

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N° 1600051

SOCIETE ENERCAL

**M. Gueguein
Rapporteur**

**M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public**

**Audience du 15 septembre 2016
Lecture du 22 septembre 2016**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie**

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 19 février 2016, et deux mémoires complémentaires, enregistrés les 25 mars et 5 juillet 2016, la société Enercal, représentée par la SCP B. Odent – L. Poulet, demande au tribunal :

1°) d'annuler la délibération du 21 décembre 2015 par laquelle le conseil municipal de la commune de Bourail a autorisé son maire à signer l'avenant n° 3 au contrat de concession de distribution d'énergie électrique conclu avec la société EEC ;

2°) d'annuler l'avenant n° 3 au contrat de concession de distribution d'énergie électrique conclu entre la commune de Bourail et la société EEC.

La société Enercal soutient que :

- cette délibération méconnaît les dispositions de l'article L. 324-1 du code des communes de Nouvelle-Calédonie ;
- l'avenant intervient en méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique ; il vient bouleverser l'économie du contrat et ne respecte pas le principe de bon emploi des deniers publics ;
- l'avenant ne répond pas à un motif d'intérêt général.

Par un mémoire, enregistré le 4 mai 2016, la commune de Bourail, représentée par Me Charlier, conclut, à titre principal, au rejet de la requête, demande, à titre subsidiaire, que le jugement à intervenir prescrive les mesures nécessaires à la régularisation de la situation contractuelle, et, en tout état de cause, que la somme de 300 000 F CFP soit mise à la charge de la société Enercal au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La commune de Bourail soutient que :

- les conclusions à fin d'annulation sont irrecevables eu égard à l'obligation pour la requérante de procéder à un recours en contestation de validité de contrat ;
- les moyens ne sont pas fondés.

Un mémoire présenté par Me Charlier pour la commune de Bourail a été enregistré le 13 septembre 2016.

Vu :

- les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;
- le code des communes de 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. Gueguein ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de Me Charlier avocat de la mairie de Bourail.

Considérant ce qui suit :

1. La société Enercal demande l'annulation de la délibération du 21 décembre 2015 par laquelle le conseil municipal de la commune de Bourail a autorisé son maire à signer l'avenant n° 3 au contrat de concession de la distribution d'énergie électrique conclu avec la société EEC et conteste la validité de cet avenant.

Sur la fin de non-recevoir :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

3. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

4. Il résulte de l'instruction que l'avenant n° 3 à la concession de distribution d'énergie électrique conclue avec la société EEC a été signé.

5. La société Enercal n'est par suite pas recevable à demander l'annulation par la voie du recours pour excès de pouvoir de la délibération du 21 décembre 2015 du conseil municipal de la commune de Bourail approuvant l'avenant n° 3 à la concession de distribution d'énergie électrique conclue avec la société EEC et autorisant la maire à signer cet avenant. Elle est toutefois recevable, en sa qualité de concurrent potentiel lors du prochain renouvellement de cette concession, à contester directement la validité de l'avenant en litige qui a notamment pour objet de porter la durée du contrat de vingt à trente années.

Sur la validité de l'avenant :

6. La société Enercal soutient que l'avenant n° 3 à la concession de distribution en litige méconnaît les principes fondamentaux de la commande publique notamment en ce qu'en prolongeant de dix ans la durée dudit contrat sans contrepartie réelle, il porte atteinte à la liberté d'accès des opérateurs économiques.

7. Sans réellement contester que cette prolongation vient effectivement limiter la liberté d'accès des opérateurs économiques, la commune de Bourail soutient pour sa part que des motifs d'intérêt général justifiaient un tel aménagement aux principes fondamentaux de la commande publique.

8. Aux termes de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « *La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : / (...) 17° Règles relatives à la commande publique dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics ; (...)* ». Aux termes de l'article 51 de la même loi organique : « *Les communes ou leurs groupements autorisent les concessions de distribution électrique. Ils peuvent, avec l'accord de l'assemblée de province, déléguer cette compétence à la province.* ». La remise en concurrence périodique des contrats de délégation de

service public constitue une garantie de la liberté d'accès des opérateurs économiques à ces contrats et de la transparence des procédures de passation.

9. En l'absence de toute disposition mettant en œuvre les principes fondamentaux de la commande publique, rappelés par l'article 22 de la loi organique précitée, des motifs d'intérêt général peuvent justifier qu'un pouvoir adjudicateur en aménage les conditions de mise en œuvre, sous le contrôle du juge, afin de tenir compte notamment, s'agissant des délégations de service public, des particularités du service délégué.

10. Il résulte de l'instruction que les stipulations des articles 1 et 2 de cet avenant ont pour objet de prolonger de dix années la durée d'exécution de la concession de distribution d'énergie électrique de la commune, concession initialement renouvelée pour une période de 20 années. Elles ont donc pour effet de porter atteinte à la liberté d'accès des opérateurs économiques et à la transparence des procédures de passation.

11. En contrepartie de cet allongement de la durée d'exécution, l'avenant en litige prévoit, en son article 3, l'augmentation de la redevance pour mise à disposition d'ouvrage acquittée par la société EEC en la portant de 1,5 % à 8,6 % de la marge commerciale définie contractuellement et, par ses articles 4 et 5, la modification des articles 6 et 9 de la convention qui prévoient désormais qu'un « *programme spécifique visant à l'enfouissement des lignes électriques sous réserve de la faisabilité technique au regard de la sécurité des biens et des personnes et de la garantie de la qualité du service, sera établi d'un commun accord entre le concédant et le concessionnaire sous la forme d'une convention pluriannuelle* ». Le concessionnaire s'engage également à financer ces travaux dans la limite de 1 %, pendant les cinq premières années, puis 0,5 % par la suite, du chiffre d'affaires défini contractuellement, la part non utilisée de ces sommes ne pouvant être reportée que sur trois années. Le concessionnaire s'engage, de surcroît, à avancer, sans frais, à la commune une somme de 60 millions de francs CFP remboursable par déduction de la redevance due à la commune sur quatre années.

12. Les articles 6 et suivants ont des objets techniques étrangers au présent litige.

13. Les nouvelles stipulations contractuelles ne font état ni de l'existence d'une planification, ni de la faisabilité du programme d'enfouissement des lignes électriques. La commune évoque des travaux d'extension de son centre-ville et la sécurité qu'apporterait un tel enfouissement compte tenu de la nécessité de renforcer son réseau du fait de l'accroissement des projets d'aménagements notamment touristiques mais n'apporte aucun élément concret justifiant cette nécessité.

14. Ainsi que le relève la chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie dans l'avis du 27 mai 2016, rendu sur la demande du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, la prolongation de la durée de la concession de dix années assure à la société concessionnaire un chiffre d'affaire de plus de six milliards de francs CFP sur cette période, pour un résultat net prévisionnel de 220 millions de francs CFP alors que la participation financière éventuelle du concessionnaire, dans l'hypothèse où des travaux d'enfouissement seraient réalisés, passerait de 43 millions à 77 millions de francs CFP, soit une augmentation de 34 millions de francs CFP.

15. Enfin, la société EEC admet que compte tenu de la réglementation applicable, et notamment des dispositions de l'arrêté du 1er octobre 2013 susvisé, l'augmentation de la redevance versée à la commune de Bourail sera prise en compte par la Nouvelle-Calédonie dans

la détermination de sa rémunération et n'est par conséquent, pas à l'origine d'une réelle charge financière. De plus les dispositions de l'article 11 de la concession conclue le 29 mars 2006, prévoient qu'après une période de cinq années, le montant de la redevance pour mise à disposition d'ouvrages peut être révisé « *notamment en cas de modification de la réglementation tarifaire* » telle que celle intervenue avec la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie et l'arrêté n° 2013-1905/gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité.

16. En conséquence, la commune ne justifie d'aucun motif d'intérêt général pouvant justifier qu'elle ait aménagé les conditions de mise en œuvre du principe de libre accès des opérateurs économiques et de transparence des procédures en allongeant la durée de la concession de distribution d'énergie électrique pour la porter de 20 à 30 ans. Ledit avenant méconnaît donc les grands principes de la commande publique.

17. La commune de Bourail et la société concessionnaire EEC soutiennent que nonobstant les vices dont il serait entaché, la remise en cause de cet avenant porterait une atteinte excessive à l'intérêt général tiré notamment des grands avantages qui résulteraient de l'enfouissement du réseau de distribution d'énergie électrique de la commune.

18. Toutefois, et ainsi qu'il a été dit précédemment, l'avenant en litige ne comporte aucune garantie quant à la réalisation de travaux d'enfouissement et, en tout état de cause, sa remise en cause n'empêcherait pas la commune d'y procéder. De même, l'annulation de cet avenant aura pour seul effet de remettre en cause les modifications apportées à la convention du 29 mars 2006 et n'aura aucun impact sur le service public de la distribution d'énergie électrique de la commune de Bourail. Il convient toutefois de limiter les effets de l'irrégularité aux seules stipulations entachées d'irrégularité et à celles dont il est raisonnable de penser qu'elles en ont constitué la contrepartie.

19. Il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler les stipulations des articles 1^{er} à 5 de l'avenant n° 3 à la concession de distribution d'énergie électrique conclue par la commune de Bourail avec la société EEC.

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

20. 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* ».

21. La société Enercal n'étant pas la partie perdante, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions susmentionnées de la commune de Bourail.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Les stipulations des articles 1^{er} à 5 de l'avenant n° 3 à la concession de distribution d'énergie électrique conclue par la commune de Bourail avec la société EEC sont annulées.

Article 2 : Le surplus des conclusions est rejeté.