et offre un avantage injustifié à la SAEM Enercal ;

- le principe de sécurité juridique est méconnu ; le contrat de concession entre la commune de Nouméa et EEC actuel court jusqu'au 31 décembre 2010 ; l'arrêté modifié aura des conséquences sur la situation de la concession actuelle entre la commune de Nouméa et EEC ; il aura des conséquences sur le cahier des charges établi dans le cadre de la consultation lancée par la commune de Nouméa, le nouveau dispositif conduisant à ce que 140 millions de francs CFP soient mis à la charge du concessionnaire ou de la commune de Nouméa.

Les parties ont été informées, par une lettre du 19 août 2019, qu'en application de l'article R. 611-11 du code de justice administrative il était envisagé d'appeler l'affaire au cours du mois d'octobre 2019.

Vu l'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 du gouvernement de Nouvelle-Calédonie portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité ;

- le jugement n° 1300414 du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie du 30 octobre 2014 ;

- le contrat de concession de la commune de Nouméa pris en application de la délibération n° 669 du 28 juin 1984 ;

- les autres pièces du dossier.

Vu :

- la déclaration universelle des droits de l'homme et notamment ses articles 4 et 16 ;

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;
- la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ;
- la délibération n° 669 du 28 juin 1984 relative au cahier des charges type de concession de distribution publique d'énergie électrique ;
- la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération de la commune de Nouméa n° 2018/969 du 20 décembre 2018 ;
- l'arrêté n° 2006-4613/GNC du 16 novembre 2006 fixant les attributions de la direction de l'industrie, des mines et de l'énergie de la Nouvelle-Calédonie ;
- l'arrêté n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de ventes de l'électricité ;
- l'arrêté n° 2013-2761/GNC du 1^{er} octobre 2013 relatif à l'indice d'actualisation des tarifs de vente de la distribution d'énergie électrique ;
- l'arrêté n° 2017-1757/GNC du 24 juillet 2017 ;
- l'arrêté n° 2019-355/GNC du 19 février 2019 relatif au cahier des charges type de concession de distribution publique de l'énergie électrique ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code des communes applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le code de l'énergie applicable en métropole ;
- le code général de la propriété des personnes publiques ;
- le code général des collectivités territoriales dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Quillévéré, président-rapporteur,
- les conclusions de Mme Peuvrel, rapporteur public,
- et les observations de Me Cros, avocate de la commune de Nouméa, de Mme Uregei, représentant la Nouvelle-Calédonie, de Mme Lorenzin, représentant l'Union fédérale des consommateurs - Que choisir, de Me Pautonnier, avocate de la société Enercal et de M. Granero, représentant l'Etat.

Une note en délibéré présentée par la commune de Nouméa a été enregistrée le 28 octobre 2019.

Considérant ce qui suit :

1. La délibération susvisée n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie organise les activités de production, de transport et de distribution de l'énergie électrique sur l'ensemble du territoire calédonien, fixe les règles applicables au plan technique et tarifaire et impose un même tarif de vente d'électricité aux consommateurs. La distribution électrique qui comprend la commercialisation auprès des utilisateurs finaux en Nouvelle-Calédonie est un service public industriel et commercial (SPIC) mis en œuvre par les communes ou groupements de communes au moyen de concessions attribuées aux entreprises

présentes sur le marché de la distribution d'énergie électrique. En Nouvelle-Calédonie, la société Enercal est attributaire des concessions de 26 communes sur les 33 que compte le territoire tandis que la société EEC Engie distribue l'énergie électrique dans sept communes en Nouvelle-Calédonie. Le service de distribution de l'électricité de la commune de Nouméa est raccordé au réseau de transport de la Nouvelle-Calédonie opéré par la SAEM Enercal et s'inscrit dans le système de distribution du Grand Nouméa exploité par la SA EEC Engie qui comprend les communes de distribution du Grand Nouméa, de Nouméa, du Mont-Dore, et de l'est de Dumbéa. Par une requête enregistrée le 2 mai 2019 la commune de Nouméa demande au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'annuler l'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité.

Sur l'intervention de l'association UFC Que Choisir :

2. L'arrêté modifié n°2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixe les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité et notamment dans son article 4 l'indice d'actualisation des tarifs de vente de la distribution. Le calcul de cet indice intègre les redevances versées aux communes par les gestionnaires de réseau de distribution par le biais d'un paramètre RdvA que l'arrêté attaqué n°2019-747/GNC du 26 mars 2019 vient plafonner. Un montant élevé de redevance emporte en application du paramètre RdvA une majoration de l'indice d'actualisation et par suite, un prix de vente de l'électricité plus élevé. L'association UFC Que Choisir de Nouvelle-Calédonie a pour objet la défense des intérêts individuels et collectifs des consommateurs et usagers qui sont intéressés au prix de vente de l'électricité. Il y a donc lieu, l'association justifiant d'un intérêt suffisant pour agir, d'admettre l'intervention volontaire en défense de l'association UFC Que Choisir au soutien des écritures de la Nouvelle-Calédonie.

Sur les écritures de la SA EEC Engie intervenant volontaire :

3. La Société EEC Engie qui a attaqué l'arrêté du 26 mars 2019 par un recours enregistré au greffe du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie sous le n° 1900255 intervient volontairement dans la présente instance. La société EEC Engie justifie d'un intérêt suffisant et son intervention est admise. La société soulève des moyens distincts de ceux de la commune de Nouméa. Ces moyens propres à la SA EEC Engie qui reposent sur les mêmes causes juridiques que celles soulevées par la commune de Nouméa sont recevables et il y a lieu d'y statuer.

Sur les écritures d'Enercal intervenant volontaire :

4. Enercal démontre dans ses écritures un intérêt au maintien de l'arrêté attaqué qui définit notamment la notion de marge commerciale. Son intervention en défense est admise.

Sur l'intérêt à agir de la commune de Nouméa :

5. Dans ses dernières écritures l'association UFC Que Choisir s'interroge sur l'intérêt à agir de la commune de Nouméa mais ne conclut pas à l'irrecevabilité de la requête. Si un intervenant volontaire en défense ne peut que s'associer aux conclusions présentées par le défendeur dans une instance, il est recevable à invoquer tous moyens de défense à l'appui de son intervention. Le juge administratif est tenu d'y répondre. En particulier, si un intervenant en demande n'est pas recevable à invoquer, après l'expiration du délai de recours contentieux, des moyens reposant sur une cause juridique distincte de celle dont procèdent les moyens invoqués par un requérant, tel n'est pas le cas d'un intervenant en défense. Ainsi, la circonstance, invoquée

par la commune de Nouméa requérante, que la Nouvelle-Calédonie, seul défendeur à l'instance engagé devant le tribunal administratif, n'aurait pas opposé d'irrecevabilité à sa demande est sans incidence. Il ressort des écritures produites par l'association UFC Que Choisir qu'elle ne conclut pas expressément à l'irrecevabilité de la requête de la commune de Nouméa. Au demeurant, la commune de Nouméa doit être regardée comme ayant un intérêt suffisamment direct à agir contre l'arrêté attaqué et le moyen tiré du défaut pour agir de la commune à le supposer soulevé par l'association ne pourra en tout état de cause qu'être écarté.

Sur la légalité de l'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 portant modification de l'arrêté n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité :

6. En vertu de la loi organique susvisée n° 99-209 du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de production et de transport d'énergie électrique de réglementation de la distribution d'énergie électrique ainsi qu'en matière de réglementation relative aux prix de l'électricité. Aux termes de l'article 25 de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie : « *Le gestionnaire du réseau public de distribution fait figurer, dans sa comptabilité un compte de résultat de son activité de distribution et pour chacune des concessions de distribution. (...)* ». Aux termes de l'article 29 de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie : « *Les tarifs de la grille tarifaire sont révisés trimestriellement par l'application d'indices d'actualisation dont les formules de calcul sont déterminées par arrêté du gouvernement. Les tarifs sont révisés en tenant compte des coûts d'achat à la production, des coûts d'investissement et d'exploitation des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution, conformément aux principes de rémunération décrits au chapitre 2 du présent titre. Les formules tiennent compte également de l'évolution de ces coûts. Les formules peuvent également prendre en compte, d'une part, le rattrapage sur une période de sous ou sur-rémunérations antérieures et, d'autre part, l'existence de compensation financière prévue à l'alinéa suivant. Pour éviter ou atténuer une augmentation des tarifs publics de l'électricité, le gouvernement peut recourir au versement d'une compensation financière à l'attention du gestionnaire du réseau public de transport qui en répercute les effets sur l'ensemble de la chaîne tarifaire, afin notamment de maintenir la rémunération attendue par les opérateurs. Dans ce cas, une convention d'objectif et de moyen est établie entre la Nouvelle-Calédonie et le gestionnaire de réseau public de transport afin de définir les modalités d'attribution de la compensation financière. Les tarifs sont publiés avant le premier jour de chaque trimestre civil au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie et sont applicables pour toute la durée du trimestre civil.* ». Aux termes de l'article 34 de la même délibération : « *Les tarifs publics de l'énergie électrique applicables au transport et à la distribution tiennent compte des coûts d'investissement et des coûts d'exploitation supportés respectivement par les gestionnaires de réseaux publics de transport et de distribution. L'évolution de ces coûts est également prise en compte dans les tarifs. (...) La rémunération de l'exploitation est déterminée à partir de l'ensemble des coûts opérationnels nécessaires au fonctionnement des réseaux de transport et de distribution. (...)* ». Aux termes de l'article 35 de la même délibération : « *Le taux de rémunération des coûts d'investissement, tels que défini au 2^{ème} alinéa de l'article 34, est révisé pour chaque période tarifaire, il s'applique selon les principes prévus audit article de la présente délibération. Les charges d'exploitation à couvrir par le tarif sont déterminées préalablement à l'application du tarif et sur une période définie ne pouvant excéder quatre ans. La première période dure deux ans* ». En application de ces dispositions combinées, les revenus des gestionnaires de réseaux (transport et distribution) sont fixés par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et révisés par « période tarifaire ». La société EEC et la SAEM Enercal perçoivent un revenu fixe qui n'est pas dépendant des fluctuations des volumes de vente

correspondant à la quantité d'énergie livrée aux consommateurs et qui comprend la rémunération des investissements (Rcapex) et la rémunération au titre de l'exploitation (Ropex). Le concessionnaire bénéficie d'un remboursement par le système tarifaire, d'une part, de la contribution qu'il verse au fonds d'électrification rurale (FER) et, d'autre part, des redevances de concession du service public (RdvA) décidées par chaque commune et qui leur sont affectées.

Sur la légalité externe de l'arrêté du 26 mars 2019 :

7. Aux termes du 7° de l'article 127 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 susvisée : « (...) *Le gouvernement (...) fixe les prix et les tarifs réglementés* ». Aux termes des dispositions de l'article 128 de la même loi organique : « *Les arrêtés du gouvernement sont signés par le président et contresignés par les membres du gouvernement chargés d'en contrôler l'exécution* ». Aux termes de l'article 130 de cette même loi organique : « *Sous réserve des dispositions de l'article 135, le gouvernement charge chacun de ses membres d'animer et de contrôler un secteur de l'administration par une délibération prise dans les dix jours suivant l'élection des membres du gouvernement (...)* ».

8. La commune de Nouméa soutient, que l'arrêté contesté n'a pas été signé par M. Bernard Deladrière en charge des relations entre le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et les communes ce qui l'entache d'un vice de forme. Les membres du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sont chargés en application des dispositions qui viennent d'être rappelées d'une mission d'animation et de contrôle d'un secteur de l'administration de la Nouvelle-Calédonie. Il est constant que la qualité du membre du gouvernement qui appose son contreseing sur un arrêté dépend de son rattachement au secteur de l'administration auquel incombe la mise en œuvre de l'arrêté en cause.

9. En l'espèce, l'exécution de l'arrêté attaqué du 26 mars 2019 dépend exclusivement des services de la direction de l'industrie, des mines et de l'énergie de Nouvelle-Calédonie (DIMENC) et plus spécifiquement du service de l'énergie. Dans ces conditions, l'absence de contreseing du membre du gouvernement en charge des relations avec les communes, n'entache pas l'arrêté attaqué d'un vice de forme, le contreseing du membre du gouvernement en charge du secteur de l'énergie étant seul nécessaire. Par suite, le moyen doit être écarté.

10. La commune de Nouméa et la SA EEC Engie soutiennent que la Nouvelle-Calédonie a méconnu sa compétence. Toutefois, l'arrêté attaqué n'a pas pour objet ni pour effet de réglementer le niveau des redevances contractuellement négociées avec le concessionnaire par les communes mais de fixer les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité. L'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité au visa de la délibération modifiée n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie a été pris par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie dans le cadre de son pouvoir réglementaire propre qu'il tient des dispositions de la loi organique du 19 mars 1999 et pour l'exercice duquel il n'a pas besoin d'une habilitation du Congrès de la Nouvelle-Calédonie. Par suite, le moyen tiré de ce que l'arrêté attaqué a été pris par une autorité qui n'avait pas compétence pour le prendre doit être écarté.

11. Aux termes de l'article 128 de la loi organique susvisée n° 99-209 du 19 mars 1999 : « *Le gouvernement est chargé collégialement et solidairement des affaires de sa compétence (...)* ». Aux termes de l'article 9 du règlement intérieur du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie publié au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC) le 7 juin 2012 : « *Préalablement à son inscription à l'ordre du jour, tout projet de loi du pays, projet de*

délibération ou arrêté, préparé par un service de la Nouvelle-Calédonie, est soumis à l'avis du, ou, des membres du gouvernement chargé(s) du secteur par le secrétariat général. Sauf cas d'urgence, le, ou les, membres du gouvernement concerné(s), disposent de 15 jours pour donner un avis à compter de la réception du dossier ». Aux termes de l'article 10 de ce même règlement intérieur publié au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC) le 7 juin 2012 : « L'ordre du jour est fixé par le président à l'issue d'une réunion, de collégialité, qui se tient le jeudi précédant la séance du gouvernement. Au cours de cette réunion de collégialité, les projets de loi du pays, de délibérations et d'arrêté préparés par les services font l'objet d'un examen, sans pour autant que les échanges soient conclusifs et ne donnent lieu à aucune prise de décision. L'ordre du jour est adressé aux membres du gouvernement huit jours avant la séance. Tout membre du gouvernement peut proposer au président l'inscription à l'ordre du jour d'une question relevant d'un secteur dont il assure l'animation et le contrôle. En cas d'urgence, il peut être procédé à des additifs à l'ordre du jour de la séance du gouvernement.

12. La commune de Nouméa soutient que les dispositions qui viennent d'être rappelées du règlement intérieur du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'ont pas été respectées préalablement à l'adoption de l'arrêté du 26 mars 2019 qui fixe les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité. La société fait valoir qu'il appartient à la Nouvelle-Calédonie de démontrer que les membres du gouvernement ont reçu une information suffisante préalablement à la séance au cours de laquelle l'arrêté attaqué a été examiné et que les membres du gouvernement concernés par cet acte ont été en mesure d'émettre un avis éclairé sur le projet d'arrêté.

13. Il ressort des pièces au dossier que M. Metzdorf, membre du gouvernement en charge du secteur de l'énergie, a émis un avis favorable au projet d'arrêté et que l'ordre du jour de la séance du 26 mars 2019, au cours de laquelle l'arrêté litigieux a été adopté, a été préalablement transmis aux membres du gouvernement le 15 mars 2019. La commune de Nouméa n'avance aucun élément de nature à démontrer que la transmission de l'ordre du jour aux membres du gouvernement qui implique également la transmission du projet d'acte et du rapport de présentation qui a d'ailleurs été produit au dossier, n'ait pas été correctement effectuée et n'ait pas permis de donner aux membres du gouvernement une information suffisante préalablement à la séance au cours de laquelle l'arrêté attaqué a été adopté afin de leur permettre d'émettre un avis. Le moyen tiré du vice de procédure né de l'insuffisante information des membres du gouvernement pour pouvoir émettre utilement un avis doit être écarté.

14. Aux termes de l'article Lp. 411-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dispose : « (...) *Les projets d'arrêté du gouvernement portant fixation ou approbation des prix et tarifs réglementés sont transmis préalablement à leur adoption, pour information à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.* ».

15. La commune de Nouméa soutient que la Nouvelle-Calédonie n'apporte pas la preuve de la transmission du projet d'arrêté à l'Autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie avant son adoption le 26 mars 2019. La société soutient que la méconnaissance de cette formalité substantielle entache l'arrêté du 26 mars 2019 d'un vice de procédure.

16. Toutefois, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie. La méconnaissance par la Nouvelle-Calédonie des dispositions rappelées au point 14 du présent jugement qui organisent une simple information de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie n'a pas privé la commune de Nouméa ou la SA Engie Energie d'une garantie, n'est pas davantage susceptible d'avoir, en l'absence d'obligation pour

l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie d'émettre un avis sur le projet d'arrêté, influencé le sens de l'arrêté attaqué et, n'a par suite, pas entaché d'illégalité ce même arrêté du 26 mars 2019.

17. Aux termes de l'article 128 de la loi organique susvisée n° 99-209 du 19 mars 1999 : « *Le gouvernement est chargé collégalement et solidairement des affaires de sa compétence (...)* ». Aux termes de l'article 204 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « *VIII. – Sont illégaux : 1° Les délibérations ou actes auxquels ont pris part un ou plusieurs membres du gouvernement, du congrès ou des assemblées de province intéressés à l'affaire qui en fait l'objet soit en leur nom personnel, soit comme mandataires ; (...)* ». Aux termes de l'article 1er de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, applicable en Nouvelle-Calédonie : « *Les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. (...)* ». L'article 2 de cette même loi dispose que : « *(...) toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ».

18. L'arrêté attaqué a été contresigné par M. Metzdorf, en sa qualité de membre du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie chargé de l'énergie, de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche et de la communication audiovisuelle. M. Metzdorf représente par ailleurs la Nouvelle-Calédonie au sein du conseil d'administration de la société Enercal qui exerce les activités de transport et de distribution de l'énergie électrique sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie. La commune de Nouméa soutient qu'en tant que personne intéressée à l'affaire et eu égard au caractère collégial de l'instance à laquelle il appartient, M. Metzdorf devait se déporter lors de l'adoption par le gouvernement de Nouvelle-Calédonie de l'arrêté du 26 mars 2019. Dans la mesure où M. Metzdorf ne s'est pas déporté et l'a contresigné en sa qualité de membre du gouvernement chargé de l'énergie, de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche et de la communication audiovisuelle, l'arrêté litigieux méconnaît les dispositions rappelées ci-dessus de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et celles de la loi susvisée n° 2013-907 du 11 octobre 2013.

19. Aux termes de l'alinéa 11 de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie : « *Les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant les fonctions de membre ou de président du conseil d'administration, de président-directeur général ou de membre ou de président du conseil de surveillance, ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 121-41 du code des communes de Nouvelle-Calédonie, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale* ». Les dispositions réglementaires en litige de l'arrêté attaqué du 26 mars 2019 portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité sont applicables à la société d'économie mixte locale, SAEML Enercal et portent donc sur les relations de la Nouvelle-Calédonie avec Enercal au sens des dispositions qui viennent d'être rappelées.

20. M. Metzdorf représentant du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie au sein du conseil d'administration de la SAEM Enercal ne peut en application des dispositions rappelées aux points 17 et 19 être regardé en raison du seul exercice de son mandat d'élu administrateur de société d'économie mixte comme personnellement intéressé à l'affaire alors qu'il se borne à

représenter l'actionnaire public. En outre, l'arrêté attaqué du 29 mars 2019 est un acte réglementaire qui s'applique à l'ensemble des opérateurs de distribution d'électricité au nombre desquels se trouve la SA EML Enercal et pas seulement la société EEC Engie. Enfin la SA EEC Engie n'apporte pas d'éléments outre la référence aux fonctions qu'il exerce de nature à établir que M. Metzdorf ait retiré un intérêt personnel de l'arrêté attaqué et qu'il ait exercé une influence sur le vote à l'occasion de l'adoption de l'arrêté du 29 mars 2019 ou influencé l'exercice indépendant, impartial et objectif de sa fonction de membre du gouvernement en charge de l'énergie. Par suite, le moyen tiré de l'existence d'un conflit d'intérêt et de la méconnaissance de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 susvisée relative à la transparence de la vie publique applicable en Nouvelle-Calédonie doit être écarté.

Sur la légalité interne de l'arrêté du 26 mars 2019 :

21. L'arrêté contesté du 26 mars 2019 n° 2019/747/GNC portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixe les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité. Cet arrêté prévoit que « *Les redevances communales prises en compte dans le calcul de l'indice d'actualisation des tarifs de vente de la distribution d'énergie électrique prévues à l'article 4 au travers du paramètre RdvA ne peuvent excéder 8,6 % de la marge commerciale du concessionnaire, pour chaque concession de distribution d'énergie électrique et pour chaque trimestre. Dans ce cadre, la marge commerciale est définie comme la différence entre les ventes et les achats d'énergie. (...).* ». Aux termes de l'article 28 de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 : « *Les tarifs de vente de l'électricité applicables à la sortie des réseaux de transport et de distribution sont classés par catégorie d'usage : l'ensemble de ces tarifs constitue la grille tarifaire fixée par arrêté du gouvernement.* ».

22. La commune de Nouméa et la société ECC soutiennent que les principes de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie prévoyant la compensation financière accordée aux gestionnaires du réseau public de transport ont été méconnus par l'arrêté attaqué. A l'appui de ce moyen, la commune et la société anonyme relèvent que l'arrêté attaqué est entaché d'erreur de droit et d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors que les dispositions des articles 25, 29, 34, et 35 de la délibération prévoient que le système tarifaire de Nouvelle-Calédonie doit nécessairement assurer la couverture des charges d'exploitation des gestionnaires du réseau de distribution, incluant notamment les redevances versées aux autorités organisatrices de la distribution d'électricité. De plus, la révision trimestrielle des tarifs doit tenir compte des coûts d'exploitation supportés par les gestionnaires des réseaux de distribution et ne peut aboutir à une modification de la formule de calcul des tarifs de base.

23. En vertu de l'article 34 du cahier des charges type de concession de distribution publique de l'énergie électrique approuvé par l'arrêté n° 2019-355/GNC du 19 février 2019, la rémunération du concessionnaire est fixée selon les modalités de la réglementation en vigueur. Les contrats de concession (15 contrats sur les 25 contrats de concession de distribution publique d'électricité) et notamment celui de la commune de Nouméa prévoient le plus souvent trois redevances contractuelles, versées annuellement par le concessionnaire aux communes et donc par la société EEC Engie à la commune de Nouméa : une redevance d'occupation du domaine public (RODP) (article 10 de la convention de concession) versée par le concessionnaire à la commune de Nouméa en contrepartie de l'occupation du domaine public, une redevance de contrôle (article 28 du cahier des charges de concession, annexé à la convention de concession) qui a pour objet de couvrir les frais engendrés par la collectivité concédante pour assurer sa qualité d'autorité organisatrice de la distribution publique d'électricité et une redevance de mise à disposition des ouvrages (article 11 de la convention de concession) versée par le

concessionnaire aux communes en contrepartie du droit exclusif accordé au distributeur, pendant la durée de la concession, calculée sur la base d'un pourcentage de la marge commerciale dégagée par la concession. L'arrêté attaqué du 26 mars 2019 étend le plafonnement prévu depuis 2013 pour la redevance de concession aux redevances de contrôle et domaniale et définit la notion de marge commerciale puisque le plafonnement des redevances est un pourcentage de la marge commerciale.

24. L'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixe les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité. La rémunération des gestionnaires des réseaux publics de distribution de l'électricité organisée par la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie montre que les charges d'exploitation sont prises en compte sur la base d'un forfait actualisé par la formule paramétrique et non par une comptabilisation au franc le franc et que seule une partie des immobilisations correspondant aux coûts d'investissement est comptabilisée dans la formule paramétrique. Le plafonnement du montant des redevances communales facturées par les communes aux concessionnaires et remboursées par la Nouvelle-Calédonie en application des règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité, notamment le paramètre RdvA, minore les produits versés au concessionnaire et peut emporter une réduction de sa marge commerciale en cas de maintien du montant des redevances contractuellement appelées par la commune. Toutefois, il ne ressort pas des pièces du dossier que le tarif de vente de l'électricité arrêté par la Nouvelle-Calédonie en tenant compte des règles de calcul fixées par l'arrêté attaqué ne permettrait pas de couvrir l'ensemble des coûts supportés par la société EEC. En outre, le plafonnement des redevances communales dans la détermination du RdvA a seulement pour effet indirect d'inciter la commune de Nouméa à négocier un montant global de redevance à hauteur du pourcentage de la marge commerciale arrêté par la Nouvelle-Calédonie à supposer qu'elle décide pour sa concession que le produit de la redevance remboursée au concessionnaire par la Nouvelle-Calédonie doit couvrir en totalité la charge d'exploitation constituée par la redevance appelée par la commune de Nouméa laquelle demeure toutefois libre de facturer au concessionnaire un montant de redevance contractuel supérieur au montant plafonné par l'arrêté attaqué. En outre, l'arrêté du 26 mars 2019, minore, en raison des règles de calcul qu'il prévoit, de manière limitée les produits reçus par la SA EEC Engie et n'a pas pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle de la commune de Nouméa libre de décider que la quote-part de redevance contractuelle qu'elle facture au concessionnaire qui ne sera pas couverte au compte de résultat par le produit de la redevance versée par la Nouvelle-Calédonie et donc laissée à la charge du concessionnaire est couverte par la totalité des produits reçus par le concessionnaire et, n'a d'autre effet que de minorer de manière limitée la marge commerciale de l'opérateur EEC Engie sans qu'il soit démontré que cette limitation obère de manière disproportionnée la rentabilité financière de la société. De plus, l'article 29 rappelé au point 6 concerne la révision des tarifs applicables à la vente d'électricité de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie et non la fixation des règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité. Par suite, le moyen tiré de ce que l'arrêté serait entaché d'erreur de droit au motif qu'il méconnaît la délibération du 5 mars 2012 et notamment ses articles 25, 29, 34 et 35, doit être écarté.

25. La commune de Nouméa soutient aussi que l'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 réduit la marge commerciale des opérateurs et bouleverse l'équilibre financier des contrats en cours. Les redevances de concession du service public de distribution d'électricité décidées par chaque commune sont, en l'absence de plafonnement des redevances, remboursées au concessionnaire par le système tarifaire qui supporte *in fine* intégralement le montant des redevances contractuellement arrêtées par les communes alors même que le montant de la

redevance serait disproportionné par rapport aux charges réellement supportées par les opérateurs. Il ne ressort pas des pièces au dossier que l'extension du plafonnement des redevances communales aux redevances de contrôle et domaniales lorsque leur versement est prévu par les contrats de concession des communes emporte une réduction de la marge commerciale de la société EEC Engie d'une importance telle que l'équilibre de ses contrats de concession en cours soit bouleversé. A supposer que les communes décident de maintenir le montant des redevances contractuellement fixées et appelées après l'entrée en vigueur de l'arrêté du 26 mars 2019, il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que la quote-part de la redevance non couverte par un produit correspondant versé par la Nouvelle-Calédonie serait d'une importance telle que l'économie du contrat de concession de distribution de l'électricité signé par la société EEC avec la commune de Nouméa en cours et son équilibre financier seraient bouleversés. Par suite, les moyens tirés de ce que l'arrêté 2019-747/GNC du 26 mars 2019 du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation et méconnaîtrait les règles applicables aux concessions de service public en permettant un bouleversement de l'équilibre financier des contrats de concession en cours signés par la commune de Nouméa doivent être écartés.

26. Par ailleurs, la commune de Nouméa ne peut utilement se prévaloir de ce que le plafonnement du remboursement des redevances méconnaîtrait la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie alors que cette délibération n'impose pas que soient couverts l'ensemble des charges supportées par le concessionnaire à l'occasion de la fixation des règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité et que la rémunération du concessionnaire ne sera pas affectée dans une mesure telle que le concessionnaire ne pourrait couvrir notamment ses charges d'exploitation. Il ne ressort pas non plus des pièces au dossier que le résultat après impôt notamment de la concession de la commune de Nouméa d'un montant proche du montant des redevances facturées à la société EEC par la commune ne serait pas normal ou raisonnable alors même qu'il serait minoré d'un pourcentage équivalent à celui ayant affecté la marge commerciale de la société EEC à l'occasion de la réforme tarifaire de 2013, le montant cumulé des redevances dont le montant du remboursement est plafonné par l'arrêté attaqué étant équivalent au montant de la redevance de concession dont le montant du remboursement a été plafonné en 2013.

27. De plus, la circonstance que le montant de la redevance de concession serait fixé unilatéralement par les communes ou groupements de communes dans le cadre de la procédure de passation du contrat est sans incidence sur la légalité de l'arrêté attaqué du 26 mars 1999. Enfin, la commune de Nouméa ne peut utilement se prévaloir de dispositions du code de l'énergie applicable en métropole et notamment de son article L. 341-2 pour contester l'arrêté attaqué du 26 mars 2019.

28. Aux termes de l'article 43 de la loi organique n° 99-209 du 13 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « *L'Etat, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes exercent, chacune en ce qui le concerne, leur droit de propriété sur leur domaine public et leur domaine privé* ». En vertu des stipulations de l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. En vertu des stipulations de l'article 17 du même texte, la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. Aux termes de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. / Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.* ». Une personne ne peut prétendre au bénéfice de ces stipulations que si elle peut faire état de la propriété d'un bien qu'elles ont pour objet de protéger et à laquelle il aurait été porté atteinte. A défaut de créance certaine, l'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une somme d'argent doit être regardée comme un bien au sens de ces stipulations. La commune de Nouméa peut faire état de biens que les dispositions de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont pour objet de protéger et la SA EEC Engie peut faire état de l'espérance légitime de la restitution par la Nouvelle-Calédonie d'une somme d'argent équivalent à la quote-part des redevances non versées du fait de leur plafonnement par le paramètre RdvA.

29. La commune de Nouméa et la SA EEC Engie soutiennent que l'arrêté attaqué méconnaît la protection du droit de propriété garantie par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que l'arrêté du 26 mars 2019 a pour conséquence de priver la société d'une partie de sa rémunération en empêchant la prise en compte, dans la révision des tarifs de vente de l'électricité, de l'intégralité des redevances susceptibles d'être appelées par les autorités concédantes et qu'il limite par voie de conséquence la possibilité de valoriser l'exploitation de son réseau de distribution d'électricité et l'utilisation de son domaine public pour les besoins de cette exploitation. L'atteinte à son droit de propriété n'est justifiée par aucun motif d'intérêt général et est disproportionnée.

30. Toutefois, les dispositions de l'arrêté du 26 mars 2019 ne privent nullement les gestionnaires de réseaux publics de distribution de négocier le montant des redevances communales avec les autorités concédantes. Le plafonnement par l'arrêté du 26 mars 2019 du remboursement des redevances communales à l'occasion de la fixation du paramètre RdvA n'a pas pour objet de priver le concessionnaire ou l'autorité concédante de ses biens ni ne porte atteinte au droit de la commune au respect desdits biens. En outre, si la quote-part du montant global des redevances facturées par les communes aux concessionnaires minore la marge commerciale du concessionnaire et pourrait dans le cas d'un différentiel entre un montant facturé par la commune et celui plafonné versé au concessionnaire par la Nouvelle-Calédonie révéler une atteinte au bien de la société EEC Engie, une telle atteinte trouverait son origine dans la seule décision contractuellement décidée de la commune et du concessionnaire de fixer un montant de redevance disproportionné sans rapport avec les coûts réels supportés par l'opérateur et non dans l'arrêté attaqué du 26 mars 2019 pris par la Nouvelle-Calédonie. Au demeurant, le maintien par les communes des redevances actuellement facturées au montant décidé avant leur plafonnement et qui emporte une minoration de la marge commerciale n'est pas d'un montant financier tel que laissé à la charge de la société EEC il puisse être regardé comme portant une atteinte aux biens de la société EEC Engie au sens du 1^{er} protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à l'espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété et donc à son droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

31. L'article Lp 410-1 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie soumet aux règles définies au titre II du Livre IV de ce code, consacré aux pratiques anticoncurrentielles : « (...) *toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques notamment dans le cadre de conventions de délégations de service public* ».

32. La société EEC Engie reproche à l'arrêté attaqué de provoquer des effets anticoncurrentiels évidents à son détriment, en l'évinçant progressivement du marché de la distribution d'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie.

33. Une activité qui met en œuvre des prérogatives de puissance publique pour l'exercice d'une mission de service public, telles les activités régaliennes ou de souveraineté, ou qui porte sur l'organisation même du service public, ne présente pas un caractère économique. Cependant, le juge administratif peut sanctionner les actes et pratiques des personnes publiques adoptés dans le cadre de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ou dans le cadre de l'organisation du service public s'ils induisent, avalisent ou renforcent des pratiques anticoncurrentielles d'entreprises. Toutefois, outre que l'arrêté attaqué porte sur l'organisation même du service public industriel et commercial (SPIC) de la distribution d'électricité, la commune, évoque une situation hypothétique qui pourrait se révéler à l'occasion du renouvellement du contrat de concession de la commune de Nouméa alors même que l'arrêté attaqué est un acte de nature réglementaire qui s'applique de manière identique à tous les gestionnaires de réseau de distribution d'électricité et ne bénéficie en rien à la seule société Enercal. Cette dernière société sera tout aussi limitée que la société concessionnaire du contrat de la commune de Nouméa dans la prise en compte du montant des redevances dans le calcul des tarifs de l'électricité sans que son statut de société d'économie mixte ait aucune incidence sur l'application de l'arrêté attaqué. Par suite, le moyen tiré de l'atteinte au droit de la concurrence doit être écarté comme inopérant.

34. La commune de Nouméa soutient que l'arrêté attaqué du 26 mars 2019 porte atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales corollaire du principe de libre administration et à la liberté contractuelle dès lors qu'il a pour conséquence de limiter le montant des redevances de concession qu'elle peut percevoir au titre de son contrat de concession de la distribution d'électricité et à l'occasion de l'occupation de son domaine public. En outre, en l'état actuel du contrat de concession de la commune de Nouméa signé avec la SA EEC Engie, une telle mesure incitera le concessionnaire à exiger le rétablissement de l'équilibre financier du contrat.

35. Toutefois, il appartient seulement à la commune et au concessionnaire de fixer un montant de redevance concourant à l'équilibre financier du contrat de concession. La commune de Nouméa ne peut utilement se prévaloir de l'article 34 du cahier des charges types de concession de distribution publique de l'énergie électrique approuvé par l'arrêté n° 2019-335/GNC du 19 février 2019 susvisé pour critiquer la légalité de l'acte réglementaire attaqué fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité. La commune ne peut pas non plus soutenir que l'arrêté attaqué a méconnu les règles applicables aux concessions de service publics alors même que la Nouvelle-Calédonie n'est pas partie aux contrats de concession signés par les communes et les opérateurs et que la fixation des règles de calcul du prix de vente de l'électricité n'a pas pour effet en minorant le produit des redevances versées au concessionnaire de faire obstacle au respect de l'équilibre financier des contrats de concession en cours. En outre, la commune de Nouméa ne peut soutenir que l'arrêté attaqué du 26 mars 2019 privera les candidats au futur contrat de concession de la commune de Nouméa de formuler des offres compétitives dès lors d'une part, que l'argument est purement hypothétique et que les dispositions de l'arrêté

n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité sont applicables à l'ensemble des sociétés qui soumissionneront au renouvellement du contrat de concession de la ville de Nouméa. Par suite, les moyens tirés de ce que l'arrêté du 26 mars 2019 porterait atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales corollaire du principe de libre administration et à la liberté contractuelle en méconnaissance des articles 4 et 16 de la déclaration universelle des droits de l'homme, doit être écarté.

36. La commune de Nouméa et la SA EEC Engie Energie soutiennent que l'arrêté du 26 mars 2019 méconnaît le principe de sécurité juridique du fait de l'importance des conséquences financières de son exécution et de l'absence de mesures transitoires adaptées. Plus précisément, la commune et la SA soutiennent que l'application immédiate de l'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 porte atteinte de façon excessive à l'activité commerciale des gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité. L'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 s'appliquera, dès le 1^{er} janvier 2020, à l'ensemble des contrats de concession en cours d'exécution. La Nouvelle-Calédonie n'a pris aucune mesure transitoire afin de prendre en compte l'existence de contrats déjà conclus et prévoyant le versement de redevances communales excédant le seuil de 8,6 % de la marge commerciale.

37. Il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle. Il en va ainsi lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause. Toutefois, la Nouvelle-Calédonie a décidé que l'arrêté du 26 mars 2019 n'entrera en vigueur que le 1^{er} janvier 2020 soit plus de neuf mois après son adoption. La commune de Nouméa si elle le décide dispose d'un délai suffisant pour mettre en œuvre le changement de réglementation et minorer le montant contractuel des redevances facturées à son concessionnaire. Il ne ressort en outre pas des pièces au dossier que le plafonnement par l'arrêté attaqué du 26 mars 2019 du remboursement au concessionnaire du montant des redevances facturées réduirait la marge commerciale de la société EEC Engie dans une proportion telle que le texte contesté porterait atteinte au principe de sécurité juridique et à la continuité du service public de distribution d'électricité. Au demeurant, l'équilibre économique des contrats de concession peut être évoqué à l'occasion des changements de périodes tarifaires pour lesquelles le gouvernement fixe les revenus au titre de l'investissement et de l'exploitation des gestionnaires des réseaux de distribution. La durée de chaque période tarifaire ne peut excéder 4 ans. La période tarifaire en cours sera échue à compter du 1^{er} octobre 2019. Le gouvernement devra ainsi statuer sur les niveaux de rémunération accordée aux gestionnaires de distribution au titre de la prochaine période tarifaire. Il résulte de ce qui précède que l'utilité de la mise en place de mesures transitoires n'est pas démontrée.

38. La SA EEC Engie Energie soutient que l'arrêté est entaché d'un détournement de procédure dès lors que l'objectif du gouvernement serait de limiter l'augmentation des tarifs de vente de l'électricité du fait de l'augmentation des redevances communales et que la Nouvelle-Calédonie pouvait prendre d'autres mesures pour y parvenir. Toutefois, la Nouvelle-Calédonie est compétente sur le fondement de la loi organique du 19 mars 1999 et aussi sur le fondement des articles 28 et 29 de la délibération susvisée n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de Nouvelle-Calédonie pour fixer les règles de calcul des tarifs de ventes de l'électricité. L'arrêté attaqué du 26 mars 2019 qui arrête les règles de calcul des tarifs de ventes de l'électricité n'a pas pour objet contrairement à l'arrêté n° 2013-2761/GNC du 1^{er} octobre 2013 de permettre l'actualisation des tarifs de vente de la distribution d'énergie électrique. Il n'est par

ailleurs pas démontré que la Nouvelle-Calédonie en plafonnant le montant des redevances communales prises en compte dans le calcul du paramètre RdvA ait arrêté une composante du calcul du prix de vente de l'électricité en méconnaissant sa compétence et aurait entaché l'arrêté du 26 mars 2019 d'un détournement de procédure en ne permettant pas que les redevances communales puissent être décidées au regard des contreparties dont bénéficie le concessionnaire et alors même que la Nouvelle-Calédonie en l'absence de tout plafonnement du remboursement des redevances communales au concessionnaire en supporte intégralement le prix. Au demeurant, la Nouvelle-Calédonie n'est pas compétente pour procéder à l'encadrement par voie de règlement du montant des redevances communales qui sont négociées librement entre la commune et son concessionnaire gestionnaire du réseau de distribution. En outre, l'arrêté du 26 mars 2019 se borne à étendre le plafonnement des redevances communales décidé par l'arrêté n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de ventes de l'électricité abrogé par l'arrêté attaqué et qui a plafonné le montant des redevances de concession. Par suite, le moyen tiré de l'existence d'un détournement de procédure dont serait entaché l'arrêté attaqué doit être écarté.

39. Si la commune de Nouméa soutient que l'arrêté est entaché de détournement de pouvoir au motif qu'il favorise un intérêt privé et notamment celui de l'opérateur concurrent, la SAEM Enercal et, a été sciemment adopté de façon concomitante à la procédure initiée par la commune de Nouméa pour la désignation d'un nouveau concessionnaire, afin d'interrompre cette procédure, elle ne le démontre pas alors d'ailleurs que l'arrêté attaqué s'applique indistinctement à l'ensemble des opérateurs de distribution de l'électricité en Nouvelle-Calédonie et que cet arrêté du 26 mars 2019 du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie répond à un objectif de préservation des finances publiques de la Nouvelle-Calédonie en charge de l'équilibre financier du système tarifaire de l'électricité en Nouvelle-Calédonie et de la maîtrise des tarifs publics de vente l'électricité.

40. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions en annulation de l'arrêté n° 2019-747/GNC du 26 mars 2019 du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant modification de l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité présentées par la commune de Nouméa et par la SA EEC Energie ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

41. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ».

42. Ces dispositions font obstacle aux conclusions de la commune de Nouméa présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative dirigées contre la Nouvelle-Calédonie qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. La société EEC Engie, intervenant volontaire dans l'instance au soutien des prétentions de la commune de Nouméa n'est pas partie à l'instance.

DECIDE :

Article 1^{er} : Les interventions de la SA EEC Engie, de l'association UFC Que choisir et de la SAEML ENERCAL sont admises.

Article 2 : Les conclusions de la requête de la commune de Nouméa et les moyens présentés par la SA EEC Engie, intervenant volontaire, sont rejetés.

Article 3 : Les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par la commune de Nouméa et par la SA EEC Engie sont rejetées.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la commune de Nouméa, à la SA EEC Engie, à la Nouvelle-Calédonie, à l'Union fédérale des consommateurs - Que choisir - Nouvelle-Calédonie, à la SAEM Enercal et au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie.

Copie du présent jugement sera transmise à la présidente de l'Autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie (ACNC).

Délibéré après l'audience du 17 octobre 2019, à laquelle siégeaient :

M. Quillévére, président,
M. Pilven, premier conseiller,
M. Briquet, premier conseiller.

Lu en audience publique le 31 octobre 2019.

Le premier assesseur,

signé

J-E PILVEN

Le président-rapporteur,

Signé

G. QUILLÉVÉRÉ

La greffière de séance,

Signé

N. DRYBURGH

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

Pour expédition conforme,