

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1300404

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

M. X.,
M. Y. et Mme Z.

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie

Audience du 2 octobre 2014
Lecture du 30 octobre 2014

Vu la requête, enregistrée le 23 décembre 2013, présentée par M. X., M. Y. et Mme Z. élisant domicile (...); Les requérants demandent au tribunal :

- d'annuler le 5^{ème} alinéa de l'article 1^{er} de l'arrêté n° 2013-3659/GNC du 17 décembre 2013 portant modification de l'arrêté n° 2013-1909/GNC du 23 juillet 2013 portant agrément de contrats et protocoles d'achat d'électricité et fixant le mode de comptabilisation des coûts d'achat à la production dans le calcul des tarifs publics de l'électricité ;

Ils soutiennent que :

- ils ont intérêt à agir ;
- la disposition contestée est illégale car elle a pour objet d'agréer un document qui n'a pas été communiqué aux membres du gouvernement, ceci en méconnaissance de l'article 12 du règlement intérieur du gouvernement, publié au JONC le 7 juin 2012 ;
- il manquait au dossier la totalité des contrats et protocoles que l'article ter de l'arrêté n° 2013-3659/GNC avait pourtant pour objet d'agréer ainsi que les « notes de synthèse » relatives à ces contrats et protocoles, annoncées comme pièces jointes au rapport de présentation mais de facto manquantes ;
- la composition de la «commission des coûts du système électrique» (CCSE) ne permet pas à cette instance de rendre des avis objectifs ;
- les contrats et protocoles permettent d'établir trimestriellement la valeur de l'énergie produite dans les centrales concernées et leur agrément a pour effet que cette valeur est automatiquement répercutée dans les tarifs publics de l'électricité, dès lors, Enercal a tout intérêt à ce que cette valeur soit la plus élevée possible ;
- la société Enercal, qui devait désigner des experts au sein de cette commission, a, en fait, désigné ses propres agents ;

- dès lors, il serait illusoire de croire que cette commission puisse émettre des avis objectifs sur les dossiers qui lui sont soumis ;
- la disposition contestée a été adoptée irrégulièrement, car elle n'a pas été soumise à l'avis du comité consultatif des prix ;
- la disposition contestée ne respecte pas l'exigence, fixée par la délibération du 5 mars 2012, d'une facturation de la production d'électricité sur la base du prix de revient de cette production ;
- la valorisation de l'énergie issue du barrage de Yaté injectée dans les réseaux publics de distribution d'électricité avait déjà fait l'objet d'un protocole, agréé par l'arrêté n ° 2013-1909/CGC du 23 juillet 2013 ;
- un nouveau protocole a été rédigé, et la disposition contestée a pour objet d'agréer ce dernier ;
- comme le précise le rapport de présentation, cette modification a pour effet de faire passer le tarif applicable sur une année de référence de 2,6 francs CFP par kWh à 9 francs CFP ;
- le gouvernement, en agréant le nouveau protocole, estime légitime que le système tarifaire de la distribution publique assure à Enercal, au titre de la production du barrage de Yaté, une rémunération supérieure de 240% à son prix de revient alors que la disposition contestée relève de l'erreur manifeste d'appréciation ;
- les conditions tarifaires applicables à la partie de la production de Yaté qui alimente la distribution publique et celles applicables à la partie de la production de Yaté qui alimente la SLN relèvent de logiques totalement différentes ;
- en acceptant d'agréer le protocole proposé par Enercal pour aligner la rémunération qu'elle perçoit du système tarifaire de la distribution publique au titre de la production de Yaté sur celle qu'elle perçoit de la SLN au même titre, le gouvernement a commis une erreur manifeste d'appréciation ;

Vu la mise en demeure adressée le 13 juin 2014 au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu l'ordonnance en date du 13 juin 2014 fixant la clôture d'instruction au 16 juillet 2014, en application de l'article R. 613-1 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 16 juillet 2014, le mémoire présenté pour le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui conclut au rejet de la requête ;

Il soutient que :

- en vue de la séance du gouvernement 17 décembre 2013, les membres de l'exécutif ont bien reçu un courrier électronique contenant le projet d'arrêté, un rapport de présentation et l'avis de la CCSE du 5 décembre 2013 ;
- le rapport de présentation prévoyait que le dossier était composé des documents suivants: projet d'arrêté, contrats et protocoles soumis à agrément, notes de synthèse des contrats et protocoles, avis de la commission des coûts du système électrique du 5 décembre 2013 ;
- la séance du 17 décembre a été précédée d'une réunion de collégialité au cours de laquelle l'ensemble des projets inscrits à l'ordre du jour ont été discutés et, à cette occasion, les requérants auraient pu solliciter des services toutes les précisions qu'ils souhaitaient obtenir ;
- la commission des coûts du système électrique a été composée conformément à l'article 31 de la délibération du 5 mars 2012 et aucun élément sérieux ne permet de démontrer que sa composition n'a pas permis à cette instance de rendre des avis objectifs ;

- seules les délibérations du congrès sont soumises à la consultation du comité consultatif des prix ;
- les arrêtés du gouvernement n'étant pas soumis à l'avis du comité consultatif des prix, l'absence de consultation de ce comité ne saurait constituer un vice de procédure de nature à entacher la légalité de l'arrêté objet du litige ;
- les requérants semblent considérer que le prix de vente de l'électricité produite ne doit pas être supérieur à son prix de revient et que, par conséquent, l'augmentation tarifaire prévue par le protocole relatif à la valorisation de l'énergie électrique produite par la centrale hydroélectrique de Yaté à destination de la distribution publique est excessive ;
- le quatrième alinéa de l'article 33 prévoit que le gouvernement peut refuser d'agréer les contrats et protocoles seulement lorsque ces derniers présentent un caractère excessif ou non adapté des conditions de ventes de l'électricité ou un caractère non incitatif à l'optimisation des coûts de production et de la tarification ;
- en étudiant les contrats et protocoles en vue de les agréer, l'exécutif s'assure qu'ils incitent suffisamment les producteurs à optimiser leurs coûts de production et que les tarifs fixés ne présentent pas un caractère excessif et, pour se prononcer, il va tenir compte de l'avis de la commission des coûts du système électrique (CCSE) ;
- aucune disposition de la délibération du 5 mars 2012 n'impose aux contrats et protocoles de fixer un prix de vente de l'électricité égal à son prix de revient les contrats et protocoles agréés par l'arrêté contesté répondent bien aux obligations posées à l'article 33 ;
- les requérants ne démontrent pas en quoi les nouveaux tarifs prévus dans ledit protocole seraient excessifs ;
- le protocole relatif à la valorisation de l'énergie électrique produite par la centrale hydroélectrique de Yaté à destination de la distribution publique, agréé par l'arrêté contesté, est strictement conforme aux dispositions du cahier des charges de la concession d'exploitation du barrage de Yaté et notamment son article 21 qui prévoit le tarif maximum que le concessionnaire peut appliquer aux clients de la concession ;
- l'application de ce tarif maximal de 9 francs CFP /kWh a été décidée par la sentence arbitrale du 14 décembre 2012 ;
- le précédent protocole, approuvé par l'arrêté 2013-1909 du 23 juillet 2013 précité, se basait sur l'ancien tarif appliqué aux clients de la concession (2,6 francs CFP /kWh) car son contenu avait été défini avant que la sentence arbitrale ne soit rendue ;
- dans un souci d'égalité de traitement de ses clients, le distributeur a toujours appliqué le même tarif à la SLN et à la distribution publique ;
- en agréant le nouveau tarif, le gouvernement n'a donc commis aucune erreur manifeste d'appréciation ;
- le système tarifaire prévu par la délibération du 5 mars 2012 permet d'appliquer cette augmentation sans qu'elle soit répercutée sur l'utilisateur qui continuera de payer le même prix ;

Vu, enregistré le 16 juillet 2014, le mémoire présenté pour Enercal représentée par un de ses gérants en exercice, par Me Loste, avocat, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation des requérants à lui verser la somme de 350 000 F CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Enercal soutient que :

- le défaut de communication pièces n'est donc nullement démontré ;
- la lecture du rapport de présentation joint à l'arrêté permettait d'éclairer les membres du gouvernement sur les contrats et protocoles dont l'agrément était sollicité ;

- la saisine de la commission des coûts du système électrique n'était nullement obligatoire, de telle sorte que le gouvernement ne se trouvait lié par les avis rendus ; - les arrêtés du gouvernement ne sont pas soumis à l'avis comité consultatif des prix ;

- l'article 33 de délibération réglementant les contrats et protocoles d'achat d'électricité ne pose pas comme condition à la comptabilisation du coût d'achat de production dans les tarifs publics de l'électricité que la facturation de l'électricité se fasse sur la base du prix de revient mais plutôt que le prix de vente ne soit pas excessif ou non adapté au niveau de service fourni par le producteur et que soit constatée l'absence de caractère non incitatif à l'optimisation des coûts de production de la tarification : les requérants n'apportent pas la preuve que le protocole ne satisferait pas à ces exigences ;

- la commission des coûts du système électrique a expressément donné un avis favorable au protocole contesté, reconnaissant ainsi que ce dernier satisfaisait aux exigences posées par la délibération n°195 et notamment son article 33 ;

- aucune disposition de la délibération n° 195 du 05 mars 2012 n'interdit d'aligner le tarif du client distribution publique sur le tarif du client SLN ;

- le fait d'aligner les tarifs du client distribution publique sur le tarif du client SLN répond à une exigence d'égalité de traitement entre les clients de la concession d'exploitation du barrage de Yaté, ce qui n'est nullement contraire à la délibération n° 195;

- l'application au client distribution publique du même tarif que la SLN correspond à l'application des dispositions du cahier des charges de la concession d'exploitation du barrage de Yaté et notamment à l'application de son article 21 qui prévoit le tarif maximum que le concessionnaire peut appliquer aux clients de la concession ;

- le droit pour le concessionnaire d'appliquer le tarif maximal aux clients de la concession du barrage de Yaté a été confirmé par une sentence arbitrale en date du 14 décembre 2012 qui a été rendue après que l'un des deux clients (la SLN en l'espèce) ait contesté ce droit ;

- le tribunal arbitral par sa sentence arbitrale a confirmé que le concessionnaire pouvait appliquer à ces clients le tarif maximal prévu par l'article 21 du cahier des charges, le protocole de vente à la distribution publique de l'énergie de Yaté a été corrigé pour actualiser le prix de vente en conséquence dans le cadre du respect de l'égalité de traitement entre les clients de la concession ;

- les conditions tarifaires appliquées aux clients de la concession d'exploitation de l'ouvrage de Yaté n'obéissent pas à des logiques différentes mais au contraire sont régies par les clauses tarifaires du contrat de concession de l'ouvrage de Yaté et notamment par l'article 21 du cahier des charges qui précise les dispositions applicables au prix maximal de vente ;

- la rémunération issue de l'application du tarif maximal prévu par le cahier des charges de la concession d'exploitation du barrage de Yaté au client distribution publique n'est en rien excessive, mais permet au concessionnaire de l'ouvrage de Yaté de dégager les capacités de financement qui lui sont indispensables pour faire face aux lourds investissements qu'il doit régulièrement engager;

- elle va devoir faire face, dans les années qui viennent à des investissements massifs notamment sur le barrage de Yaté, comme par exemple le confortement du barrage ;

- la mise en place du nouveau système tarifaire ne vise pas à générer des rémunérations excessives mais à garantir que les gestionnaires des réseaux de transport et de distribution puissent recevoir une rémunération qui couvre effectivement les coûts qu'ils supportent pour leurs exploitations ;

- il ne pourra être retenu aucune erreur manifeste d'appréciation ou erreur de droit ;

Vu l'ordonnance du 17 juillet 2014 portant réouverture de l'instruction et clôture de l'instruction au 28 août 2014 ;

Vu, enregistré le 23 septembre 2014, le mémoire présentée par M. X., M. Y. et Mme Z. ;

Vu la décision attaquée ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique ;

Vu la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu l'arrêté n° 2012-1365/GNC du 12 juin 2012 relatif à la commission des coûts du système électrique ;

Vu le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 2 octobre 2014 :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de M. X., de Mme Bastogi, représentant la Nouvelle-Calédonie, et de Me Bignon, avocat de la société Enercal ;

1. Considérant que le congrès de la Nouvelle-Calédonie a adopté, le 5 mars 2012, la délibération n° 195 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie qui organise les activités de production, de transport et de distribution de l'énergie électrique sur l'ensemble du territoire calédonien ; que le titre 4 de cette délibération porte sur le système tarifaire de l'énergie électrique ; qu'en de mettre en œuvre les dispositions de la délibération, le gouvernement a adopté quatre arrêtés dont l'arrêté n° 2013-1909/GNC du 23 juillet 2013 portant agrément de contrats et protocoles d'achat d'électricité et fixant le mode de comptabilisation des coûts d'achat à la production dans le calcul des tarifs publics de l'électricité ; que cet arrêté a été modifié par l'arrêté n° 2013-3659/GNC du 17 décembre 2013 dont les requérants soumettent à la censure du Tribunal le 5ème alinéa de l'article 1er ;

2. Considérant que les requérants soutiennent, tout d'abord, que les membres du gouvernement qui ont été appelés à se prononcer sur l'arrêté contesté n'ont pas disposé d'une information suffisante leur permettant de prendre une décision en toute connaissance de cause sur le projet de texte qui leur était soumis et que l'article 12 du règlement intérieur du gouvernement qui prévoit que « Les séances du gouvernement sont préparées par le secrétariat général qui, vérifie que l'ordre du jour arrêté par le président est bien respecté. Il s'assure également que les dossiers soumis à l'examen du gouvernement sont complets. » a été méconnu ;

3. Considérant qu'il apparaît toutefois que les pièces jointes au rapport de présentation relatif à l'arrêté contesté étaient particulièrement nombreuses et détaillées ; qu'outre l'arrêté contesté, elles comportaient, en effet, les contrats et protocoles soumis à agrément, les notes de synthèse des contrats et protocoles et l'avis de la commission des coûts du système électrique du 5 décembre

2013 ; que les requérants n'établissent pas que les pièces ci-dessus énumérées auraient été de facto manquantes ainsi qu'ils l'allèguent ;

4. Considérant que l'ensemble des documents produits constituait un dossier suffisamment complet permettant aux membres du gouvernement d'apprécier, conformément à l'article 33 de la délibération du 5 mars 2012, d'une part, le caractère non excessif et adapté des conditions de vente de l'électricité au niveau de service fourni par le producteur concerné et, d'autre part, le caractère incitatif à l'optimisation des coûts de production et de tarification des contrats, avenants et protocoles agréés ; qu'il était, au surplus, loisible à tout membre du gouvernement de compléter sa compréhension du dossier en posant toute question utile lors de la séance de présentation du texte concerné le 17 décembre 2013 ; que, dans ces conditions, et compte tenu de tout ce qui a été dit, l'article 12 du règlement intérieur du gouvernement et le droit des intéressés à une information complète et préalable n'ont pas été méconnus ;

5. Considérant, par ailleurs, qu'aux termes de l'article 31 de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 susvisée : « il est institué une commission des coûts du système électrique, composée de quatre experts sélectionnés pour leur compétence technique. Le gouvernement, la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie et les deux gestionnaires de distribution désignent chacun un expert. La commission est présidée par le membre désigné par le gouvernement_ Le gouvernement constate la désignation des experts. Les missions et le mode de saisine de la commission ainsi que la durée de mandat de ses membres sont définis par arrêté du gouvernement. » ;

6. Considérant que les requérants soulèvent l'exception d'illégalité de l'article 31 sus énoncé de la délibération n° 195 dont s'agit en ce qu'il autorise les deux gestionnaires de distribution à désigner chacun un expert; que l'article 2 de cette délibération qui définit les missions du service public de l'électricité attribue aux sociétés gestionnaires des réseaux du transport et de distribution de l'électricité des missions qui leur confèrent une expertise approfondie du système électrique de la Nouvelle-Calédonie ; qu'il suit de là, qu'en imposant que deux des quatre experts de cette commission soient désignés respectivement par EEC et Enercal, la délibération du 5 mars 2012 n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; que l'exception d'illégalité ne peut être accueillie, que l'arrêté contesté n'est, par voie de conséquence, lui-même entaché sur ce point d'aucune illégalité ; qu'il est, en effet, constant que la commission des coûts du système électrique a été composée conformément à l'article 31 de la délibération du 5 mars 2012 ; que, par ailleurs, les requérants n'établissent pas que la composition de la commission susdite n'aurait pas permis à cette instance de rendre des avis impartiaux ;

7. Considérant que les requérants soutiennent aussi que l'arrêté contesté a été adopté irrégulièrement en l'absence de consultation du comité consultatif des prix alors qu'une telle saisine s'imposait ;

8. Considérant, à cet égard, que l'article 4 de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique prévoit que : « Les délibérations du congrès relatives à la réglementation générale des prix sont adoptées après avis du comité consultatif des prix, des chambres consulaires ainsi que des organisations professionnelles de la branche intéressée. En l'absence de réponse de ces instances leurs avis sont réputés donnés au-delà d'un délai d'un mois après avoir été dûment consultées. Les projets d'arrêtés du gouvernement portant fixation des prix et tarifs réglementés sont transmis pour information préalablement à leur adoption aux chambres consulaires et aux syndicats professionnels concernés. » ; en vertu des dispositions de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004, l'arrêté attaqué n'avait pas à être transmis pour avis au comité consultatif susdit ;

9. Considérant, par ailleurs, que les requérants soutiennent que la disposition contestée ne respecte pas l'exigence, fixée par la délibération du 5 mars 2012, d'une facturation de la production d'électricité sur la base du prix de revient de cette production ;

10. Considérant qu'aux termes de l'article 32 de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie : « - Sous réserve de la nécessité de préserver le bon fonctionnement technique et économique, la qualité et la sécurité des réseaux publics de transport et de distribution, les gestionnaires de réseaux sont tenus de conclure, si les producteurs intéressés en font la demande, un contrat pour l'achat de l'électricité d'origine renouvelable. - Les tarifs de vente de l'énergie produite par les moyens visés au I du présent article sont fixés par arrêté du gouvernement sauf dans le cas d'appel à projets. Le tarif de vente tient compte des exigences normales de retour financier compte tenu du risque de l'activité et de la structure de financement et est actualisé périodiquement pour tenir compte notamment de l'évolution des coûts d'exploitation. »

11. Considérant également, qu'en vertu de l'article 33 de la même délibération : « Les gestionnaires du réseau public de transport et de distribution sont tenus d'établir un contrat définissant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations raccordées à leur réseau. Dans le cas où les gestionnaires des réseaux publics concernés et les producteurs ne sont pas des personnes morales distinctes, des protocoles règlent leurs relations. Les contrats et protocoles font apparaître notamment le tarif de l'électricité vendue, son mode d'actualisation, la durée d'application, la puissance installée et, le cas échéant, la puissance garantie. Les contrats et protocoles, ainsi que leur avenant, en conformité avec l'article 40 de la présente délibération sont soumis à l'agrément du gouvernement, après avis de la commission des coûts du système électrique. L'avis simple de la commission est transmis à l'opérateur de réseau et aux producteurs concernés. Le refus d'agrément ne peut être motivé que par le caractère excessif ou non adapté au niveau de service fourni par le producteur concerné des conditions de vente de l'électricité ou par le caractère non incitatif à l'optimisation des coûts de production de la tarification. Le gouvernement tient compte de l'avis de la commission des coûts du système électrique. L'agrément est publié par arrêté du gouvernement, qui précise le mode de comptabilisation des coûts d'achat à la production dans le calcul des tarifs publics de l'électricité. La prise en compte partielle des coûts doit être motivée sur les fondements de l'alinéa précédent. » ;

12. Considérant qu'il résulte de la lecture des articles 32 et 33 susénoncés de la délibération n° 195 que le tarif de l'électricité aucune disposition de la délibération du 5 mars 2012 n'impose aux contrats et protocoles de fixer un prix de vente de l'électricité égal à son prix de revient ; les contrats et protocoles agréés par l'arrêté contesté répondent bien aux prescriptions de la délibération ;

13. Considérant que si les requérants soutiennent encore que l'arrêté contesté méconnaît l'article 33 de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 et serait aussi entaché d'une erreur manifeste d'appréciation compte tenu du caractère excessif du prix de vente de l'électricité ils n'apportent toutefois pas la démonstration d'une rémunération excessive ou inadaptée au regard du service fourni ; qu'en effet, la rémunération issue de l'application du tarif maximal prévu par le cahier des charges de la concession d'exploitation du barrage de Yaté au client distribution publique n'est en rien excessive ; que l'augmentation de prix constatée qui résulte d'un rattrapage après plusieurs décennies de blocage, permettra au concessionnaire de l'ouvrage de Yaté de dégager les capacités de financement qui lui sont indispensables pour faire face aux lourds investissements qu'il doit régulièrement engager; que, dans ces conditions, les dispositions contestées ne sont entachées ni d'erreur de droit ni d'erreur manifeste d'appréciation;

14. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions tendant à l'annulation des dispositions contestées de l'arrêté du 17 décembre 2013 portant modification de l'arrêté n° 2013-1909/GNC du 23 juillet 2013 doivent être rejetées ;

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

15. Considérant qu'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 » ;

16. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre solidairement à la charge des requérants une somme de 150 000 francs CFP à payer à Enercal au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

DECIDE:

Article 1^{er}: La requête susvisée de M. X., M. Y. et Mme Z. est rejetée.

Article 2 : M. X., M. Y. et Mine Z. verseront solidairement une somme de 150 000 francs CFP à Enercal au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.