

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1900255

SA EEC ENGIE

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 24 mai 2019 et des mémoires enregistrés les 2 août et 11 octobre 2019, la SA EEC Engie, représentée par Me Nicolas Brice, 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 condamner la Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 300 000 francs au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

3°) de condamner la Nouvelle-Calédonie aux entiers dépens.

La SA Engie Energie soutient que :

- l'arrêté attaqué est irrégulier faute d'avoir été signé par le membre du gouvernement en charge des relations entre le gouvernement et les communes ;

- les dispositions de l'article 128 de la loi organique et les articles 9 et 10 du règlement intérieur de la Nouvelle-Calédonie qui organisent l'information des membres du gouvernement appelés à se prononcer de manière collégiale sur les projets d'arrêtés n'ont pas été respectées ;

- le gouvernement est habilité à fixer la formule d'actualisation des tarifs mais n'est pas compétent pour plafonner la prise en compte de certains coûts dans cette formule en l'absence d'une habilitation du Congrès de Nouvelle-Calédonie ;

- l'arrêté attaqué a été signé par M. Metzdorf 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, alors qu'il représente par ailleurs la Nouvelle-Calédonie au sein du conseil

d'administration de la SAEM Enercal ; l'arrêté est entaché d'illégalité au regard de l'intérêt personnel de M. Metzdorf ;

- le projet d'arrêté aurait dû être transmis à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ; cette absence de transmission entache l'arrêté d'un vice de procédure ;

- 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 ; la Nouvelle-Calédonie a l'obligation de prendre en compte l'intégralité des coûts supportés par les opérateurs dans le cadre du système tarifaire ; la rémunération des opérateurs par la réalisation d'une marge commerciale suffisante est un élément consubstantiel au système tarifaire ; les tarifs d'utilisation des réseaux doivent impérativement inclure les redevances versées par les concessionnaires aux autorités concédantes ;

- le plafonnement des redevances communales est illégal ; l'application aux contrats en cours des dispositions de l'arrêté du 26 mars 2019 va directement affecter la SA EEC Engie ; les règles applicables aux concessions de service public ont été méconnues ; l'équilibre financier du contrat qu'elle a conclu est menacé ; les redevances versées aux autorités concédantes doivent être prises en compte pour apprécier l'équilibre financier du contrat ; l'arrêté attaqué va avoir pour effet de réduire sa marge commerciale ;

- les 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 des gestionnaires de réseaux ont été méconnus ainsi d'ailleurs 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 affecte directement la manière dont les communes exercent leur droit de propriété sur leur domaine public et méconnaît ainsi les dispositions de l'article 43 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 ;

- l'arrêté attaqué n'est pas conforme aux règles de la concurrence indépendamment de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle au sens du code de commerce de Nouvelle-Calédonie ; l'arrêté attaqué va provoquer des effets anticoncurrentiels à son détriment ; le juge doit vérifier que l'acte administratif qui lui est déféré est conforme à la règle de concurrence indépendamment de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle au sens du code de commerce de Nouvelle-Calédonie ;

- en l'absence de mesures transitoires, l'arrêté attaqué est illégal ; en raison de l'importance des conséquences financières liées à l'application de cet arrêté pour la société EEC Energie et eu égard à l'absence de mesures transitoires adaptées, cet arrêté méconnaît le principe de sécurité juridique ;

- l'arrêté est entaché de détournement de procédure ; si l'arrêté du 26 mars 2019 est dépourvu de motivation, il est évident que l'objectif poursuivi par le gouvernement est de limiter l'augmentation des tarifs de vente de l'électricité du fait de l'augmentation des redevances communales en plafonnant la prise en compte desdites redevances dans le calcul de la révision des tarifs ; le plafonnement de la prise en compte des redevances dans les tarifs a été établie en vue d'influer sur le niveau des redevances de concession proposé par les candidats dans le cadre des procédures de passation des contrats de concession ;

- il est démontré par une simulation appropriée que l'arrêté attaqué va soustraire du calcul des tarifs de vente de l'électricité près de 200 000 000 francs CFP chaque année pour la seule concession de Nouméa ;

- la Nouvelle-Calédonie ne peut soutenir que les élus administrateurs de sociétés d'économie mixte locales disposent d'une protection législative particulière établie par l'alinéa 11 de l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales dans sa version applicable à la Nouvelle-Calédonie ; cette disposition cantonne la protection des élus locaux agissant en tant que mandataires aux délibérations dans lesquelles la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale ;

- la protection dont bénéficie les élus mandataires des sociétés d'économie mixte locales n'est pas applicable ; l'arrêté litigieux a pour objet de modifier l'arrêté n° 2013-1905/GNC du

23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité et il ne s'agit donc pas d'une délibération concernant les relations entre la Nouvelle-Calédonie et la société Enercal ;

- l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique applicable en l'espèce définit un conflit d'intérêt comme une interférence entre des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant impartial et objectif d'une fonction ; le fait d'être rapporteur sur un projet d'acte administratif caractérise l'existence d'une influence sur le sens dudit acte ; M. Metzdorf n'a pas été simplement présent lors de l'adoption de l'arrêté attaqué, le visa figurant sur le projet d'arrêté montre qu'il a été le rapporteur dudit projet ; la circonstance que M. Metzdorf représente la Nouvelle-Calédonie au sein du conseil d'administration d'Enercal est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant impartial et objectif de sa fonction de rapporteur de ce projet d'arrêté ; M. Metzdorf aurait dû se déporter ;

- la Nouvelle-Calédonie n'apporte aucun élément de nature à démontrer qu'elle aurait transmis à EEC Engie l'avis favorable au projet d'arrêté et l'ordre du jour ; la Nouvelle-Calédonie ne démontre pas que les documents transmis auraient comporté une information suffisante au sens des dispositions de l'article 128 de la loi organique du 19 mars 1999 ;

- Enercal ne démontre pas qu'elle a un intérêt propre à intervenir en défense ;

- l'intervention de l'association UFC Que choisir est irrecevable ; l'arrêté n° 2019-747/GNC n'emporte pas de conséquences suffisamment directes pour les consommateurs et usagers du service public de l'électricité ;

- il est totalement indifférent que les redevances aient une valeur réglementaire ou contractuelle puisqu'aucune disposition de la délibération du 5 mars 2012 ou de ses arrêtés d'application n'impose que le montant de ces redevances soit fixé par une délibération du gestionnaire du domaine.

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 société EEC Engie 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 contreseing 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 société EEC 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 est 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 ; 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.

Un mémoire en intervention a été enregistré le 21 août 2019 présenté par la société néo-calédonienne d'énergie (Enercal), représentée par Me Royanez, qui demande au tribunal de recevoir ses observations et fait valoir que :

- Enercal est bien fondé dans son intervention ;
- en vertu de la loi organique la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de production et de transport d'énergie électrique ainsi qu'en matière de réglementation relative au prix de l'électricité ; afin de mettre en œuvre les dispositions de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 le gouvernement a adopté plusieurs arrêtés dont celui du 26 mars 2019 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité ; cet arrêté prévoit en son article 4-1 que la part du paramètre RdvA relative aux redevances communales de concession de service public de distribution d'énergie électrique prise en compte dans le calcul de l'indice d'actualisation des tarifs de vente de la distribution d'électricité ne peut excéder 8,6 % de la marge commerciale du concessionnaire ;
- l'arrêté attaqué renforce la clarté de l'application de la méthode tarifaire sur le sujet des redevances ; EEC se contente d'hypothèses sans démontrer l'impact financier réel de cette mesure ; le concessionnaire actuel peut absorber la contrainte induite par l'arrêté attaqué ; il a réalisé en 2016 une marge commerciale de 4,38 milliards de Francs CFP et en 2017 son bénéfice après impôts est de 622 millions de francs CFP c'est-à-dire un montant suffisant pour absorber l'encadrement du taux de redevance ;
- le plafonnement du montant des redevances prises dans le calcul du RdvA sera le même pour tous les opérateurs ; rien n'interdit à un concessionnaire du service de distribution d'électricité de proposer le versement d'une redevance allant au-delà du seuil des 8,6 % ;
- rien ne démontre que la SA EEC Engie sera lésée à l'occasion de la conclusion des futurs contrats de concession ; depuis l'adoption du modèle tarifaire de 2013 Enercal n'a jamais bénéficié de la compensation financière prévue par les textes ; l'arrêté attaqué ne crée aucun effet anticoncurrentiel au détriment de la société EEC Engie.

Des mémoires en intervention volontaire de l'union fédérale des consommateurs-Que Choisir- Nouvelle-Calédonie ont été enregistrés les 28 août et 17 septembre 2019 par lesquels l'association s'approprie 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 :

- son intervention est recevable ;
- la société EEC n'a pas intérêt à agir ;
- 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 ;
- l'arrêté attaqué ne concerne pas la société EEC et est sans effet pour elle.

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 ;
- les autres pièces du dossier.

Vu :

- 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 Pautonnier, avocat de la société Enercal, de Mme Uregei, représentant la Nouvelle-Calédonie, et de Mme Lorenzin, représentant l'Union fédérale des consommateurs - Que choisir.

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 24 mai 2019 la société anonyme (SA) EEC Engie, filiale de la société Engie Energie Services, demande au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie l'annulation de 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 celles de 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 d'Enercal intervenant volontaire :

3. 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 société EEC :

4. Dans ses dernières écritures l'association UFC Que Choisir s'interroge sur l'intérêt à agir de la société EEC 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 société EEC 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 société EEC Au demeurant, la société EEC 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 supposé soulevé par l'association ne pourra en tout état de cause qu'être écarté.

Sur les conclusions en annulation :

5. 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 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 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. (...) ». En application des dispositions combinées qui viennent d'être rappelées, 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 en outre 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.

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

6. 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 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 (...)* ».

7. La SA EEC Engie soutient, tout d'abord, 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 au point 6 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 contresign sur un arrêté dépend de son rattachement au secteur de l'administration auquel incombe la mise en œuvre de l'arrêté en cause.

8. 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. Cet arrêté n'a pas pour objet 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. Dans ces conditions, l'absence de contresign du membre du gouvernement en charge des relations avec les communes n'entache pas l'arrêté attaqué d'un vice de forme, le contresign du membre du gouvernement en charge du secteur de l'énergie étant seul nécessaire. Par suite, le moyen doit être écarté.

9. 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. En outre, l'arrêté litigieux a été pris en application des dispositions rappelées au point 6 et non sur le fondement des dispositions de l'article 43 de la loi organique du 19 mars 1999. 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.

10. 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 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) ce même 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.* ».

11. La SA EEC Engie 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 EEC Engie 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 sur le projet d'arrêté.

12. Il ressort des pièces au dossier 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 SA EEC Engie ne démontre pas que la transmission de l'ordre du jour aux membres du gouvernement qui implique également la transmission des projets d'actes et du rapport de présentation 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 tenue de la séance au cours de laquelle l'arrêté attaqué a été adopté. 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.

13. 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. ».

14. La SA EEC Engie soutient que la Nouvelle-Calédonie n'apporte pas la preuve de la transmission du projet d'arrêté à l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie avant son adoption le 26 mars 2019. La méconnaissance de cette formalité substantielle entache donc l'arrêté du 26 mars 2019 d'un vice de procédure.

15. 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, en l'espèce, 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 13 du présent jugement qui organisent une simple information de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie n'a pas privé la SA EEC Engie d'une garantie et n'est pas 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, influencer le sens de l'arrêté attaqué et n'a par suite, pas entaché d'illégalité ce même arrêté du 26 mars 2019.

16. 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 ».

17. L'arrêté attaqué a été contresigné par M. Metzdorf, 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. 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 société EEC Engie 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 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013.

18. 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.

19. 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 13 et 15 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 est la SAEML Enercal et pas seulement à la requérante. 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 :

20. 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.* ».

21. La société requérante concessionnaire de la gestion du service de distribution publique de l'électricité notamment de la commune de Nouméa soutient 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 ne sont pas respectés. A l'appui de ce moyen, la société EEC relève que l'arrêté attaqué est entaché d'erreur de droit et d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors qu'aucune disposition de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 ne permet au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de limiter la prise en compte des coûts qu'un opérateur supporte dans le cadre de l'exploitation du service public qui lui est confié par les communes.

22. 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 la 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 est un pourcentage de cette dernière.

23. 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 organisé par la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie prévoit 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 de redevance contractuellement appelé 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 à partir des règles de calcul fixées par l'arrêté attaqué ne permettrait pas de couvrir l'ensemble des coûts supportés par les opérateurs. En outre, le plafonnement des redevances communales dans la détermination du RdvA a seulement pour effet indirect d'inciter les communes à renégocier un montant global de redevance à hauteur du pourcentage arrêté par la Nouvelle-Calédonie à supposer qu'elle décide pour leur concession que le produit de la redevance remboursé au concessionnaire par la Nouvelle-Calédonie doit couvrir la charge d'exploitation constituée par la redevance appelée par la commune laquelle demeure toutefois libre de facturer au concessionnaire un montant de redevance contractuel supérieur au montant plafonné par l'arrêté attaqué. L'arrêté du 26 mars 2019, minore, en application des règles de calcul qu'il prévoit, de manière limitée les produits reçus par le concessionnaire et n'a pas pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle des communes lesquelles peuvent estimer que la quote-part de redevance contractuelle qu'elles facturent au concessionnaire non couverte au compte de résultat par un produit de redevance versé par la Nouvelle-Calédonie et laissée à la charge du concessionnaire est couverte par la totalité des produits versés au concessionnaire et n'a d'autre effet que de minorer de manière limitée la marge commerciale de l'opérateur. En outre, l'article 29 rappelé au point 5 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 tiré de ce que l'arrêté attaqué méconnaîtrait les principes posés par la délibération du 5 mars 2012 et notamment ses articles 23, 29 et 34 doit être écarté.

24. La SA EEC Engie 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 intégralement le montant des redevances contractuellement arrêtées par les communes alors même que le montant de 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 des pièces du dossier que la quote-part de la redevance non couverte par un produit correspondant serait d'une importance telle qu'elle porterait atteinte à l'économie des contrats en cours et serait de nature à remettre en cause l'équilibre financier des contrats de concession de distribution de l'électricité signés par la société EEC et notamment l'équilibre financier du contrat qu'elle a signé avec la commune de Nouméa. Si la société EEC Engie se prévaut dans ses écritures en l'absence de modification du contrat de concession passé avec la commune de Nouméa d'un montant non couvert de redevance facturée de 192 513 512 francs CFP pour 2017 et de 197 513 512 francs CFP pour 2018, ces sommes correspondent à environ 4 % de baisse de la marge commerciale du contrat en cours pour 2017 et 2018 laquelle a été respectivement d'un montant de 4 787 936 438 francs CFP et d'un montant de 4 964 036 061 francs CFP. Cette réduction pour les années 2017 et 2018 de la marge commerciale de la société EEC Engie outre qu'il n'est pas démontré qu'elle puisse être constatée à même hauteur pour les autres contrats de concession signés par la SA EEC Engie avec d'autres communes, n'est pas d'une importance telle qu'elle bouleverse l'équilibre financier du contrat passé avec la commune de Nouméa lequel doit au demeurant être préservé par l'autorité concédante et invite d'ailleurs le concessionnaire à négocier à la baisse le montant des redevances communales lors de la conclusion d'un nouveau contrat de concession. 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 société EEC Engie, doivent être écartés.

25. Par ailleurs, la société EEC 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 que l'attestation produite au dossier du commissaire au compte de la société EEC chiffre pour la commune de Nouméa pour 2018 à la somme de 3 626 333 301 francs CFP. 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.

26. En outre, 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 société EEC Engie 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. La société EEC Engie ne peut pas non plus soutenir que l'arrêté attaqué aurait méconnu les règles applicables aux concessions de services 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 à l'équilibre financier des contrats de concession en cours. Par ailleurs, la circonstance que le montant de redevance de concession serait fixé unilatéralement par les communes ou groupements de communes dans le cadre de procédure de passation du contrat est sans incidence sur la légalité de l'arrêté attaqué du 26 mars 1999. Enfin, la société EEC Engie ne peut utilement se prévaloir de dispositions du code de l'énergie applicable en métropole pour contester l'arrêté attaqué du 26 mars 2019.

27. 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 SA EEC Engie si elle ne peut faire état de la propriété d'un bien peut se prévaloir de l'espérance légitime de la restitution par la Nouvelle-Calédonie d'une somme d'argent.

28. La SA EEC Engie soutient 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 le 1^{er} 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 la priver 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.

29. 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 droit au respect de ses biens reconnu à toute personne physique ou morale ne fait pas obstacle au droit que possède la Nouvelle-Calédonie de mettre en œuvre les actes qu'elle juge nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. 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. 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 positif entre un montant facturé par la commune et celui remboursé au concessionnaire révéler une atteinte au bien de la société EEC Engie, une telle atteinte pourrait trouver son origine dans la seule décision de la commune d'arrêter 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 coût financier tel qu'en étant 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.

30. 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* ».

31. La société EEC 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.

32. 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 société requérante, 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 société Enercal. Cette dernière société sera tout aussi limitée que la société requérante dans la prise en compte 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.

33. La société EEC soutient 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 société EEC soutient 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 en général et d'EEC Engie en particulier. 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.

34. 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. Les communes, si elles le décident disposent d'un délai suffisant pour mettre en œuvre le changement de réglementation et minorer le montant contractuel des redevances facturées aux concessionnaires. Il ne ressort en outre pas des pièces au dossier que le plafonnement par l'arrêté attaqué du 26 mars 2019 du remboursement aux concessionnaires du montant des redevances facturées réduirait la marge commerciale de la société EEC dans une proportion telle que l'arrêté contesté porterait atteinte au principe de sécurité juridique. 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.

35. La société EEC Engie estime 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 notamment 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 fixe 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 en entachant l'arrêté du 26 mars 2019 d'illégalité en ne permettant pas que les redevances communales puissent être décidées au regard des contreparties dont bénéficie le concessionnaire et alors que la Nouvelle-Calédonie en l'absence de plafonnement du remboursement au concessionnaire supporte d'ailleurs intégralement le prix des redevances communales. Au demeurant, la Nouvelle-Calédonie n'est pas compétente pour procéder à l'encadrement par voie de règlement du montant des redevances communales facturées 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,

dans un but d'intérêt général, 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.

36. 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 société EEC Engie ne peuvent qu'être rejetées.

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

37. 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* ».

38. Ces dispositions font obstacle aux conclusions de la SA EEC Engie 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.

39. En second lieu, aucun dépens n'ayant été exposé dans la présente instance, les conclusions de la SA EEC Engie tendant à l'application de l'article R. 761-1 du même code ne peuvent être accueillies.

DECIDE :

Article 1^{er} : Les interventions de l'association UFC Que choisir et de la SAEML Enercal sont admises.

Article 2 : La requête de la société EEC Engie est rejetée.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la SA EEC Engie, à la Nouvelle-Calédonie et à la SAEM Enercal, et à l'Union fédérale des consommateurs - Que choisir - Nouvelle-Calédonie.

Copie du présent jugement sera transmis à la commune de Nouméa et au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie et à la présidente de l'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie.

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

M. Quillévéré, 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,