

N° 18PA01477-18PA01483

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Inédit au recueil Lebon

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. EVEN, président
Mme Perrine HAMON, rapporteur
Mme ORIOL, rapporteur public

ELMOSNINO, avocat

4ème chambre

lecture du vendredi 21 décembre 2018

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société anonyme Electricité et Eau de Calédonie (EEC) a demandé au Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'annuler le contrat de concession de distribution d'énergie électrique du 25 septembre 2014 passé entre la société Enercal et la commune de Koné ou, subsidiairement, de résilier celui-ci à compter du sixième mois suivant la date de la décision à intervenir, et d'enjoindre à la commune de Koné, dans l'hypothèse où celle-ci souhaiterait déléguer le service public de distribution d'énergie électrique dont elle est chargée, d'avoir à lancer une procédure de mise en concurrence et de publicité, dans le délai de trois mois suivant la date de notification du jugement à intervenir, sous astreinte de 100 000 francs CFP par jour de retard.

Par un jugement n° 1700289 du 30 janvier 2018, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté sa demande.

Procédure devant la Cour :

I° - Par une requête et un mémoire, enregistrés le 2 mai 2018 et le 5 décembre 2018 sous le n° 18PA01477, la société EEC, représentée par Me B..., demande à la Cour :

1°) à titre principal, d'annuler le jugement du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie n° 1700289 du 30 janvier 2018 ;

2°) d'annuler le contrat de concession de distribution d'énergie électrique du 25 septembre 2014 passé entre la société Enercal et la commune de Koné ou, à titre subsidiaire, de résilier ce contrat à compter du sixième mois suivant la date de la décision à intervenir ;

3°) d'enjoindre à la commune de Koné, dans l'hypothèse où celle-ci souhaiterait déléguer le service public de distribution d'énergie électrique dont elle est chargée, d'avoir à lancer une

procédure de mise en concurrence et de publicité, dans le délai de trois mois suivant la date de notification du jugement à intervenir, sous astreinte de 100 000 francs CFP par jour de retard ;

4°) de mettre à la charge de la commune la somme de 400 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les principes essentiels de la commande publique s'appliquent aux délégations de service public en Nouvelle-Calédonie ;
- il n'existe aucune imbrication des réseaux de transport et de distribution d'électricité faisant obstacle techniquement à la concession du réseau de distribution ;
- la concession du réseau de distribution n'entraînera aucune nécessité d'investissements contraires à l'intérêt général.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 15 juin 2018 et le 7 décembre 2018, la commune de Koné, représentée par la selarl FranckA..., conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 400 000 francs CFP soit mise à la charge de la société EEC sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la demande de première instance, formée au-delà du délai raisonnable, était tardive et, par suite, irrecevable ;
- les moyens soulevés par la société EEC ne sont pas fondés.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 27 juillet 2018 et le 7 décembre 2018, la société Enercal, représentée par Mes C...et Coudray, conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société EEC sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la demande de première instance, formée au-delà du délai raisonnable, était tardive et, par suite, irrecevable ;
- les moyens soulevés par la société EEC ne sont pas fondés.

II° - Par une requête enregistrée le 2 mai 2018 sous le n° 18PA01483, la société EEC, représentée par Me B..., demande à la Cour :

1°) d'ordonner le sursis à exécution du jugement du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie n° 1700289 du 30 janvier 2018 ;

2°) de suspendre l'exécution du contrat de concession de distribution d'énergie électrique du 25 septembre 2014 passé entre la société Enercal et la commune de Koné, à compter du sixième mois suivant la date de la décision à intervenir ;

3°) d'enjoindre à la commune de Koné, dans l'hypothèse où celle-ci souhaiterait déléguer le service public de distribution d'énergie électrique dont elle est chargée, d'avoir à lancer une procédure de mise en concurrence et de publicité, dans le délai de trois mois suivant la date de notification du jugement à intervenir, sous astreinte de 100 000 francs CFP par jour de retard ;

4°) de mettre à la charge de la commune la somme de 400 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que:

- l'article R. 811-17 du code de justice administrative peut lui être appliqué ;
- l'exécution du jugement attaqué risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables dès lors que la société Enercal est concessionnaire de tout le réseau de transport d'électricité de l'île ;
- les moyens énoncés dans sa requête au fond sont sérieux.

Par un mémoire enregistré le 1er juin 2018, la commune de Koné, représentée par la selarl Franck A..., conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 400 000 francs CFP soit mise à la charge de la société EEC sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens soulevés par la société EEC ne sont pas fondés.

Par un mémoire enregistré le 12 juin 2018, la société Enercal, représentée par Mes C...et Coudray, conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société EEC sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens soulevés par la société EEC ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces des dossiers.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- le code de justice administrative dans sa rédaction 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 Mme Hamon,
- les conclusions de Mme Oriol, rapporteur public,
- les observations de Me B..., pour la société EEC,
- les observations de Me A..., pour la commune de Koné,
- et les observations de Me C..., pour la société Enercal.

- Une note en délibéré, enregistrée le 11 décembre 2018, a été présentée pour la société Enercal.

- Une note en délibéré, enregistrée le 12 décembre 2018, a été présentée pour la commune de Koné.

Considérant ce qui suit:

1. La commune de Koné a, par un contrat conclu le 25 septembre 2014, renouvelé la concession du service public de distribution d'énergie électrique à la société Enercal, par ailleurs concessionnaire du réseau de transport d'électricité, pour une durée de 20 ans, sans aucune mesure de publicité ni de mise en concurrence. La SA Electricité et Eau de Calédonie (EEC),

concessionnaire du réseau de transport d'électricité dans sept communes de Nouvelle-Calédonie, a saisi le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'une requête en contestation de la validité de ce contrat de concession et demandé d'enjoindre à la commune, dans l'hypothèse où elle souhaiterait déléguer le service public de distribution d'énergie électrique dont elle est chargée, d'avoir à lancer une procédure de mise en concurrence et de publicité. Elle fait appel du jugement du 30 janvier 2018 par lequel le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté sa demande, et sollicite au préalable le sursis à exécution de ce jugement.

2. Les requêtes nos 18PA01477 et 18PA01483 se rapportent au même jugement et ont fait l'objet d'une instruction commune. Il y a lieu de les joindre pour statuer par un seul arrêt.

3. Saisi ainsi par un tiers 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.

4. 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 ; (...) ". L'article 51 de la même loi organique dispose que : " 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. ".

5. 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. C'est à l'autorité adjudicatrice qu'il appartient d'établir, ainsi que l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne notamment par la décision n° C-385/02 Commission contre République italienne du 14 septembre 2004, l'existence de circonstances particulières justifiant, pour un motif d'intérêt général, une dérogation aux principes fondamentaux de la commande publique et la mise en œuvre d'un tel aménagement.

6. Il résulte des pièces du dossier que la structure particulière du réseau de distribution d'électricité sur le territoire de cette commune rendrait techniquement complexe, et financièrement coûteuse, l'attribution de la gestion de ce réseau à tout autre délégataire que la société Enercal, en raison de la dispersion de la population, des particularités topographiques du

territoire à desservir, et du fait que la gestion distincte des réseaux de transport et de distribution d'électricité nécessiterait la création de " points-frontières " et l'installation, à la jonction des deux réseaux, d'un grand nombre de dispositifs de comptage et de détection de pannes supplémentaires. Ce motif d'intérêt général justifie, au cas d'espèce, un aménagement des conditions de mise en œuvre des règles de la commande publique. Par suite, la société EEC n'est pas fondée à soutenir que le contrat conclu entre la commune de Koné et la société Enercal serait entaché d'un vice de nature à entraîner son annulation ou sa résiliation.

7. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de la demande de première instance, que la société EEC n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté ses conclusions en contestation de la validité de ce contrat, ainsi que celles aux fins d'injonction

Sur le sursis à exécution :

8. Dès lors qu'il est statué, par le présent arrêt, sur les conclusions tendant à l'annulation du jugement du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie n° 1700289 du 30 janvier 2018, les conclusions de la requête n°18PA01483 de la société EEC tendant à ce qu'il soit sursis à son exécution sont devenues sans objet.

Sur les conclusions présentées au titre des frais de justice :

9. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la commune de Koné et de la société Enercal, qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, le versement de la somme que la société EEC demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de la société EEC les sommes que demandent la commune et la société Enercal sur le fondement des mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête n° 18PA01483 de la société EEC tendant au sursis à exécution du jugement du Tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie n° 1700289 du 30 janvier 2018.

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

Article 3 : Les conclusions présentées par la commune de Koné et la société Enercal sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.