



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Avis n° 2019-A-02 du 18 juillet 2019
relatif au renouvellement du contrat de concession de la distribution d'énergie électrique
de la commune de Nouméa

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (formation plénière),

Vu la saisine du 17 janvier 2019, enregistrée sous le numéro 19/0001 A, par laquelle le Maire de la commune de Nouméa a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après l'« Autorité ») d'une demande d'avis concernant la procédure de renouvellement de la délégation de service public portant sur la concession de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa ;

Vu la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi du pays n°2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après, le « code de commerce »), et notamment son article Lp. 462-1 ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, le rapporteur, le commissaire du gouvernement, les représentants de la Mairie de Nouméa entendus lors de la séance de l'Autorité du 27 juin 2019 ;

Après en avoir délibéré le 27 juin 2019, est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Sommaire

RESUME	3
I. LE CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS	8
A. L'organisation du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie	8
1. La production d'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie	9
2. Le transport de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie	13
3. La distribution de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie	14
B. La réglementation du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie	18
C. Comparaison du secteur de l'énergie électrique calédonien avec celui d'autres territoires insulaires	23
D. La concession de la distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa	28
1. La concession est historiquement attribuée à la société EEC	28
2. La procédure de renouvellement de la concession a été abandonnée	31
II. EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS	34
A. Les règles de la concurrence à respecter par la commune de Nouméa	34
1. Les principes généraux de l'applicabilité et de l'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques	34
2. Les obligations de la commune de Nouméa au regard du droit de la concurrence .	37
B. Les risques de pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être mises en œuvre par les entreprises soumissionnaires	43
1. Rappel de la pratique décisionnelle	43
a) Le risque d'entente anticoncurrentielle dans le cadre d'appel d'offres publics ou privés est le plus courant	44
b) Le risque d'abus de position dominante lors d'un appel d'offres est plus rare	48
2. L'application de la pratique décisionnelle au renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique de la Ville de Nouméa	49
a) Le risque d'atteinte à la concurrence en raison d'échange d'informations confidentielles entre EEC et Enercal du fait de liens juridiques et financiers entre elles doit être maîtrisé	50
b) Les risques d'entente sur les éléments financiers ou dans le but de se répartir les marchés de la distribution d'énergie électrique sont limités	54
c) Le risque d'abus de position dominante du candidat sortant est faible	56
C. Les risques d'atteinte à la concurrence liés à l'organisation du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie	57
1. L'absence de séparation des activités au sein des opérateurs soulève un risque d'abus de position dominante	58
2. L'absence de régulateur indépendant ne garantit pas le fonctionnement concurrentiel des marchés de l'énergie électrique	63
LES 7 RECOMMANDATIONS ADRESSEES A LA MAIRIE DE NOUMEA	66

Résumé

Le 14 janvier 2019, la Mairie de Nouméa a lancé un appel à candidatures pour le renouvellement de la délégation de service public portant sur la concession de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa. Par courrier du 17 janvier 2019, elle a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « l'Autorité ») sur le fondement de l'article Lp. 462-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie en lui posant les trois questions suivantes :

« - *Quels seraient dans le cadre de la procédure de renouvellement du contrat de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa, les risques éventuels d'atteinte aux principes de l'égalité de traitement des candidats et du droit de la concurrence ?*

- *Le dossier de consultation et les modalités de publicité retenues par la commune de Nouméa vous paraissent-ils présenter les garanties suffisantes pour que soient respectés à la fois la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures ?*

- *Quels seraient, au regard de la gouvernance et de la composition capitalistique des candidats, les points de vigilance et/ou risques éventuels, type conflit d'intérêt, auxquels la commune de Nouméa devrait se prémunir au cours de la procédure d'attribution ? ».*

I. LE CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS

Le secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie est organisé autour de **trois grands marchés** :

– le **marché de la production d'électricité** sur lequel la société Enercal, majoritairement détenue par la Nouvelle-Calédonie, assure 97 % de la production à destination de la distribution publique d'électricité. Sur ce marché, elle est en concurrence avec d'autres opérateurs principalement spécialisés dans la production d'énergies renouvelables ;

– le **marché du transport de l'électricité** qui peut être considéré comme un monopole naturel et dont la délégation de service public a été confiée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « le gouvernement ») à la société Enercal pour une durée de 75 ans ;

– le **marché de la distribution (qui inclut la fourniture) d'électricité** sur lequel la société EEC, filiale du groupe Engie, dessert 61,6 % de la clientèle calédonienne grâce à l'attribution de la concession de sept communes (dont les 4 communes du grand Nouméa) tandis que la société Enercal dessert 38,4 % de la clientèle calédonienne sur les 26 autres communes du territoire.

Le secteur est entièrement réglementé par la Nouvelle-Calédonie, les communes n'étant compétentes que pour choisir leur concessionnaire. La délibération n°195 du 5 mars 2012 relative au système électrique définit le système électrique calédonien et fixe les règles applicables sur le plan technique et tarifaire. Elle fixe ainsi les modalités de rémunération des opérateurs sur l'ensemble de la chaîne de valeur (production, transport, distribution) et impose un même tarif de vente de l'électricité aux consommateurs (par catégorie d'utilisateurs) sur tout le territoire, lequel est donc décorrélé des coûts réels de la distribution sur chaque zone géographique concernée. **En cas d'appel à candidatures pour le renouvellement d'une concession de distribution d'énergie électrique, la sélection du délégataire par la commune ne peut donc se faire sur les prix ni sur la qualité du produit offert, l'électricité étant par définition un bien homogène.** S'agissant de l'appel à candidatures lancé par la commune de Nouméa le 14 janvier 2019, le règlement de consultation précisait que les offres des candidats seraient jugées au regard des six critères suivants : qualité technique des prestations, intégration de la transition énergétique, performance clientèle, caractère innovant de l'offre, intégration esthétique des ouvrages et volet financier (ex : frais facturés aux abonnés, frais généraux, transparence financière dans la gestion du service public concédé...).

Le système électrique calédonien se distingue en tous points de celui de la métropole mais présente des spécificités géographiques, techniques, climatiques et économiques proches d'autres zones insulaires non interconnectées (ZNI). Ces spécificités justifient notamment de recourir à des solutions technologiques adaptées qui se traduisent néanmoins par des coûts de production plus élevés qu'en métropole (290€/MWh dans les ZNI, 166€/MWh en Nouvelle-Calédonie contre 60€/MWh en métropole en 2016). **L'organisation du secteur électrique calédonien reste toutefois différent de celui des ZNI à plusieurs égards :** ainsi, **les consommateurs calédoniens ne bénéficient pas de la péréquation tarifaire nationale** (dans les ZNI, le prix est de 20,10 FCFP/kWh contre 28,99 FCFP à Tahiti et 32,34 FCFP en Nouvelle-Calédonie pour un usage domestique en 2018) ; **les entreprises calédoniennes du secteur ne sont pas régulées par une autorité administrative indépendante** ; **les ZNI se caractérisent par la présence d'un opérateur historique intégré en monopole sur les marchés du transport et de la distribution d'électricité** ; enfin, **la Nouvelle-Calédonie a enclenché une trajectoire ambitieuse de développement des énergies renouvelables** qui pose de nouvelles problématiques tant en termes de gestion du système électrique qu'en termes de coûts sans équivalent dans les ZNI.

II. L'EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS

Pour répondre aux trois questions posées par la Mairie de Nouméa, l'Autorité a fait le choix d'analyser les risques éventuels d'atteinte au droit de la concurrence au regard de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence en distinguant les risques associés au comportement de la commune de Nouméa, ceux associés au comportement des candidats au renouvellement de la concession et ceux résultant de l'organisation même du secteur de l'énergie électrique calédonien. Elle a formulé, dans ce cadre, sept recommandations à la Mairie de Nouméa.

– Les obligations de la commune de Nouméa au regard du droit de la concurrence

L'Autorité rappelle, en premier lieu, que **la commune de Nouméa doit éviter de mettre en place des conditions susceptibles de favoriser des échanges d'informations entre les soumissionnaires avant la publication du résultat de l'appel d'offres**. Elle lui recommande donc d'éviter d'organiser des séances d'informations communes à toutes les entreprises susceptibles de candidater et privilégier des visites individuelles sur site, hors la présence du concessionnaire si possible, afin de ne pas favoriser l'échange d'informations entre concurrents susceptibles de limiter l'indépendance de leurs offres (**recommandation n°1**).

L'Autorité précise, en deuxième lieu, que **la commune de Nouméa doit s'abstenir d'approuver ou d'étendre une pratique anticoncurrentielle dont elle aurait connaissance**. Dès lors, si elle apprend qu'une entreprise abuse de sa position dominante ou que des entreprises se sont concertées pour élaborer leurs offres, ce qui est de nature à constituer une pratique anticoncurrentielle, elle devrait les écarter au risque d'être sanctionnée par le juge administratif à travers l'annulation de la décision d'attribution du marché.

L'Autorité souligne, en troisième lieu, que **les actes de la commune de Nouméa ne doivent pas non plus entraîner la commission d'une pratique anticoncurrentielle « automatique » de la part du concessionnaire ou des candidats**. A titre d'exemple, elle doit vérifier que le contrat de concession ne comporte aucune clause anticoncurrentielle dont le respect par le concessionnaire pourrait être constitutif d'un abus. Tel pourrait être le cas d'une clause interdisant au concessionnaire, à l'occasion du renouvellement de la concession, de donner accès à une infrastructure ou à des informations essentielles permettant à ses concurrents de formuler une offre dans des conditions objectives et non discriminatoires.

En dernier lieu, l'Autorité invite la commune de Nouméa à **promouvoir la concurrence « pour le marché » à travers une mise en concurrence régulière des opérateurs en raccourcissant la durée de la nouvelle concession. A cet égard, elle ne peut qu'approuver le choix opéré par la commune de Nouméa, à l'occasion de l'appel à candidature du 14 janvier 2019, de raccourcir la durée de la nouvelle concession de 20 à 15 ans mais l'invite néanmoins à s'interroger sur l'opportunité et la légalité de proposer une concession d'une durée encore plus courte, qui pourrait être de dix ans (recommandation n°2)**.

– Les risques de pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être mise en œuvre par les entreprises soumissionnaires

L'Autorité rappelle que **la mise en échec du déroulement normal des procédures d'appels d'offres** consistant à empêcher la fixation des prix par le libre jeu du marché ou à tromper la personne publique sur la réalité et l'étendue de la concurrence qui s'exerce entre les entreprises soumissionnaires par le biais d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante, perturbe le secteur où a lieu une telle pratique et porte une **atteinte grave à l'ordre public économique** justifiant de lourdes sanctions.

Dans le cadre d'appel d'offres, **les risques d'entente les plus courants se matérialisent par des échanges d'informations visant à présenter une « offre de couverture », ou à mettre en œuvre des pratiques de « suppression d'offres », de « rotation des offres » ou de « répartition de marché »**. Le risque d'abus de position dominante peut, par exemple, résulter du refus de la part du candidat sortant de donner accès à une infrastructure ou une information essentielle aux concurrents pour soumissionner au nouvel appel d'offres. Dans le cadre du présent avis, elle souligne que :

a) Le risque d'atteinte à la concurrence résultant d'échange d'informations confidentielles entre EEC et Enercal étant donné leurs liens juridiques et capitalistiques devra être maîtrisé :

L'Autorité rappelle que **lorsque des entreprises qui souhaitent soumissionner à un appel d'offres partagent des liens juridiques ou financiers, elles ont l'obligation d'en avertir le maître d'ouvrage et disposent de plusieurs options**. Si elles sont autonomes commercialement, elles peuvent choisir de déposer chacune une offre élaborée de manière indépendante en s'interdisant tout échange d'informations sur l'appel d'offres ou déposer une offre commune. Si elles ne sont pas autonomes commercialement, elles ne peuvent présenter qu'une offre groupée pour répondre à l'appel d'offres ou choisir l'entreprise du groupe qui présentera une seule offre pour le marché considéré.

L'Autorité observe en l'espèce que les sociétés Enercal et EEC sont autonomes commercialement mais que la société Engie Energie Services, société mère de la société EEC, est également actionnaire à hauteur de 10,791 % du capital de la société Enercal et dispose, à ce titre, du droit de siéger au conseil d'administration de cette société.

Elle en déduit qu'il existe un risque structurel d'échange d'informations confidentielles entre la société Enercal et le groupe Engie, susceptible de porter atteinte à la concurrence puisque la société Engie Energie Services a nécessairement connaissance des décisions stratégiques de la société Enercal et peut éventuellement les influencer. Ce risque est renforcé par le fait qu'en pratique, le représentant de la société Engie Energie Services au conseil d'administration d'Enercal est, le plus souvent, le président de la société EEC alors que les sociétés EEC et Enercal sont directement concurrentes sur les marchés de la production et de la distribution d'électricité.

Dans ces conditions, **l'Autorité recommande à la commune de Nouméa d'exiger, dans le dossier d'appel à candidatures lui-même, que soient portés à sa connaissance les liens capitalistiques pouvant exister entre les différents candidats lors du dépôt de chacune des offres, et que ceux-ci l'informent des mesures prises pour éviter tout risque d'échanges d'informations entre les dites entreprises afin que la commune puisse apprécier l'indépendance réelle des offres remises par chacune des entreprises (recommandation n° 3).** A défaut d'une cession volontaire de la participation du groupe Engie au capital de la société Enercal, et à tout le moins d'une modification volontaire des statuts de la société Enercal ou d'un éventuel pacte d'actionnaires entre la société Enercal et le groupe Engie pour retirer à ce dernier le droit de siéger au conseil d'administration de la société Enercal, la Mairie de Nouméa pourrait notamment **exiger une attestation des présidents des deux entreprises s'engageant à n'échanger aucune information relative au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa.**

b) Les risques d'entente sur les éléments financiers ou dans le but de se répartir les marchés de la distribution d'énergie électrique sont limités

L'Autorité observe que le risque d'entente sur les prix ou les éléments financiers relatifs au renouvellement de la concession d'énergie électrique de la commune de Nouméa est faible puisqu'en vertu de la réglementation les tarifs sont fixés par le gouvernement tandis que le volet financier prévu par le règlement de consultation n'a qu'une portée limitée et n'est qu'un des six critères de sélection des offres présentées par les soumissionnaires.

De plus, le risque d'entente en vue de se répartir les marchés de la distribution électrique en Nouvelle-Calédonie semble également faible car même si différentes concessions vont arriver à échéance, celle de la commune de Nouméa reste sans équivalent en termes de nombre de clients. Ainsi, aucun des soumissionnaires n'aurait intérêt à renoncer volontairement à cette concession pour obtenir, en contrepartie, d'autres concessions plus petites et plus complexes à gérer. Ce risque d'entente est d'autant plus faible entre les sociétés EEC et Enercal qu'elles se trouvent dans une situation particulièrement conflictuelle sur le marché de la distribution d'énergie électrique, ayant engagé plus de neuf procédures contentieuses l'une contre l'autre devant la juridiction administrative.

c) Le risque d'abus de position dominante du candidat sortant est faible

L'Autorité observe qu'un éventuel abus de position dominante de la part du concessionnaire sortant, en l'espèce la société EEC, ne pourrait être envisageable que s'il était démontré que les informations essentielles pour répondre à l'appel d'offres n'avaient pas été communiquées par EEC à la commune de Nouméa si bien que celle-ci n'aurait pas pu les retransmettre aux autres candidats. Or, les représentants de la Mairie de Nouméa ont indiqué avoir obtenu toutes les informations qui leur paraissaient pertinentes pour assurer aux concurrents de la société EEC la possibilité de concourir à l'appel à candidature lancé le 14 janvier 2019 dans des conditions objectives et non discriminatoires.

L'Autorité recommande néanmoins à la commune de Nouméa de rester vigilante et de transmettre le même niveau d'informations à tous les candidats lors du prochain renouvellement de la concession, en particulier lorsque ces informations émanent du concessionnaire sortant (recommandation n° 4). En tout état de cause, **afin d'alerter les candidats, l'Autorité recommande également à la commune de Nouméa de compléter le dossier d'appel à candidature pour inclure une brève définition des pratiques anticoncurrentielles et des sanctions susceptibles d'être encourues en cas de non-respect du droit de la concurrence (recommandation n°5).**

– Les risques d'atteinte à la concurrence liés à l'organisation du secteur de l'énergie

L'Autorité relève **deux risques principaux** d'atteinte à la concurrence liés à l'organisation du secteur de l'énergie, et plus particulièrement au fait que la Nouvelle-Calédonie soit à la fois régulateur et opérateur économique en tant qu'actionnaire majoritaire de la société Enercal, laquelle est en situation de monopole sur le marché du transport au titre de l'exercice d'une mission de service public et en situation concurrentielle sur les marchés amont (production) et aval (distribution) de l'électricité : le premier risque tient à l'absence de séparation des activités de production,

de transport et de distribution d'énergie électrique au sein de la société Enercal ; le second risque est lié à l'absence de régulation indépendante du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie.

a) L'absence de séparation structurelle, juridique, fonctionnelle ou même comptable des activités de production, de transport et de distribution d'énergie électrique au sein des opérateurs crée un risque d'abus de position dominante

En vertu de la pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence, l'absence de séparation des activités exercées en monopole et en concurrence au sein d'un opérateur intégré peut, d'une part, générer des pratiques de subventions croisées conduisant cet opérateur à placer un maximum de charges sur l'activité en monopole au bénéfice des activités en concurrence et lui permettre ainsi de pratiquer des prix prédateurs pour évincer ses concurrents ; d'autre part, elle peut lui permettre de restreindre l'accès aux réseaux de transport et aux installations de production de ses concurrents à des conditions objectives et non discriminatoires.

En l'espèce, l'absence de séparation des activités de la société Enercal est susceptible de la placer en situation d'abuser de son monopole sur le marché du transport pour évincer ses concurrents sur les marchés de la production ou de la distribution d'énergie électrique par exemple.

L'Autorité observe néanmoins que dans le cadre de l'appel à candidatures de la commune de Nouméa, le risque de subventions croisées doit être relativisé en l'absence du versement de la composante de stabilité par le gouvernement (car Enercal enregistrerait actuellement des pertes sur son activité de transport) comme en raison du caractère marginal du volet financier associé à l'appel à candidature qui limite l'intérêt de pratiquer des prix prédateurs. Il n'en demeure pas moins que **la commune de Nouméa devra rester vigilante lors de l'analyse de l'offre de la société Enercal pour apprécier s'il existe des indices susceptibles de caractériser l'existence de subventions croisées permettant à la société Enercal de proposer des prestations qu'elle n'aurait pas été en mesure de proposer si elle n'avait pas pu profiter de son monopole du transport d'électricité (recommandation n°6).**

En tout état de cause, **L'Autorité observe que cette situation pourrait potentiellement évoluer prochainement** puisque les représentants de la DIMENC ont indiqué lors de leur audition qu'« *il aurait été plus simple (...) que les activités d'Enercal en matière de distribution soient aux mains d'une entreprise distincte au sein d'Enercal. L'audit de la CRE permettra sur une base objective au GNC de rétablir des règles du jeu plus justes pour les différents acteurs s'il le souhaite* ». **Les experts de la CRE ont confirmé qu'ils avaient reçu mandat du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de réaliser un audit de performance des deux opérateurs et qu'ils pourraient proposer des recommandations d'ici le mois de septembre 2019.**

Dans ces conditions, **L'Autorité recommande à la commune de Nouméa de s'interroger sur l'opportunité ou non de décaler le lancement d'un nouvel appel à candidatures compte tenu de ses contraintes propres et de l'impact d'une potentielle réforme d'ampleur de la réglementation du secteur électrique calédonien au cours de l'année 2020 sur le contrat de concession qui viendrait d'être renouvelé (recommandation n° 7).**

b) L'absence de régulateur indépendant ne garantit pas le fonctionnement concurrentiel des marchés de la production et de la distribution d'énergie électrique

Le fait que la Nouvelle-Calédonie soit à la fois l'autorité de régulation du secteur électrique, par l'intermédiaire de la DIMENC sous le contrôle du gouvernement, et opérateur économique par l'intermédiaire de la société Enercal, soulève de nombreuses critiques de la part de certains concurrents de la société Enercal comme de la part des communes et crée un climat de suspicion d'une éventuelle inégalité de traitement entre les opérateurs concernés par la réglementation applicable. Les experts de la CRE interrogés au cours de l'instruction considèrent pour leur part que l'autorité de tutelle qu'est le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'exerce pas suffisamment sa mission de régulation, notamment sur le marché de la distribution d'énergie électrique.

L'Autorité rappelle que **dans le secteur des industries de réseaux nécessitant une régulation sectorielle ex ante, le législateur considère traditionnellement que pour assurer le bon fonctionnement de ces marchés, l'idéal est d'instaurer une autorité de régulation indépendante** du gouvernement, d'une part, et des opérateurs économiques, d'autre part, chargée de veiller au bon fonctionnement et développement des réseaux, de garantir le droit d'accès aux réseaux aux opérateurs à des conditions objectives et non discriminatoires et de garantir l'indépendance des gestionnaires de réseaux grâce au contrôle du respect de règles de séparation des activités de production, de transport et de distribution du service. Pour exercer ces missions, elle doit disposer d'un pouvoir d'intervention en matière tarifaire et de moyens d'enquête et de sanctions.

L'Autorité considère donc que la réforme à venir de la réglementation du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie pourrait être l'occasion de réfléchir à une nouvelle forme de régulation sectorielle susceptible de s'inspirer des principes rappelés ci-dessus pour écarter tout risque d'atteinte à la concurrence du fait de l'organisation du secteur.

1. Par lettre du 17 janvier 2019, enregistrée sous le numéro 19/0001 A, le Maire de la commune de Nouméa a saisi l'Autorité d'une demande d'avis concernant la procédure de renouvellement de la délégation de service public¹ portant sur la concession de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa lancée le 14 janvier 2019, afin de « *se prémunir de tout risque juridique potentiel* »².
2. Dans ce cadre, trois questions ont été posées à l'Autorité :
 - « - *Quels seraient dans le cadre de la procédure de renouvellement du contrat de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa, les risques éventuels d'atteinte aux principes de l'égalité de traitement des candidats et du droit de la concurrence ?*
 - *Le dossier de consultation et les modalités de publicité retenues par la commune de Nouméa vous paraissent-ils présenter les garanties suffisantes pour que soient respectés à la fois la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures ?*
 - *Quels seraient, au regard de la gouvernance et de la composition capitalistique des candidats, les points de vigilance et/ou risques éventuels, type conflit d'intérêt, auxquels la commune de Nouméa devrait se prémunir au cours de la procédure d'attribution ?* »³.
3. Par courrier du 26 avril 2019, les services de la commune de Nouméa ont informé l'Autorité de l'annulation de la procédure d'attribution de la délégation du service public de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa⁴ pour le motif suivant : « *Le 26 mars dernier le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a édicté l'arrêté n°2019-747-GNC portant modifications de l'arrêté modifié n°2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente d'électricité. Cet arrêté a été publié au Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC) du 28 mars 2019. Ce nouvel arrêté vient apporter des modifications importantes aux conditions de calcul de l'indice d'actualisation des tarifs de vente de la distribution d'énergie électrique. Or, son application est susceptible d'entraîner des modifications aux conditions initiales du contrat* ».
4. Par la suite, la Maire de Nouméa a diligenté un recours en annulation contre l'arrêté précité devant le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie. Pour autant, elle a maintenu sa demande d'avis auprès de l'Autorité de la concurrence en précisant qu'elle engagerait une nouvelle procédure relative à la délégation de service public portant sur la concession de

¹ La délégation de service public est définie à l'article L. 1411-1 du code des collectivités territoriales dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie. Il s'agit d'« *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ». L'attribution du contrat de délégation suppose de recourir à une mise en concurrence, par appel public à candidatures et sélection des candidats éligibles à remettre une offre. L'opération se rapproche ainsi des procédures applicables aux marchés sur appel d'offres, privés ou publics

² Voir la saisine de la commune de Nouméa du 17 janvier 2019 aux termes de laquelle il est indiqué : « *Un contrat de concession de distribution en énergie électrique lie actuellement la commune de Nouméa à la société EEC jusqu'au 31 décembre 2020. Dans le cadre du renouvellement de cette délégation de service publique (les) services (de la Mairie) ont lancé l'avis d'appel à candidature par voie de presse le 14 janvier dernier* » (Annexe 01).

³ Voir la saisine du 17 janvier 2019 (annexe 01).

⁴ Voir le courrier du 26 avril 2019 de la commune de Nouméa (annexe 49).

distribution d'énergie électrique de la commune à l'issue de la procédure menée devant le tribunal administratif.

5. Cette demande d'avis a été déposée sur le fondement de l'article Lp. 462-1 du code de commerce qui prévoit que l'Autorité peut donner son avis « *sur toute question de concurrence* » à la demande notamment des « *communes* ». La demande d'avis présentée par la commune de Nouméa est donc recevable et l'Autorité compétente pour la traiter.
6. L'instruction de cet avis s'est appuyée sur la documentation juridique et économique existante en Nouvelle-Calédonie et en métropole, la consultation des principaux acteurs du secteur et les documents qu'ils ont transmis⁵ ainsi que sur la pratique décisionnelle des autorités de concurrence françaises.
7. Avant de répondre aux questions posées par la commune de Nouméa (II), l'Autorité estime nécessaire de présenter brièvement le secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie afin de contextualiser le renouvellement du contrat de concession de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa (I).

I. Le contexte de la demande d'avis

8. Pour analyser la demande d'avis de la commune de Nouméa et répondre aux trois questions posées, il faut au préalable décrire l'organisation du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie (A) ainsi que le cadre réglementaire applicable (B) avant de procéder à une comparaison avec d'autres territoires insulaires (C) et présenter l'actuelle concession accordée par la commune de Nouméa pour la distribution de l'énergie électrique qui arrive à échéance le 31 décembre 2020 (D).

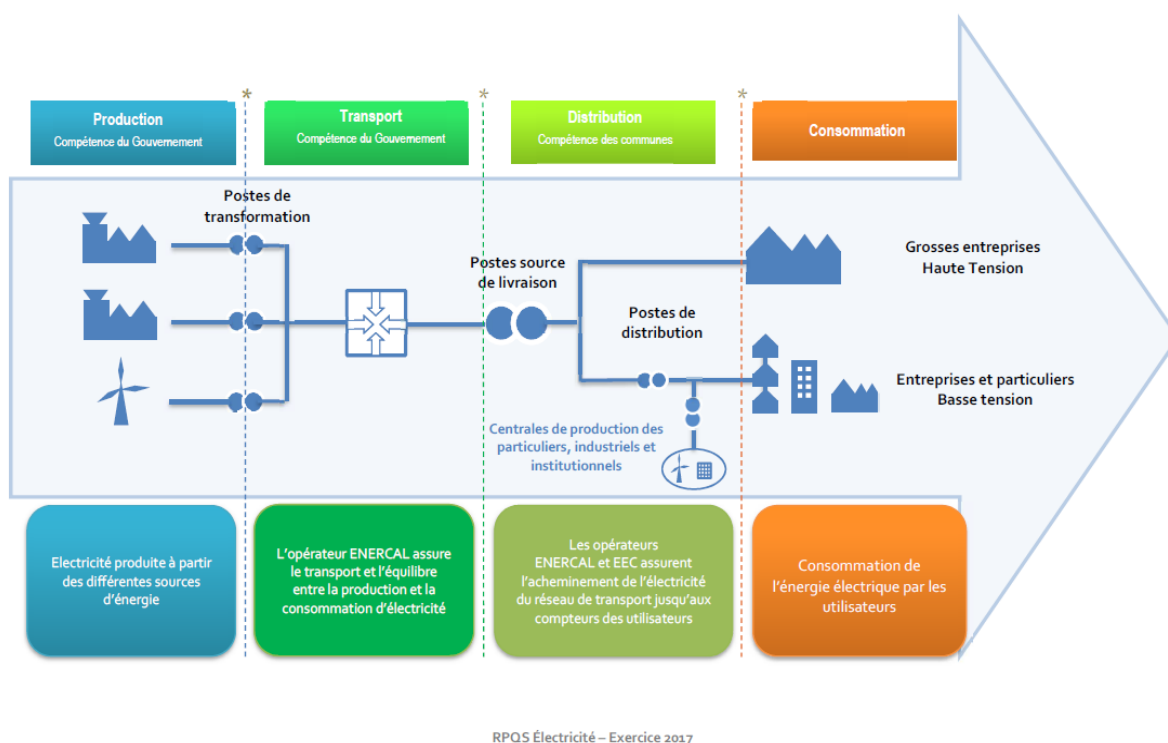
A. L'organisation du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie

9. Le secteur électrique en Nouvelle-Calédonie recouvre trois grandes activités : la production (1), le transport (2) et la distribution et commercialisation d'énergie électrique (3) qui permet de satisfaire les besoins des consommateurs calédoniens.

⁵ Services de la commune de Nouméa, Direction des mines et de l'énergie de la Nouvelle-Calédonie (DIMENC), Commission de la régulation de l'électricité (CRE), sociétés EEC, Enercal, Quadran Pacific, UFC Que Choisir NC et l'Intersyndicale Vie chère.

Graphique n° 1 : L'organisation du système électrique calédonien

L'organisation du système électrique calédonien



Source : Mairie de Nouméa⁶

1. La production d'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie

10. Pour 2017, la production totale d'électricité de la Nouvelle-Calédonie (y compris la production autonome du secteur métallurgique) s'élevait à 3228,2 GWh⁷ et progresse de + 3,1 % par rapport à l'année précédente.
11. Elle provient à 86,5 % des moyens de production thermiques et 13% des énergies renouvelables⁸.
12. Cette répartition devrait cependant évoluer dans les années à venir, le Schéma de Transition Energétique de la Nouvelle-Calédonie (« STENC ») prévoyant, en 2030, pour la distribution publique (particuliers et professionnels hors métallurgie du nickel), une production électrique 100 % renouvelable sur la base d'une consommation équivalente à celle de l'année 2008⁹. A titre illustratif, il apparaît que la production d'électricité renouvelable a progressé fortement (+50,3 %) en 2017.

⁶ Voir le rapport « Prix et Qualité du Service » (RPQS) 2017 de la commune de Nouméa (annexe 28).

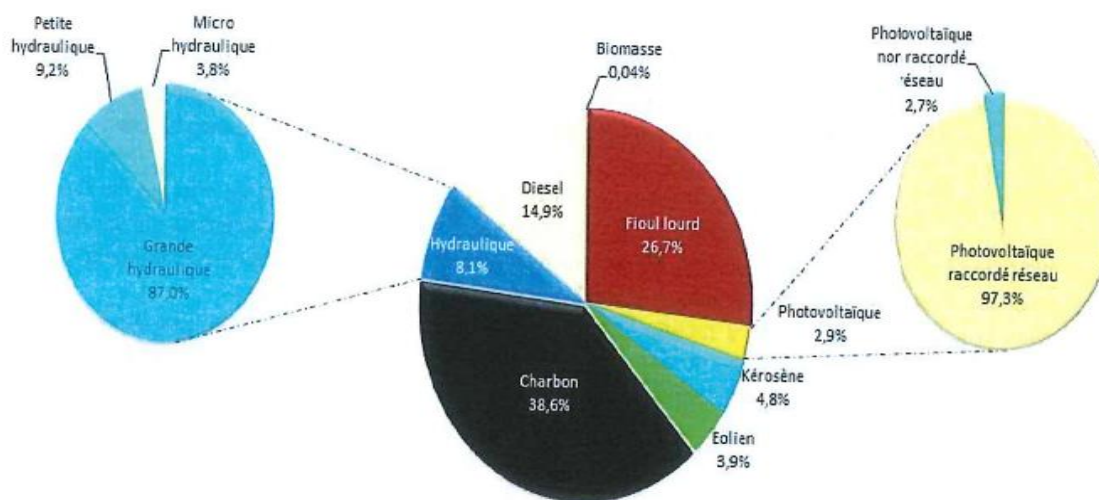
⁷ Voir pièces-jointes au procès-verbal d'audition de la DIMENC, (annexe 10).

⁸ *Ib idem*, Rapport d'activité DIMENC - Service Energie-2017 (annexe 10).

⁹ Le STENC a été présenté en tant que contribution de la Nouvelle-Calédonie dans le cadre des accords internationaux conclus lors de la 21ème conférence des Nations Unies sur les changements climatiques (COP21) qui s'est tenue à Paris, en décembre 2015. <https://gouv.nc/dossiers/le-schema-pour-la-transition-energetique-de-la-nouvelle-caledonie>

Graphique n° 2 : Part des énergies dans la capacité de production totale d'électricité en Nouvelle-Calédonie

Graphique 4 : Part des énergies dans la capacité de production totale d'électricité en Nouvelle-Calédonie



Source : DIMENC

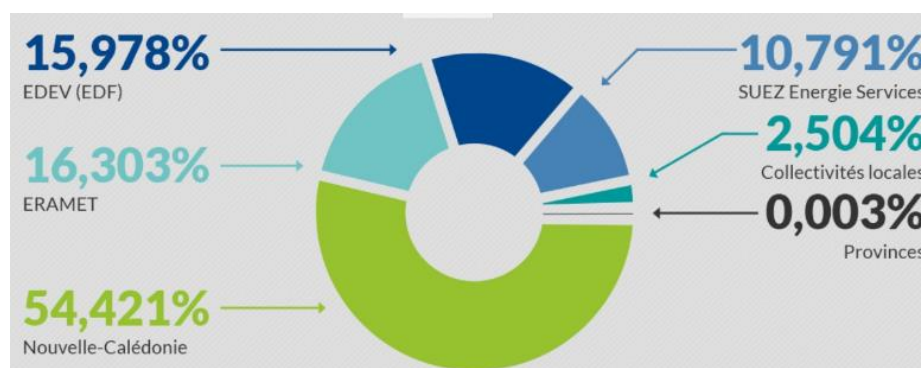
13. Par comparaison, en Polynésie française, la production d'électricité, stable depuis 2013, était de 649,3 GWh en 2017. La production thermique représentait 71 % de l'électricité produite contre 28,9 % pour la production issue d'énergies renouvelables (27 % pour l'hydroélectricité et 1,9 % pour le photovoltaïque¹⁰).
14. La production électrique à destination de la distribution publique en Nouvelle-Calédonie (basse tension à usage domestique et professionnel et moyenne tension à usage professionnel) a représenté 24,3 % des besoins et s'est élevée à environ 770 GWh en 2017 (en baisse de -1,6 % par rapport à l'année précédente). La consommation d'électricité du secteur métallurgique s'élève à 2362,7 GWh.
15. En 2016, le coût moyen de production d'électricité était de 19,8 FCFP/kWh soit 166 euros/MWh
16. Le principal producteur d'électricité en Nouvelle-Calédonie est la société anonyme d'économie mixte (SAEM) Enercal, qui a assuré environ 97 % de la production à destination de la distribution publique à partir de nombreuses unités de production dont il est principalement propriétaire : 12 centrales thermiques (dont 4 principales raccordées au réseau de transport interconnecté) pour une puissance installée d'environ 370 MW (plus de 80 % de la capacité de production d'Enercal), 12 centrales hydroélectriques (dont 3 principales et 6 rattachées au réseau de transport interconnecté), pour une puissance installée de 78 MW, environ 475 installations photovoltaïques intégrées au bâti (plus de 100 en Province Sud, 350 en Province Nord et environ 25 aux Îles Loyauté), à quoi s'ajoute l'exploitation de la ferme solaire de Tadine (Maré, puissance installée de 200 kW) et les centrales hybrides sur les îlots de Yenghébane et Yandé (Poum, puissance installée cumulée de 40 kW, soit 2x20 kW, 1 ferme

¹⁰ Voir l'Avis de l'Autorité polynésienne de la concurrence n° 2018-AO-03 du 10 août 2018 sur le projet de loi du pays instituant un code de l'énergie : <https://www.autorite-concurrence.pf/avis/section-avis/160> (point 14).

éolienne à Mwiré (Île des Pins) et 1 centrale au biocarburant (huile de coprah) depuis 2004 à Ouenghé sur l'île d'Ouvéa.

17. La SAEM Enercal a été constituée en 1955 dans le cadre de la loi n° 46-860 du 30 avril 1946¹¹. Conformément à son objet social, elle intervient dans le domaine de la production, du transport et de la distribution d'électricité. Pour l'exercice 2017/2018, elle a réalisé un chiffre d'affaires de 30,6 milliards F.CFP dont 8,6 milliards F.CFP dans le cadre de son activité de « transport tarif régulé » et 8,3 milliards F.CFP dans le cadre de son activité « distribution tarif régulé ». La société a précisé qu'« *il n'y a pas de C.A. relatif à la production d'électricité pour la Distribution Publique. Les achats d'énergie et les coûts de production pour permettre les ventes à la Distribution Publique (Transport + Distribution) sont inclus dans les charges* »¹². Au 31 mars 2019, elle comptait 428 salariés¹³.
18. Comme toute SAEM, plus de la moitié de son capital social est détenue par des collectivités publiques alors que le reste du capital est détenu par des actionnaires privés¹⁴, à savoir la Nouvelle-Calédonie à hauteur de 54,42 % du capital, les provinces ainsi que les communes de la Nouvelle-Calédonie à hauteur de 2,5 %¹⁵, la société Eramet à hauteur de 16,3 % du capital, la société Edev (filiale d'EDF) avec 15,97 % du capital, et la société Engie Energie Services (filiale du groupe Engie SA) qui détient 10,79 % du capital.

Graphique n° 3 : Répartition du capital de la SAEM Enercal



Source : Enercal

19. La SAEM Enercal détient par ailleurs 75 % de la société Prony Energies qui est active dans l'étude, la conception, la construction et l'exploitation d'une centrale électrique sur le site de

¹¹ Voir la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 tendant à l'établissement, au financement et à l'exécution de plans d'équipement et de développement des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer.

¹² Voir la réponse de la société ENERCAL au questionnaire (annexe 44).

¹³ *Ib idem.*

¹⁴ Les membres du conseil d'administration de la SAEM Enercal au 1^{er} juin 2019 étaient : Président : M. Roger Kerjouan, Secrétaire Général de la Province Sud, Représentant la Nouvelle-Calédonie, actionnaire d'Enercal. Administrateurs : M. Roger Kerjouan, M. Nicolas Metzdorf, M. Didier Poidyalwane, M. Philippe gomes, M. Yoann Lecourieux et M. Pascal Vittori, représentants la Nouvelle Calédonie ; M. Adolphe Digoue, Représentant les communes de la Nouvelle Calédonie ; M. Philippe Dunoyer, Représentant la Province Sud ; M. Joseph Goromido, Représentant la Province Nord ; M. Mathias Waneux, Représentant la province des Iles Loyauté ; M. Bernard Laflamme, Représentant la société Eramet ; M. Gilles Gallean, Représentant la société Edev et M. François Laforest, Représentant la société GDF Suez : <https://www.enercal.nc/enercal/gouvernance>

¹⁵ Voir l'annexe 1 à la réponse au questionnaire de la société Enercal (annexe 44).

Prony¹⁶. Le reste du capital de la société Prony Energies est détenu par le groupe Engie SA à travers la SA Engie Energie Services à hauteur de 15 % et sa filiale, la SA EEC, à hauteur de 10 % (voir *infra* point 36).

20. Le développement des énergies renouvelables a permis à la société Enercal d'élargir le périmètre de son activité de production grâce à ses participations au sein de la société Enercal Energie Nouvelles (EEN) qu'elle détient à 100 %¹⁷. La société EEN détient elle-même 40 % du capital de la société Nouvelle-Calédonie Energie (NCE)¹⁸ et 51 % du capital des sociétés Focola¹⁹, Hydro Paolo²⁰ et Wi hâche Ouatom²¹.
21. La société EEC, société anonyme créée en 1929 sous la dénomination Unior Electricque Outremer (UNELCO), exerce principalement une activité de distribution d'énergie électrique et marginalement une activité de production d'énergie thermique à Lifou et à l'île Ouen (commune du Mont-Dore)²². C'est une filiale de la société Engie Energie Services²³ qui exerce des activités de conception, financement, réalisation, exploitation et maintenance de réseaux de chaleur, de froid et d'électricité au sein de la Business Unit France Réseaux du groupe Engie SA²⁴.
22. La société EEC compte aujourd'hui 250 collaborateurs. En 2018, elle a réalisé un chiffre d'affaires de 16,3 milliards F.CFP dont 15,4 milliards F.CFP dans le cadre de son activité de gestionnaire de réseaux de distribution et 140,5 millions F.CFP dans le cadre de son activité de producteur d'électricité.
23. La production d'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie est donc un marché ouvert qui a également permis l'arrivée de nouveaux opérateurs²⁵ dans le domaine des énergies renouvelables dont les principaux sont notamment :

¹⁶ La société Prony Energies est propriétaire et exploite une centrale de production électrique composée de deux tranches de 50MW au charbon

¹⁷ La société EEN a pour activité la conception, la construction et l'exploitation de production dans le domaine des énergies renouvelables, des capacités de stockage, de systèmes électriques intelligents et de systèmes destinés à la maîtrise d'énergie.

¹⁸ La société NCE a pour activité l'étude, la conception, la construction et l'exploitation d'une centrale électrique et de ses installations connexes sur le site de Doniambo.

¹⁹ La société Focola a pour activité le développement, le financement, la construction et l'exploitation d'un projet de centrale photovoltaïque d'une puissance de 1,7 MW situé sur la commune de Farino.

²⁰ La société Hydro Paolo a pour activité l'étude, la conception, le financement, la construction et l'exploitation de nouvelles capacités de production électrique de type hydraulique aux fins de contribuer à la satisfaction des besoins en électricité et à la recherche de l'autonomie énergétique de la Nouvelle-Calédonie ainsi qu'à la réalisation de tous aménagements nécessaires et notamment l'aménagement de la rivière Wé Paolo sur la commune de Pouebo.

²¹ La société Wi hâche Ouatom a pour activité l'étude, la conception, le financement, la construction et l'exploitation de nouvelles capacités de production électrique de type photovoltaïque aux fins de contribuer à la satisfaction des besoins en électricité et à la recherche de l'autonomie énergétique de la Nouvelle-Calédonie ainsi qu'à la réalisation de tous aménagements nécessaires et notamment la construction et l'exploitation d'une centrale photovoltaïque avec stockage au lieu-dit Ouatom sur la commune de La Foa.

²² Son président est Monsieur François Laforest (annexe 55).

²³ « La société EEC est une filiale du groupe ENGIE via la société ENGIE Energie Services (filiale de ENGIE SA) qui détient 98.53 % de ses actions. Les 1,47% actions restantes appartiennent aux salariés et anciens salariés (environ 150 personnes) » (annexe 55).

²⁴ Voir la réponse de la société EEC au questionnaire (annexe 55).

²⁵ La société Enercal Energie Nouvelles (EEN), filiale de la société Enercal, développe par ailleurs des projets photovoltaïques sur la Grande Terre. Sur les Iles Loyauté, les communes de Maré, Ouvéa, Bélep, Ile des Pins

- la société Alizés Energie, filiale de la société EEC, elle-même filiale du groupe Engie SA (32 MW en éolien, 18 MW en Groupes électrogènes de secours et de pointe, 2 MW en centrales photovoltaïques) ;
 - la société Quadran Pacific, filiale du groupe Direct Energie, elle-même filiale du groupe Total (environ 50 MW installées en centrales photovoltaïques)²⁶ ;
 - et la société Akuo Energy Pacifique, filiale du groupe Akuo Energy.
24. Les producteurs vendent leur électricité au transporteur, lequel est tenu d’acquérir la totalité de la production, à un prix préalablement agréé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie conformément à la réglementation en vigueur (voir *infra*).

2. Le transport de l’énergie électrique en Nouvelle-Calédonie

25. Le transport d’électricité correspond à l’acheminement depuis les centres de production vers les réseaux de distribution.
26. Le réseau de transport de l’énergie électrique appartient à la Nouvelle-Calédonie²⁷. En vertu de l’article 12 de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie : « *La gestion du service du transport public de l’énergie est confiée par l’institution prévue par la loi organique à un opérateur par acte de concession* ».
27. La Nouvelle-Calédonie a confié le monopole du transport de l’électricité à la société Enercal en application d’un contrat de concession signé en 1972 pour une durée de 75 ans, soit jusqu’en 2047. A ce titre, la société Enercal est chargée d’assurer, l’acheminement et la répartition de l’énergie électrique sur l’intégralité du territoire²⁸.
28. La société Enercal a indiqué qu’à ce titre, elle assure, d’une part, l’équilibre entre l’offre (la production) et la demande (la consommation) en électricité de la distribution publique et, d’autre part, transporte l’électricité haute tension des unités de production vers les clients de la concession de transport que sont la Société Le Nickel (SLN) et les deux distributeurs d’électricité, les sociétés EEC et Enercal (voir *infra*)²⁹.

disposent d’une production opérée par la société Enercal pour une puissance installée de 18 MW et la société EEC fournit l’Ile de Lifou et l’Ile Ouen (commune du Mont-Dore) avec une puissance installée de 5,3 MW.

²⁶ Selon son représentant, la société Quadran Pacific représente aujourd’hui environ 20 % de la puissance renouvelable installée en Nouvelle-Calédonie (voir annexe 45).

²⁷ Voir la Délibération n° 397 du 2 mai 1972, JONC du 26 mai 1972, page 372.

²⁸ Ce réseau ne concerne que la Grande Terre, seule à disposer d’un réseau de transport interconnecté avec les réseaux de distribution. Voir la réponse au questionnaire de la société Enercal (annexe 44), Présentation sur le système électrique calédonien bilan 2018 et perspectives du 16 avril 2019 lors de sa conférence de presse annuelle.

²⁹ Voir le rapport annuel de la société Enercal pour l’année 2018 (annexe 44).

Graphique n°4 : Le réseau de transport d'électricité de la Grande-Terre



Source : Enercal.

3. La distribution de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie

29. La distribution d'énergie électrique, qui comprend la commercialisation auprès des utilisateurs finaux en Nouvelle-Calédonie³⁰, constitue un service public industriel et commercial (SPIC) organisé par un système de mise en concurrence « pour le marché », par les communes ou les groupements de communes, au moyen de concessions attribuées aux entreprises présentes sur le marché de la distribution d'énergie électrique. En effet, en vertu de l'article 13 de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie : « *La gestion du service du transport public de l'énergie est confiée par l'institution prévue par la loi organique à un opérateur par acte de concession* ».
30. A ce jour, il existe deux concessionnaires : la société Enercal et la société EEC. Cette situation est spécifique à la Nouvelle-Calédonie car dans les autres territoires d'outre-mer (Polynésie-française, DOM-TOM), il n'y a qu'un seul opérateur en monopole sur le marché de la distribution de l'énergie électrique (voir *infra*).
31. 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 distribue de l'énergie électrique dans sept communes en Nouvelle-Calédonie : Bourail, Dumbéa, Kaala-Gomen, Koumac, Lifou, Mont Dore et Nouméa.

³⁰ En Nouvelle-Calédonie comme en Polynésie française, les prestations de distribution (réseau de distribution, acheminement « final » de l'électricité jusqu'au consommateur, raccordements, compteurs) et de fourniture (abonnements, facturation) d'électricité ne sont pas dissociées alors qu'elles le sont en métropole notamment.

Graphique n° 5 : Les concessions de distribution électrique en Nouvelle-Calédonie



Source : Enercal³¹

32. La société Enercal dessert environ 42.000 clients représentant 38 % de la consommation de l'électricité tandis que la société EEC distribue l'électricité qu'elle achète à la société Enercal et dessert plus de 67.000 clients ce qui représente 61,6 % de la consommation d'électricité dont 45.000 clients sur la seule concession de la commune de Nouméa.

Tableau n° 3 : Répartition des clients ENERCAL et EEC

Selon les données du modèle tarifaire à fin mars 2019

	31-mars-19	
Clients ENERCAL	41 770	38,4%
Clients EEC	66 898	61,6%
TOTAL	108 668	

Source : ENERCAL

33. En pratique, les deux opérateurs Enercal et EEC se trouvent en situation de concurrence à l'occasion des appels d'offres reconduisant les concessions de distribution électrique.

³¹ Voir la réponse au questionnaire de la société Enercal (annexe 44), Présentation sur le système électrique calédonien bilan 2018 et perspectives du 16 avril 2019 lors de la conférence annuelle de presse d'Enercal.

34. Il ressort de l’instruction un seul exemple pour lequel, lors du renouvellement de la concession de distribution électrique, le concessionnaire sortant n’a pas été reconduit. Ainsi, au 1^{er} octobre 2018, la concession de distribution d’énergie électrique de la commune de Canala est passée de la société Enercal à la société EEC³². A cet égard, les représentants de la DIMENC ont confirmé que jusqu’alors « *les communes reconduisaient systématiquement les sortants* »³³.
35. L’Autorité en déduit que la « concurrence pour le marché » entre opérateurs pour le renouvellement des concessions de distribution électrique en Nouvelle-Calédonie est particulièrement récente mais pourrait avoir vocation à se développer compte tenu du calendrier d’échéance des prochaines concessions, à commencer par la plus importante, celle de la commune de Nouméa.

Tableau n° 2 : Echéance des différentes concessions de distribution d’énergie électrique en Nouvelle-Calédonie³⁴

COMMUNES	ENTREE EN VIGUEUR	ÉCHEANCE	DUREE	TITULAIRE
ILE DES PINS	10/06/1980	10/06/2020	40 ans	<u>Enercal</u>
NOUMEA	01/01/2001	31/12/2020	20 ans	EEC
THIO	27/01/1981	27/01/2021	40 ans	<u>Enercal</u>
OUEGOA	24/02/1981	24/02/2021	40 ans	<u>Enercal</u>
POUM	29/09/1981	29/09/2021	40 ans	<u>Enercal</u>
OUVEA	04/05/1982	04/05/2022	40 ans	<u>Enercal</u>
MARE	23/12/1982	23/12/2022	40 ans	<u>Enercal</u>
KAALA-GOMEN	01/09/2003	31/08/2023	20 ans	EEC
MONT-DORE	01/08/2005	31/07/2025	20 ans	EEC
DUMBEA	01/12/2005	30/11/2025	20 ans	EEC
DUMBEA	01/12/2005	30/11/2025	20 ans	<u>Enercal</u>
BOURAIL	01/04/2006	31/03/2026	20 ans	EEC
BELEP	03/04/1986	03/04/2026	40 ans	<u>Enercal</u>
LIFOU	01/01/2008	31/12/2028	20 ans	EEC
TONTOUTA	15/05/2003	15/05/2033	30 ans	<u>Enercal</u>
KOUMAC	01/06/2003	31/05/2033	30 ans	EEC
SIVM SUD	01/01/2015	31/12/2034	20 ans	<u>Enercal</u>
POUEMBOU	29/08/2015	28/08/2035	20 ans	<u>Enercal</u>
KONE	01/10/2015	30/09/2035	20 ans	<u>Enercal</u>
VOH	22/03/2016	21/03/2036	20 ans	<u>Enercal</u>
POYA	24/05/2016	23/05/2036	20 ans	<u>Enercal</u>
SIVM EST	31/06/2016	30/08/2036	20 ans	<u>Enercal</u>
KOUAOUA	01/08/1997	01/08/2037	40 ans	<u>Enercal</u>
YATE	28/12/2017	27/12/2037	20 ans	<u>Enercal</u>
CANALA	01/10/2018	30/09/2038	20 ans	EEC

Source : DIMENC

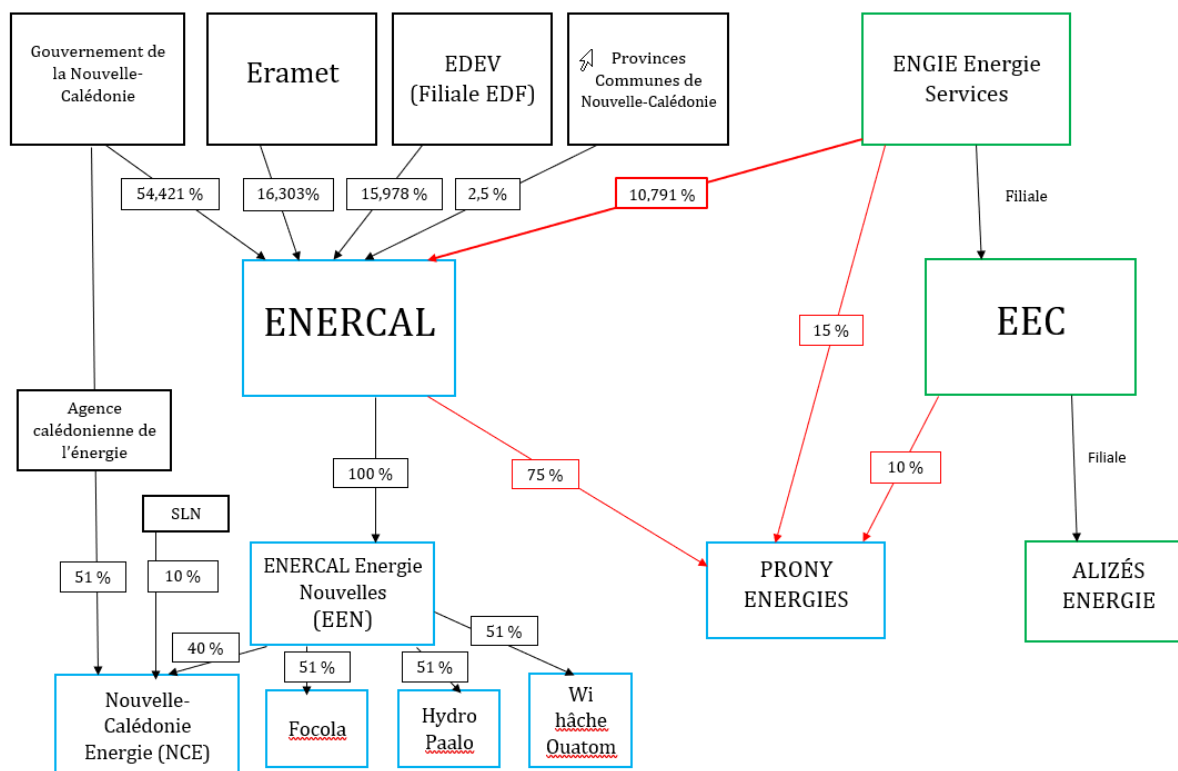
³² A noter que, par requête du 26 septembre 2018, la société Enercal a demandé l’annulation de la concession de distribution d’électricité accordée par la commune de Canala à la société EEC.

³³ Voir le procès-verbal d’audition des représentants de la DIMENC du 15 mars 2019 (annexe 9).

³⁴ Il faut souligner que le territoire de la commune de Dumbéa est le seul où les deux opérateurs concurrents sont concessionnaires : la société Enercal pour une grande partie de la commune et la société EEC pour une partie située dans le sud de la commune. Pour Belep, le Territoire de la Nouvelle-Calédonie est cosignataire de la concession avec la commune tandis qu’à la Tontouta l’Etat est cosignataire.

36. Or, il ressort de l’instruction que les deux opérateurs actuellement attributaires de concessions en Nouvelle-Calédonie ont des liens juridiques et financiers comme le montre le graphique récapitulatif ci-après.

Graphique n° 6 : Les participations croisées des sociétés Enercal et Engie/EEC



Source : Enercal / EEC / ACNC

37. Selon les sociétés EEC et Enercal, il n’en demeurerait pas moins que l’attribution des concessions de distribution électrique en Nouvelle-Calédonie ferait l’objet d’une concurrence exacerbée entre les deux opérateurs, comme le soulignent les nombreux contentieux entre les deux opérateurs sur ces sujets, pour certains encore en cours³⁵.

³⁵ La société EEC a ainsi déclaré : « En 2013, le SIVM Sud a lancé un appel d’offres pour la distribution d’électricité sur les 5 communes composant le SIVM Sud (contrat d’une durée de 20 ans). ENERCAL était le concessionnaire sortant et a regagné cette concession. Considérant que la procédure d’appel d’offres n’a pas été respectée, EEC a déposé un recours indemnitaire qui est pendant devant le Conseil d’Etat. En 2014 et 2015 ENERCAL a renouvelé de gré à gré ses contrats de concession avec les communes de VOH (2015) - KONE (2014) - POUEMBOUT (2014) – POYA (2015) – SIVM EST (2015). Là encore, EEC a contesté ces renouvellements sans mises en concurrence ; son recours est pendant devant le Conseil d’Etat. En 2017 ENERCAL a renouvelé de gré à gré son contrat de concession avec la commune de Yaté en violation des principes généraux de la commande publique. EEC a obtenu l’annulation par le juge du contrat et le lancement d’un appel d’Offres que ENERCAL a remporté. En 2018 la commune de Canala (dont ENERCAL était le concessionnaire) a lancé un appel d’offres que EEC a remporté. ENERCAL a contesté cette attribution devant les tribunaux ; le jugement de 1ère instance devrait intervenir bientôt. A noter que le rapporteur public a conclu au rejet de la requête de ENERCAL » Voir la réponse au questionnaire par la société EEC (annexe 44).

B. La réglementation du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie

38. En vertu de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, 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,³⁶. Les communes ou leurs groupements sont, pour leur part, compétents pour attribuer les concessions de distribution électrique dans les conditions prévues par l'article 51 de la loi organique³⁷.
39. En conséquence, comme l'ont souligné les représentants de la Direction des mines et de l'énergie en Nouvelle-Calédonie (DIMENC) : « *la Nouvelle-Calédonie est compétente pour établir les règles à respecter en matière d'implantation, de gestion et de tarification de la distribution publique et les communes sont compétentes pour choisir le concessionnaire de distribution* »³⁸.
40. La délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique définit le système électrique (ci-après « la délibération n° 195 ») et fixe les règles qui s'imposent aux trois grands métiers qui le composent (production, transport et distribution) sur le plan technique et tarifaire. La procédure mise en œuvre par les communes pour la passation de la concession n'est pas précisée par la délibération mais le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie fixe le cahier des charges type³⁹.
41. La délibération n°195 a été précisée par les arrêtés suivants :
- l'arrêté n° 2007-893/GNC du 1er mars 2007 fixant les conditions techniques applicables aux distributions d'énergie électrique ;
 - l'arrêté n° 2008-5289/GNC du 12 novembre 2008 relatif aux tarifs applicables à la vente d'énergie électrique ;
 - l'arrêté n° 2012-1285/GNC du 5 juin 2012 relatif aux conditions d'implantation des lignes électriques ;
 - l'arrêté modifié n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente d'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 ;

³⁶ Voir l'article 127 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999.

³⁷ 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* ". Lors de leur audition, les représentants de la Mairie de Nouméa ont indiqué : « *Si les communes ne souhaitent pas s'occuper de la distribution, elles pourraient en vertu de la loi organique déléguer cette compétence aux provinces. Aucune commune n'a délégué cette compétence et la commune de Nouméa ne l'envisage pas. Il s'agit d'une compétence de base de l'activité des communes même si les communes évoluent dans un couloir étroit qui est sans cesse plus encadré par le GNC.* » Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la commune de Nouméa du 29 mars 2019 (annexe 25).

³⁸ Voir la réponse des représentants de la DIMENC au questionnaire (annexe 43).

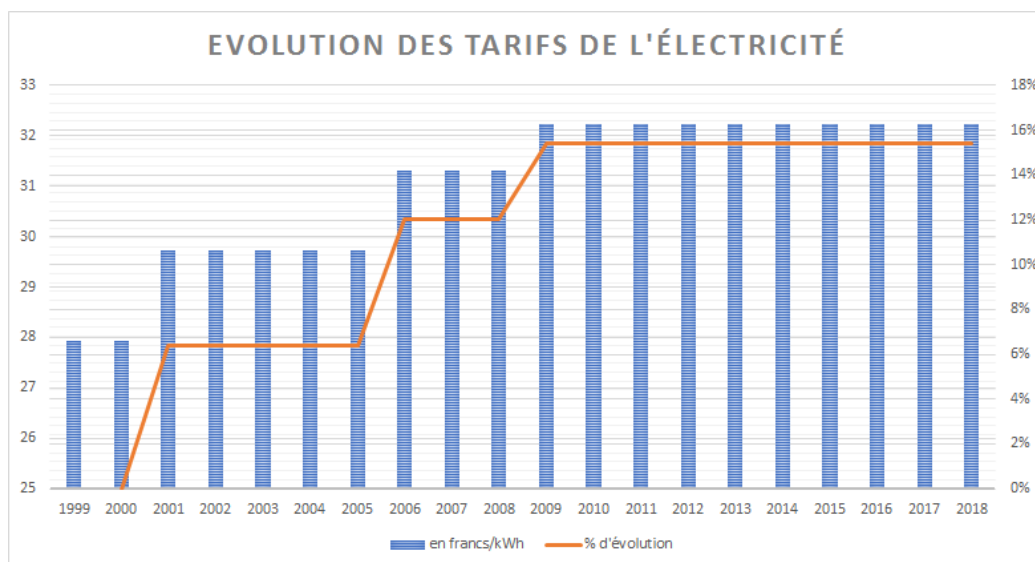
³⁹ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la DIMENC du 15 mars 2019 (annexe 9).

- l'arrêté n° 2017-1757/GNC du 24 juillet 2017 fixant les niveaux de revenus des gestionnaires de réseaux électriques applicables sur le 3^e période tarifaire (01/10/2017->30/09/2019) ;
 - l'arrêté n° 2018-181/GNC du 23 janvier 2018 relatif au plan pluriannuel d'électrification rurale 2018 à 2022 ;
 - l'arrêté n° 2019-355/GNC du 19 février 2019 relatif au cahier des charges type de concession de distribution publique d'énergie électrique ;
 - 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 d'électricité.
42. La réglementation fixe le prix de l'énergie électrique en identifiant pour chacune des trois activités - production, transport et distribution - les modalités de rémunération des opérateurs sachant que la Nouvelle-Calédonie a fait le choix d'appliquer un même tarif de vente de l'électricité aux consommateurs finaux sur tout le territoire.
43. Les revenus des producteurs sont régis par les protocoles ou contrats d'achat d'électricité qui les lient à leurs clients (les gestionnaires de réseaux de transport et de distribution). Une commission des coûts du système électrique a été instituée afin d'étudier chaque contrat et protocole. Pour être valides, ces contrats et protocoles doivent être agréés par le gouvernement.
44. Les revenus des gestionnaires de réseaux (transport et distribution) sont fixés par le gouvernement et révisés par « période tarifaire ». Les gestionnaires de réseaux – c'est-à-dire Enercal et EEC – perçoivent ainsi un revenu fixe qui n'est pas dépendant des fluctuations des volumes de vente correspondant à la quantité d'énergie livrée aux consommateurs. Ce revenu comprend :
- la rémunération des investissements (RCAPEX), qui comprend l'amortissement des immobilisations financées par l'opérateur, le capital immobilisé et le stock. Elle est calculée tous les ans sur la base du dernier exercice comptable clos ;
 - la rémunération au titre de l'exploitation (ROPEX), qui comprend une part forfaitaire et une part proportionnelle à l'électricité achetée au transporteur et aux producteurs. Ce montant est actualisé tous les trimestres selon des indices économiques calédoniens et l'évolution du nombre de kilomètres de lignes en service pour le gestionnaire de réseaux de transport ou l'évolution du nombre de clients pour les gestionnaires de réseaux de distribution.
45. Le concessionnaire se voit ensuite rembourser, par le système tarifaire, d'une part, la contribution qu'il verse au fonds d'électrification rurale (FER), d'autre part, les redevances de concession du service public (RdVA) décidées par chaque commune et qui leur sont affectées.
46. La délibération n° 195 précise pour chaque branche d'activité, les règles de comptabilisation des coûts, lesquels sont vérifiés par la DIMENC puis saisis dans le modèle tarifaire qui permet le calcul des différents tarifs et leur actualisation. La structure tarifaire est ainsi construite à partir des données transmises par les opérateurs.
47. Les représentants de la DIMENC ont précisé que « *Les tarifs de base de vente de l'électricité sont actualisés chaque trimestre par l'application d'un indice noté IT pour transport et ID pour*

la distribution. Les formules de calcul des indices IT et ID sont fixés par arrêté du gouvernement »⁴⁰.

48. La délibération n° 195 prévoit également que les tarifs applicables aux consommateurs finaux sont les mêmes sur l'ensemble du territoire selon un principe de péréquation géographique. Ils ont été fixés par l'arrêté du 12 novembre 2008 et n'ont jamais été révisés⁴¹. Ainsi, par exemple, le tarif basse tension à usage domestique (BT-UD) est fixé à 32,24 F.CFP/KWh consommé.

Graphique n° 7 : Evolution du prix de l'énergie électrique (basse tension à usage domestique) en Nouvelle-Calédonie sur la période 2000-2018



49. Il convient de souligner que la Nouvelle-Calédonie a fait le choix de fixer des tarifs moins élevés en faveur des professionnels, qu'il s'agisse d'énergie basse tension (22,01 F.CFP/KWh consommé) et plus encore s'agissant d'énergie moyenne tension à destination des professionnels (9,72 à 15,73 F.CFP/kWh consommé). Ce choix peut s'expliquer, du point de vue économique, dans la mesure où le tarif en faveur des professionnels reflète le fait que les coûts fixes diminuent lorsque les volumes consommés augmentent.
50. Etant donné que le tarif de l'électricité est le même sur tout le territoire, des contributions de péréquation ont été mises en place entre les gestionnaires de réseaux électriques afin de tenir compte des coûts de distribution et de production qui diffèrent selon les zones (urbaines, îles, brousse).

⁴⁰ Voir la réponse de la DIMENC au questionnaire du service d'instruction. Ils ont également indiqué, lors de leur audition, que : « Aujourd'hui pour l'activité du transport (Enercal) et de la distribution (Enercal et EEC) les modalités de rémunération et les revenus sont définis par arrêté du gouvernement, les formules de calcul des indices d'actualisation des tarifs du transport et de la distribution sont également fixées par arrêté du gouvernement. Le gouvernement fait le choix de ne pas augmenter les tarifs publics de la distribution et pour cela un paramètre dénommé « Composante de stabilisation » dont la valeur est fixée par arrêté du gouvernement, permet de conduire à un indice ID égal à 1 ». Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la DIMENC du 15 mars 2019 (annexe 9).

⁴¹ Voir les tarifs réglementés ici :

51. De plus, afin de limiter ou éviter une augmentation des tarifs publics de l'électricité (induite par une hausse importante du coût des matières premières par exemple), le gouvernement a également la possibilité de verser au gestionnaire de réseaux de transport (qui en répercute les effets sur l'ensemble de la chaîne tarifaire) une compensation financière appelée « composante de stabilisation ». Selon la société Enercal « *C'est le cœur même de l'équilibre du système tarifaire puisque le gouvernement peut recourir à cette compensation pour « éviter ou atténuer une augmentation des tarifs publics de l'électricité (...) Or, cette composante n'est pas compensée financièrement depuis le 1^{er} juillet 2013* »⁴². Dans un récent communiqué de presse, la société Enercal a ainsi indiqué que malgré un compte de résultat bénéficiaire, la trésorerie de l'entreprise sera, au 1^{er} juillet 2019, négative de 1,8 milliards de FCFP du fait de la non-compensation de la composante de stabilisation.
52. Au regard de l'ensemble de ces éléments, l'Autorité ne peut que constater que la mise en concurrence « pour le marché » des opérateurs à l'occasion d'appel d'offres visant à attribuer les concessions de distribution électrique par les communes de Nouvelle-Calédonie ne peut conduire les communes à les discriminer ni sur le prix de l'électricité – celui-ci étant réglementé par le gouvernement sur l'ensemble de la chaîne de valeur et décorrélé, au niveau des consommateurs, des coûts réels de la distribution pour le marché concerné – ni sur la qualité du produit offert, l'électricité étant par définition un « bien homogène ».
53. Il ressort de l'instruction que cette réglementation, et cette situation spécifique, poserait plusieurs difficultés.
54. La DIMENC a notamment souligné que l'enchevêtrement des compétences entre le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et les communes est problématique car « *la commune se désintéresse des coûts car in fine les coûts sont supportés par la Nouvelle-Calédonie. Elle porte son choix sur les services (une belle agence, du renouvelable...). Les candidats promettent aux élus des choses qu'ils ne peuvent pas toujours tenir* »⁴³.
55. La société Enercal considère pour sa part que le système tarifaire applicable – en particulier la non-compensation de la composante de stabilisation depuis le 1^{er} juillet 2013, pénalise nécessairement l'opérateur chargé du transport de l'électricité lorsqu'il est également candidat à un appel d'offres pour l'attribution d'une concession de distribution électrique : « *Une distorsion concurrentielle en découle : quand une mise en concurrence est réalisée dans le secteur de la distribution électrique, les charges exposées par les distributeurs sont en réalité supportées in fine par le transporteur dès lors que le tarif de la distribution (ID) n'est pas augmenté. Et si l'un des candidats est également le transporteur, ce qui est le cas d'Enercal, il se trouve nécessairement dans une situation défavorable : les dépenses qu'il expose vont bien évidemment impacter ses charges (au niveau du transport), tandis que son concurrent, non seulement ne va pas, in fine, supporter cette charge, mais au contraire va prendre en considération que plus son offre financière est génératrice de dépenses, plus en réalité son concurrent va être pénalisé* ».
56. Le système tarifaire ne serait donc pas complètement satisfaisant notamment sur le volet relatif à l'équité de rémunération entre les différents acteurs du système électrique⁴⁴. Selon Enercal,

⁴² Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la société Enercal (annexe 42).

⁴³ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la DIMENC du 15 mars 2019 (annexe 9).

⁴⁴ Voir la réponse de la société Enercal au questionnaire (annexe 44).

« le système tarifaire dans son application actuelle est susceptible de générer un déficit supporté par Enercal avec la composante de stabilisation. Enercal est le seul acteur du système tarifaire à ne pas recevoir de versement fiduciaire des coûts reconnus par le modèle tarifaire et ainsi supporter le coût de la politique énergétique décidée par le gouvernement de la Nouvelle Calédonie qui est aussi la seule autorité à pouvoir augmenter les tarifs de la distribution »⁴⁵. Enercal considère donc que le montant des charges d'exploitation (ROPEX) qui lui est attribué ne reflète pas la réalité des coûts réellement supportés en l'absence de compensation de la composante de stabilisation, contrairement à celui attribué à son concurrent.⁴⁶

57. Cette analyse est partagée mais relativisée par les représentants de la DIMENC qui indiquent que : « Enercal est contraint de se modérer dans ses propositions car ils savent bien combien cela coûte et que cela va peser sur eux du moins c'est ce qu'ils disent. Ce n'est pas le cas d'EEC qui ne supporte pas le déficit du système électrique (...). Il faut cependant relativiser ce propos car Enercal est in fine détenu par la NC, et s'il existe des dettes trop fortes, les actionnaires devront venir combler les déficits. Les tarifs n'ont pas évolué depuis 2008 (...) L'audit de la CRE permettra de savoir si l'électricité est trop chère en Nouvelle-Calédonie ou non et de remettre ces questions sur la table »⁴⁷.
58. La société EEC critique quant à elle l'organisation du système électrique calédonien. D'une part, elle déplore que : « Le régulateur du système électrique qui est le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie soit également actionnaire majoritaire de la société Enercal, principal concurrent d'EEC ». Elle précise : « Le fait que ce soit l'actionnaire majoritaire d'Enercal qui fixe les règles de rentabilité et de rémunération des concurrents d'Enercal est en soi source de difficultés, lesquelles sont d'autant plus importantes qu'ENERCAL peut utiliser les revenus qu'elle tire de son activité de transport (dont elle est la seule à pouvoir bénéficier) pour agir sur le marché de la distribution électrique. Cette possibilité de subventions croisées est de nature à gravement nuire à la concurrence sur le marché de la distribution d'électricité, au détriment des concurrents d'Enercal et ce d'autant plus en présence d'un régulateur qui n'est pas indépendant ».
59. D'autre part, la société EEC considère que : « Le système électrique calédonien et la réglementation applicable au secteur de l'énergie ne sont pas satisfaisants dans la mesure où l'organisation du marché et la répartition des rôles et responsabilités des différents acteurs, que ce soit le Gouvernement, la Dimenc ou ENERCAL ... ont conduit à donner à ENERCAL une position dominante dans le système électrique calédonien, position dominante qui pourrait également rapidement concerner le marché de la distribution, avec la parution du dernier arrêté du 26 mars 2019 »⁴⁸.
60. Interrogés au cours de la séance sur ces critiques et en particulier l'organisation du système électrique calédonien et la réglementation applicable, le commissaire du gouvernement a tout d'abord rappelé que la problématique est relativement récente, car jusqu'à très récemment, les communes reconduisaient systématiquement les concessions accordées aux opérateurs historiques (EEC et Enercal) sans mise en concurrence. C'est à l'occasion d'un recours en référé

⁴⁵ Voir la réponse de la société Enercal au questionnaire (annexe 44).

⁴⁶ *Ib idem.*

⁴⁷ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la DIMENC (annexe 10).

⁴⁸ Voir la réponse de la société EEC au questionnaire (annexe 55).

devant le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie porté par la société EEC à l'encontre de l'attribution de la concession de la commune de Yaté au profit de la société Enercal qu'il est apparu indispensable que les communes respectent les principes de la commande publique et procèdent à une mise en concurrence pour l'attribution des concessions d'énergie électrique « dès lors qu'il n'existe pas un motif d'intérêt général justifiant une dérogation aux principes fondamentaux de la commande publique »⁴⁹. Le juge administratif a ainsi considéré dans d'autres jugements plus récents que la configuration du réseau de distribution d'électricité dans certaines communes rurales pouvait constituer une dérogation à cette obligation de mise en concurrence de sorte que certains contrats ont été renouvelés pour vingt ans au profit de la société Enercal sans mise en concurrence⁵⁰.

61. S'agissant spécifiquement de l'impact de l'organisation du système électrique sur le fonctionnement des marchés de l'énergie électrique, le commissaire du gouvernement a précisé que la Commission de régulation de l'énergie (CRE) métropolitaine avait été missionnée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, dans le cadre d'une convention d'assistance pluriannuelle signée en 2017, pour expertiser notamment la performance des deux opérateurs et formuler à partir de cette analyse des recommandations quant à l'organisation du secteur électrique et l'évolution du modèle tarifaire. Une évolution de la réglementation pourrait donc être envisageable dans les mois qui suivront la remise du rapport de la CRE, prévue d'ici le mois de septembre 2019.
62. Cette potentielle réforme réglementaire et tarifaire devrait également prendre en considération l'évolution rapide des marchés de l'électricité en Nouvelle-Calédonie sous l'impulsion du schéma de transition énergétique qui vise notamment une production de source renouvelable représentant 100 % de la consommation d'électricité de la distribution publique et l'autonomie électrique dans les îles à l'horizon 2030⁵¹.

C. Comparaison du secteur de l'énergie électrique calédonien avec celui d'autres territoires insulaires

63. Les îles ou territoires d'Outre-Mer français⁵² qui ne sont pas connectés au réseau d'électricité continental sont qualifiés de zones insulaires non interconnectées (« ZNI »).
64. Les ZNI présentent des spécificités techniques et économiques par rapport à la métropole en raison de leurs caractéristiques climatiques et géographiques, les contraintes logistiques

⁴⁹ Tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie, 20 décembre 2016.

⁵⁰ Des recours en cassation initiés par la société EEC sont pendants devant le Conseil d'Etat sur ces décisions.

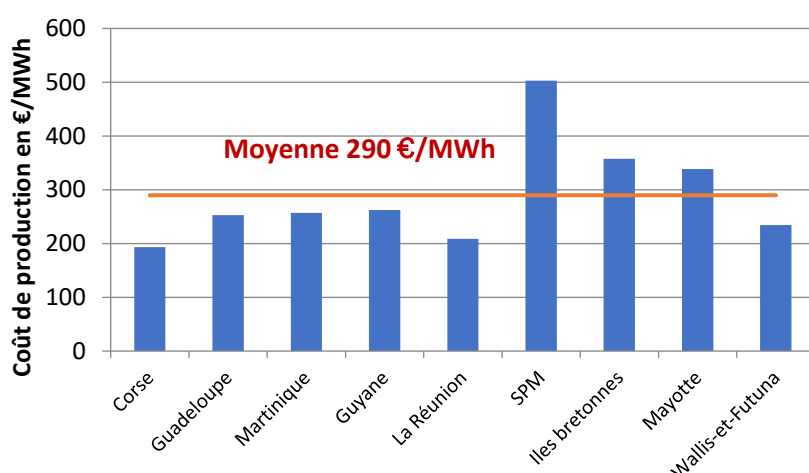
⁵¹ Voir le communiqué du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie consacré au STENC : <https://gouv.nc/dossiers/le-schema-pour-la-transition-energetique-de-la-nouvelle-caledonie>.

⁵² La Corse, la Martinique, la Guadeloupe, la Réunion, la Guyane, Mayotte, Wallis-et-Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin, Saint-Barthélemy, les îles bretonnes de Molène, d'Ouessant, de Sein et l'île anglo-normande de Chausey sont des zones insulaires non interconnectées : zones insulaires non interconnectées au réseau électrique métropolitain français (ZNI).

associées ainsi que la petite taille des systèmes électriques qui les rapprochent des caractéristiques de la Nouvelle-Calédonie⁵³.

65. Ces spécificités justifient de recourir à des solutions technologiques adaptées, qui sont généralement différentes de celles développées en France métropolitaine et qui se traduisent par des coûts de production plus élevés.
66. Ainsi, le coût de production moyen dans les ZNI est estimé, en 2016, à 290 euros/MWh contre 60 euros/MWh en métropole alors qu'il est évalué à 166 euros/MWh en Nouvelle-Calédonie selon les données transmises par la DIMENC.

Graphique n° 8 : Coût de production moyen dans les ZNI en 2016



Source : Commission de régulation de l'énergie métropolitaine

67. S'agissant des règles applicables, un cadre dérogatoire pour les ZNI différent de celui de la métropole a été mis en place. En particulier, l'obligation légale imposant la séparation des activités des gestionnaires du réseau de distribution et des activités de transport de l'électricité n'est pas applicable. Ainsi, dans ces territoires, les opérateurs historiques, EDF Systèmes énergétiques insulaires (EDF SEI) dans l'ensemble des ZNI sauf à Mayotte (Électricité de Mayotte, EDM) et à Wallis et Futuna (Eau et Electricité de Wallis et Futuna, EEWf) sont, à la fois, producteur, gestionnaire de réseau et distributeur/fournisseur d'électricité⁵⁴. Il s'agit donc d'opérateur intégré sur l'ensemble de la chaîne de valeur, à l'instar d'Enercal en Nouvelle-Calédonie. Néanmoins, d'autres producteurs opèrent sur ces territoires et vendent leur

⁵³ La société Enercal a confirmé, en réponse au questionnaire du service d'instruction, qu'en Nouvelle-Calédonie « A la différence de la métropole, les opérateurs de distribution ne disposent pas d'un monopole de droit et l'autorité concédante peut mettre en concurrence la concession. A noter que la vente au détail de l'énergie aux clients n'est pas ouverte à la concurrence mais est par contre confiée de manière exclusive au titulaire de la concession à la différence de la métropole sachant que le tarif public est fixé réglementairement par la Nouvelle-Calédonie dans le cadre de la régulation du système tarifaire. Cette situation est identique à celle des Départements d'Outre-Mer (DOM) et des îles européennes ». Il est renvoyé à l'avis de l'Autorité polynésienne de la concurrence n° 2018-AO-03 du 10 août 2018 précité pour une présentation du fonctionnement et de la réglementation du secteur de l'électricité en Polynésie française.

⁵⁴ Voir les fiches de la Commission de régulation de l'énergie relatives aux zones non interconnectées 18 janvier 2018 (annexe 42).

électricité aux opérateurs historiques dans le cadre (i) de contrats d'achat conclus en application d'arrêtés tarifaires ou d'appels d'offres ou (ii) de contrats de gré à gré. En 2016, ces producteurs assuraient l'essentiel (68 %) de la production de ces territoires⁵⁵.

68. Le système électrique calédonien et l'organisation de ses acteurs est donc assez proche de celui que l'on retrouve dans les DOM même s'il faut souligner plusieurs différences notables.
69. En premier lieu, contrairement à la Nouvelle-Calédonie, les DOM bénéficient de la péréquation tarifaire nationale qui permet aux consommateurs d'acheter l'électricité quasiment au même tarif que le consommateur situé en métropole.

De ce fait, les experts de la CRE mettent en avant que : « *Les tarifs de l'électricité sont significativement inférieurs dans les DOM, avec par conséquent une charge moindre du poste électricité dans le budget des ménages, mais également des incitations moins importantes à la réduction de la consommation ou à l'investissement dans de la production photovoltaïque résidentielle en autoconsommation* »⁵⁶. En pratique, l'écart entre les recettes et les coûts réels de production des opérateurs locaux dans les DOM leur est reversé sous forme de compensation. Ce mécanisme de compensation est financé par la CSPE (Contribution au Service Public de l'Électricité), une contribution nationale répercutée dans chacune des factures d'électricité des consommateurs à hauteur environ de 16 % de son montant total.

70. Le tableau ci-après montre ainsi une péréquation quasi-parfaite entre les DOM et la métropole, en prenant pour exemple le prix payé par un consommateur, pour une puissance du compteur de 6 kVA (la puissance la plus répandue).

**Tableau n° 3 : Prix TTC du KWh pour une puissance de compteur de 6 kVA
(Consommateur - usage domestique) au 17/1/2018**

	Option de base		Option heures pleines : heures creuses		
	Abonnement annuel TTC (en €)	Prix TTC du KWh (en c€)	Abonnement annuel TTC (en €)	Prix TTC du KWh heures pleines (en c€)	Prix TTC du KWh heures creuses (en c€)
Métropole	102	14,66	116	15,93	12,52
Corse	102	13,43	111	14,60	11,48
Guyane	117	13,34	127	14,60	11,25
Réunion	101	13,54	111	14,69	11,61
Martinique	103	13,93	138	15,09	11,97
Guadeloupe	103	13,60	138	14,77	11,64

Source : Engie⁵⁷

71. Il convient de souligner qu'en Nouvelle-Calédonie, le consommateur, qui ne bénéficie pas de la péréquation nationale, ne paie pas d'abonnement mais un prix unitaire au KWh consommé (32,24 FCFP soit 27,01 c€) auquel s'ajoute une prime fixe (kVA unitaire) d'un montant de 452 F.CFP (soit 3,78 €), une redevance de comptage et une taxe communale.

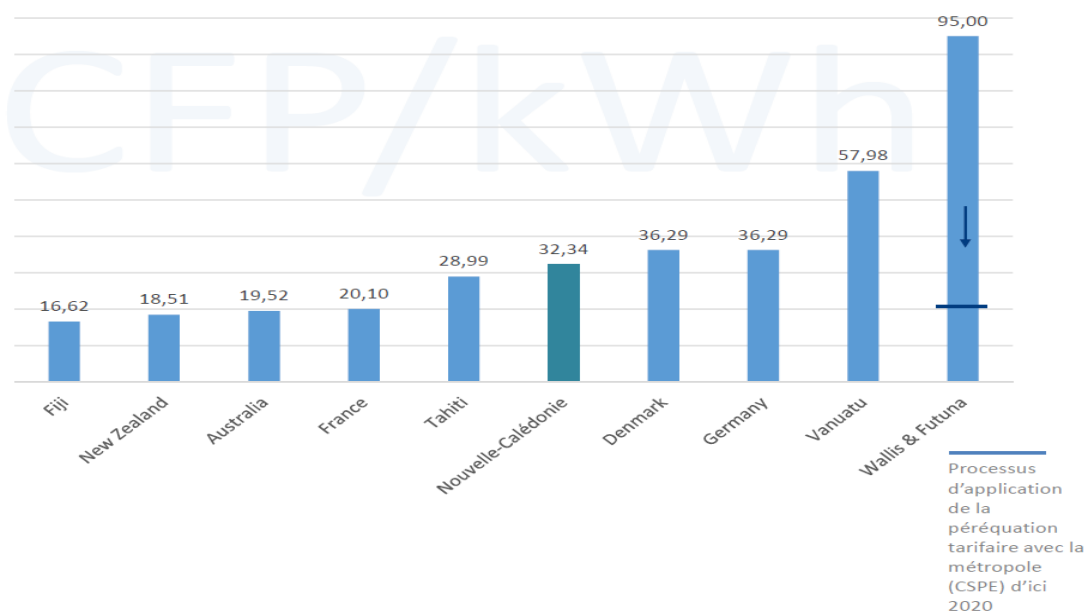
⁵⁵ Voir les Propositions de la CRE relatives aux zones non interconnectées 18 janvier 2018(annexe 42).

⁵⁶ Voir la réponse de la CRE (annexe 42).

⁵⁷ Voir le site internet : <https://www.happ-e.fr/actualites-electricite/univers-electricite/news-electricite/prix-electricite-outr-mer-metropole-differences>

72. Selon les estimations de la société Enercal, la comparaison des tarifs applicables au consommateur pour un usage domestique en 2018 entre la Nouvelle-Calédonie et d'autres territoires, notamment insulaires, montre un tarif plus élevé que dans les DOM (métropole) et qu'en Polynésie française – malgré un coût de production moindre (cf *supra*) – mais inférieur au tarif pratiqué au Vanuatu ou à Wallis & Futuna (avant péréquation tarifaire nationale prévue en 2020), comme le montre le schéma ci-après.

Graphique n° 9 : Tarifs de l'électricité à usage domestique (F.CFP/kWh) en 2018



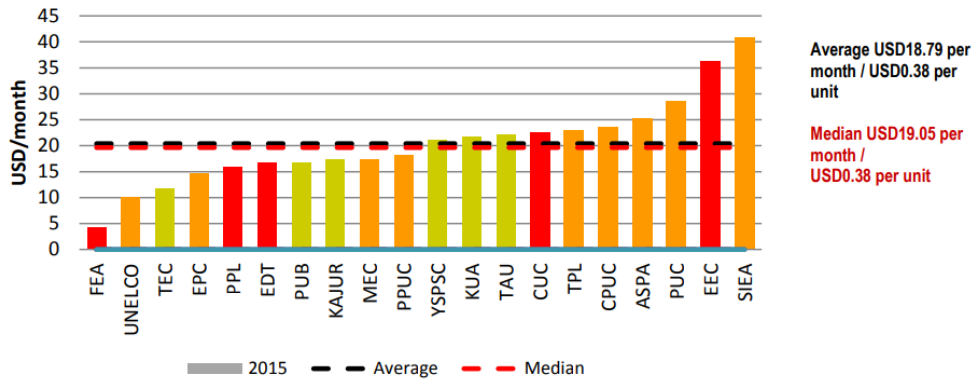
Source : Enercal⁵⁸

73. Sur la zone Pacifique, l'étude de l'association Pacific Power (PPA) en 2015 montre que, parmi les tarifs de l'électricité relevés dans 20 territoires, ceux de la Nouvelle-Calédonie se positionnent très différemment selon le niveau de consommation des usagers.
74. Ainsi, la Nouvelle-Calédonie (tarif EEC) est le deuxième territoire le plus cher pour les tarifs d'électricité à usage domestique correspondant à une très faible consommation de 60 KWh par mois (échelle la plus basse de l'étude), après les îles Salomon (SIEA) alors que la Polynésie Française propose le 6^e meilleur tarif (tarif EDT) comme le montre la figure 5.21 ci-après⁵⁹.

⁵⁸ Voir la réponse au questionnaire de la société ENERCAL : Présentation sur le système électrique calédonien bilan 2018 et perspectives du 16 avril 2019 lors de la conférence annuelle de presse d'Enercal (annexe 44).

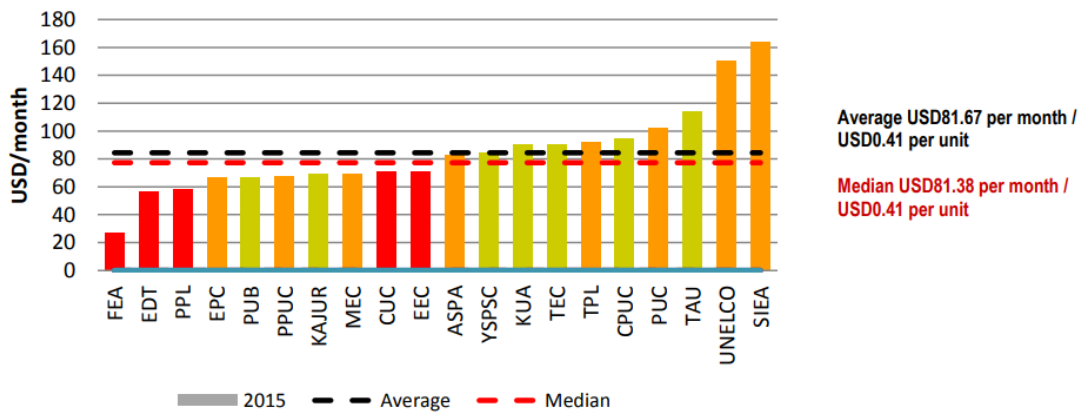
⁵⁹ Voir Power Pacific Association, « *Benchmarking report, 2017 Fiscal Year* » sur le site : http://apps.rmsi.com/OBM/Documents/2017-FY-Benchmarking-Report_181218.pdf. Sont ici étudiés les territoires de Fidji (FEA), Vanuatu (Unelco), Tuvalu (TEC), EPC (Samoa), Papuasie Nouvelle Guinée (PPL), Polynésie Française (EDT), Kiribati (PUB), Atoll de Kwajalein (KAJUR), Iles Marshall (MEC), archipel des Palaos (PPUC - micronésie), îles Yap (YSPSC – micronésie), île Kosrae (KUA - micronésie), îles Cook (TAU), îles Marianne du Nord (CUC), Tonga (TPL), île Chuuk (CPUC – micronésie), Samoa américaine (ASPA), île Ponpei (PUC-Micronésie), Nouvelle-Calédonie (EEC), îles Salomon (SIEA).

Figure 5.21: Domestic Consumer Cost (USD per month) 2015 for 50kWh Consumption



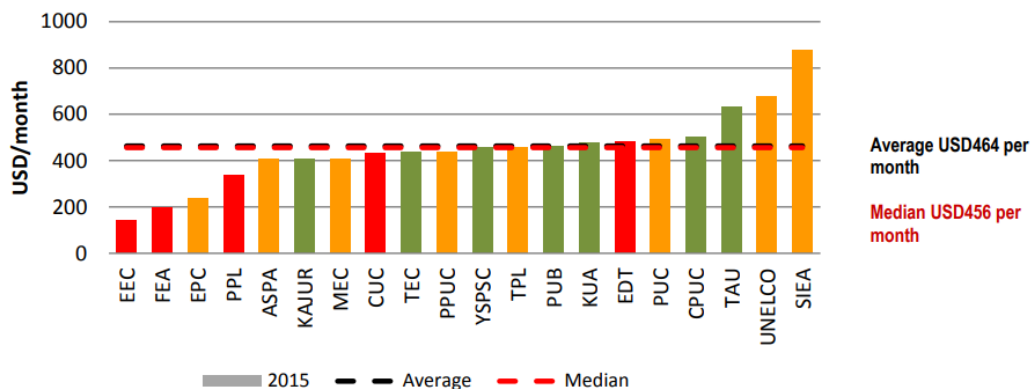
75. Pour une consommation domestique de 200 kWh par mois – qui reste relativement faible – les tarifs pratiqués en Nouvelle-Calédonie (EEC) se trouvent dans une situation médiane.

Figure 5.22: Domestic Consumer Cost (USD per month) 2015 for 200kWh Consumption



76. En revanche, la Nouvelle-Calédonie propose les meilleurs tarifs d'électricité à usage professionnel, pour une consommation de 1000 kWh par mois (voir EEC figure 5.23).

Figure 5.23: Commercial Consumer Cost (USD per month) 2015 for 1000kWh Consumption



77. En second lieu, l'absence de régulateur constitué sous la forme d'une autorité administrative indépendante en Nouvelle-Calédonie, contrairement à la Commission de régulation de l'électricité (CRE) compétente en métropole et dans les ZNI, soulève des difficultés.

78. En troisième lieu, ils soulignent que l'existence du STENC, qui fixe à travers la programmation pluriannuelle des investissements (« PPI »)⁶⁰, « *des trajectoires ambitieuses de développement du photovoltaïque, est en train de modifier considérablement le paradigme du système électrique calédonien, tant en termes de problématiques de gestion du système électrique qu'en termes de coûts. De telles ruptures ne sont pas encore constatées dans les DOM* »⁶¹.
79. En dernier lieu, la présence en Nouvelle-Calédonie de deux acteurs en concurrence sur l'activité distribution d'énergie électrique est une spécificité qui n'existe pas dans les DOM, où l'opérateur historique est, comme indiqué *supra*, en monopole régulé sur ces segments⁶². Cette spécificité calédonienne est d'une acuité particulière s'agissant du renouvellement des concessions de distribution d'énergie électrique comme celle de la commune de Nouméa.

D. La concession de la distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa

1. La concession est historiquement attribuée à la société EEC

80. Le service de distribution de l'électricité de la commune de Nouméa est raccordé au réseau de transport de la Nouvelle-Calédonie opéré par Enercal et s'insère dans le système de distribution du Grand Nouméa exploité par la société EEC qui comprend les communes de Nouméa, du Mont-Dore et de l'est de Dumbéa (voir le graphique n°10 ci-après).
81. La concession de la commune de Nouméa est incontestablement la concession la plus importante du territoire. Les représentants de la Mairie de Nouméa ont indiqué : « *Nous avons 45.000 clients pour 100.000 habitants dans la commune. Il y a également une forte activité industrielle qui est concentrée sur la commune* »⁶³.
82. Il y a lieu de souligner que l'attribution de la concession de la distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa n'a jamais fait l'objet d'une mise en concurrence avant l'appel d'offres lancé le 14 janvier 2019. Cette concession a toujours été attribuée à la société EEC puis renouvelée depuis 90 ans⁶⁴.

⁶⁰ La PPI traduit les volontés d'investissement et de développement des filières énergétiques sur la période 2016 à 2030. C'est l'outil de pilotage du gouvernement en matière de développement du parc de production électrique de la Nouvelle-Calédonie.

<https://maitrise-energie.nc/mots-cles/ppi>

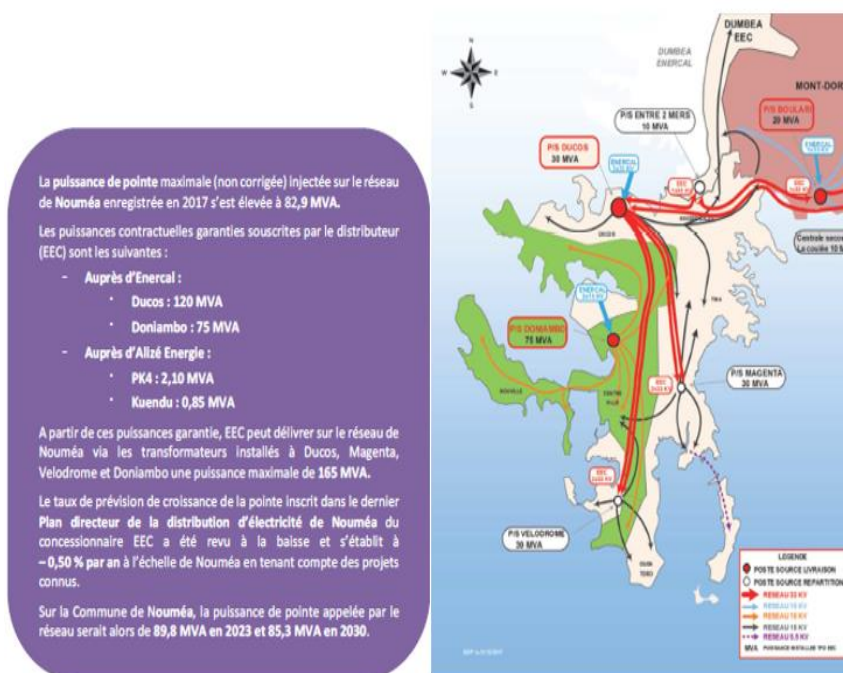
⁶¹ Voir la réponse de la CRE (annexe 42).

⁶² En Polynésie française, la distribution et la fourniture d'énergie électrique constituent un service public, organisé soit par intervention directe de personnes publiques (pays, communes ou groupements de communes) en régie, soit par un système de mise en concurrence « pour le marché », au moyen de concessions et d'affermages. Les activités de distribution et de fourniture de l'énergie ne sont pas séparées dans ces modes d'exploitation. Voir l'avis de l'Autorité de la concurrence de Polynésie française du 10 août 2018 précité (points 27 et 28).

⁶³ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la commune de Nouméa du 29 mars 2019 (annexe 25).

⁶⁴ Voir la réponse au questionnaire de la société Enercal (annexe 44).

Graphique n° 10 : Le service de distribution de l'électricité de la commune de Nouméa

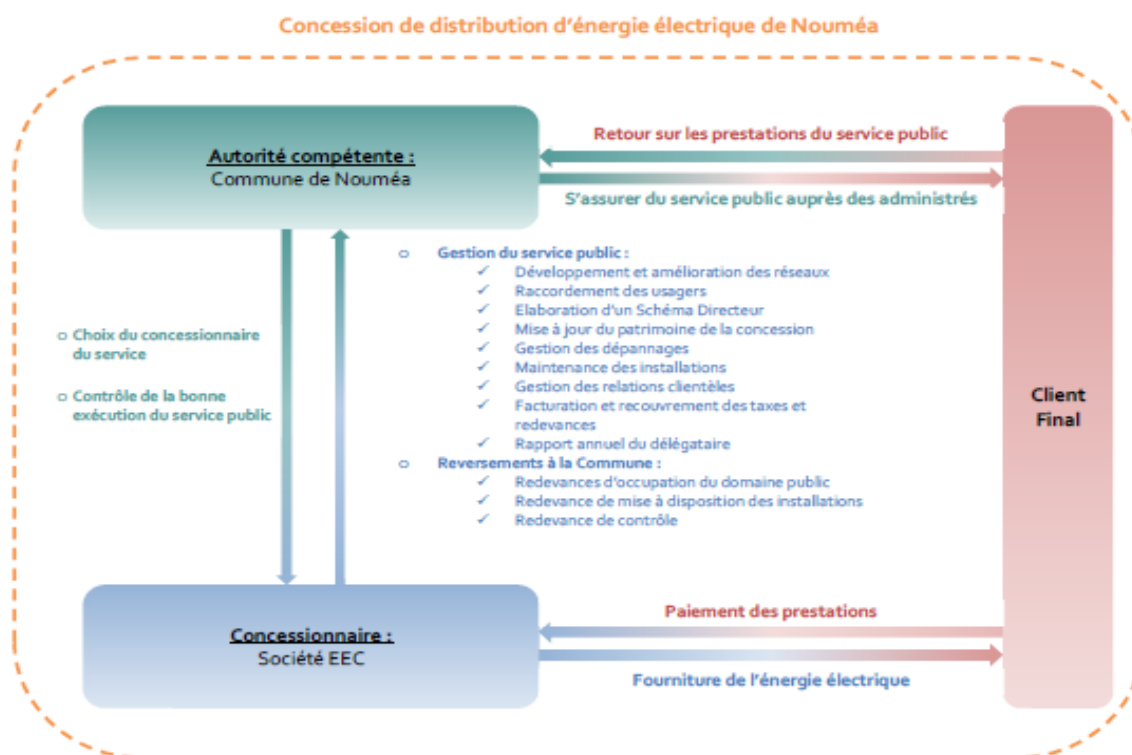


Source : Commune de Nouméa, RPQS 2017

83. La dernière convention par laquelle la commune de Nouméa a confié à la société EEC la gestion de la distribution d'énergie électrique a été signée le 15 décembre 2000 pour une durée de 20 ans.
84. En application de cette convention, la société EEC est responsable :
- de la mise en place, du renforcement et de l'extension du réseau de distribution d'électricité pour répondre en permanence aux besoins des utilisateurs ;
 - de l'exploitation et de l'entretien du réseau de distribution ;
 - de la gestion des usagers et du recouvrement des redevances payées par les usagers en contrepartie du service rendu.
85. En application de ce contrat de concession, la commune de Nouméa perçoit trois catégories de redevances auprès de la société EEC : une redevance d'occupation du domaine public pour les ouvrages du réseau de distribution d'énergie électrique, une redevance de mise à disposition d'ouvrages et une redevance de contrôle, assises sur la marge commerciale réalisée par le concessionnaire⁶⁵. En 2016, le montant de ces trois redevances représentait 12 % de la marge commerciale du concessionnaire.

⁶⁵ Les représentants de la commune de Nouméa ont distingué trois redevances dans l'actuel contrat de concession: « la redevance d'occupation du domaine public (il s'agit d'une valorisation du foncier, i.e., lignes aériennes et sous terraines), elle est définie dans le contrat, la redevance de mise à disposition des ouvrages, il s'agit d'un pourcentage de la marge commerciale de l'opérateur 6,2%, la marge commerciale étant définie dans le contrat et la redevance de contrôle, il s'agit d'une redevance pour assurer le suivi et le contrôle du contrat (poste de M. Caron et services de contrôle et de suivi de la concession) ». Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la commune de Nouméa du 29 mars 2019 (annexe 25).

Graphique n° 11 : Obligations réciproques prévues par la convention de concession



Source : commune de Nouméa

86. La concession de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa fait l'objet, sur la base du rapport annuel remis par le délégataire, d'un audit annuel par un prestataire externe et également d'un rapport « *Prix et Qualité du Service* » (RPQS)⁶⁶ qui est discuté au sein de la commission consultative des services publics de la commune de Nouméa en présence des associations de consommateurs (UFC-Que choisir NC et Ensemble Pour la Planète (« EPLP »))⁶⁷.
87. Ce contrat de concession a été modifié par trois avenants :
- l'*avenant n°1 du 30 juin 2003* qui concerne la mise en place des modalités de contrôle de la concession de distribution publique d'énergie et la mise à jour des redevances reversées au concédant ;
 - l'*avenant n°2 du 17 mars 2011* qui instaure une définition des biens de retour, une modification du calcul de la redevance annuelle d'occupation du domaine public ; une définition de la marge commerciale et une modification de certaines modalités techniques ;
 - l'*avenant n°3 du 20 juin 2017* qui prévoit un renforcement du cadre du suivi du service public ainsi qu'une précision des dispositions de fin de contrat⁶⁸.

⁶⁶ Voir le RPQS remis par la commune de Nouméa lors de son audition pour l'année 2017 (annexe 28).

⁶⁷ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la commune de Nouméa du 29 mars 2019 (annexe 25).

⁶⁸ Voir le RPQS remis par la commune de Nouméa lors de son audition pour l'année 2017 (annexe 28).

88. Le contrat de concession est toujours en vigueur mais il viendra à échéance le 31 décembre 2020, ce qui a conduit la Mairie de Nouméa à lancer une procédure de renouvellement assortie, pour la première fois, d'un appel public à la concurrence.

2. La procédure de renouvellement de la concession a été abandonnée

89. Dans le cadre du renouvellement de la délégation de service public, les services de la commune de Nouméa ont lancé un avis d'appel à candidatures par voie de presse le 14 janvier 2019⁶⁹. L'appel à candidature a été publié dans les Nouvelles-Calédoniennes. Il est également paru au Journal officiel de l'Union Européenne mais il n'y a pas eu de manifestation d'intérêt de la part d'opérateurs étrangers⁷⁰.

90. La délégation de service public sera consentie pour une durée de quinze ans à compter du 1^{er} janvier 2021⁷¹.

91. Le dossier de consultation est constitué des documents suivants :

- le règlement de la consultation daté de décembre 2018⁷² ;
- le cahier des charges⁷³;
- un dossier technique décrivant le service public concédé qui contient les données descriptives des principaux ouvrages du service à jour du 31 décembre 2017⁷⁴.

92. La commune de Nouméa a également prévu de transmettre aux entreprises candidates des informations complémentaires concernant notamment des données relatives au personnel, aux contrats (i.e., contrats d'achat d'électricité en cours avec les producteurs ou contrats de fourniture d'énergie électrique avec le transporteur) uniquement après la transmission de l'engagement de confidentialité, complété et signé, qui est joint en annexe n°1 au règlement de la consultation.

93. Selon le règlement de consultation, les missions confiées au futur concessionnaire sont les suivantes :

– *« la distribution et l'alimentation de tous les usagers du service de distribution publique d'électricité ;*

– *l'exploitation des ouvrages de distribution publique d'électricité situés sur le périmètre concédé ;*

– *le raccordement, le contrôle (de la conception au suivi de travaux) et la réception des nouveaux ouvrages dans le périmètre concédé, au-dessus, ou au-dessous des voies publiques*

⁶⁹ Voir la lettre de saisine de la commune de Nouméa du 17 janvier 2019 (annexe 01).

⁷⁰ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la commune de Nouméa du 29 mars 2019 (annexe 25).

⁷¹ Le contrat de concession commencera à courir courant 2020 à compter de sa notification au futur concessionnaire (annexe 4).

⁷² (annexe 4).

⁷³ Voir le cahier des charges (annexe 4). Ce cahier des charges de la concession en cours de renouvellement est conforme à l'arrêté n°2019-355-GNC relatif au cahier des charges type de concession de distribution publique de l'énergie électrique du 19 février 2019 Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la DIMENC du 15 mars 2019.

⁷⁴ Voir le dossier technique (annexe 4).

et de leurs dépendances, des ouvrages ou canalisations destinés à la distribution de l'énergie électrique ;

– l'établissement des ouvrages et canalisations identifiés dans le schéma directeur ;

– l'entretien, dans le périmètre concédé, au-dessus, ou au-dessous des voies publiques et de leurs dépendances, des ouvrages ou canalisations destinés à la distribution de l'énergie électrique ;

– la mise en place des contrats et conventions nécessaires à l'alimentation du réseau de distribution d'électricité concédé ;

– la fourniture en électricité sans discontinuité de l'ensemble des clients du service concédé ; la gestion des clients du service concédé ;

– la facturation et le recouvrement des sommes dues par les clients du service en contrepartie du service rendu ; la transmission aux autorités compétentes de l'ensemble des informations prévues dans le cadre du système électrique de Nouvelle-Calédonie ;

– l'information de l'Autorité concédante sur l'ensemble des aspects techniques et financiers liés au service de distribution d'électricité conformément au contrat de la concession »

94. Le règlement de la consultation précise que les offres des candidats seront jugées au regard des critères suivants :

- Qualité technique des prestations,
- Intégration de la transition énergétique,
- Performance clientèle,
- Caractère innovant de l'offre,
- Intégration esthétique des ouvrages,
- Volet financier ⁷⁵.

95. Par arrêté municipal, la commune de Nouméa a constitué un « Comité de Pilotage »⁷⁶ en charge du pilotage de la procédure composé de « personnes qualifiées, élus et agents des services de la commune » dont le rôle est « d'assister Madame le Maire avant que le choix final du concessionnaire soit voté par le conseil municipal sur proposition de Madame le Maire. ». L'ensemble de ces personnes sont tenues par des obligations de confidentialité⁷⁷.

⁷⁵ Etant précisé que ce dernier critère « sera notamment apprécié au regard des frais facturés aux abonnés, des frais généraux appliqués et des moyens que le candidat propose pour assurer une transparence financière dans la gestion du service public concédé (par exemple s'agissant de l'affectation des charges au périmètre de la concession de Nouméa) et les moyens proposés par le candidat pour y parvenir ». Voir le point 6.2 du règlement de la consultation (annexe 4)

⁷⁶ Voir l'arrêté municipal n° 2019/714 du 5 mars 2019 (annexe 30).

⁷⁷ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la commune de Nouméa du 29 mars 2019 (annexe 25).

96. Le calendrier initial de procédure communiqué par les services de la Mairie de Nouméa lors de leur audition⁷⁸ était le suivant :

Phase	Délais
Phase consultation	14 janvier au 23 avril
Ouverture des candidatures en COPIL	24 avril
Analyse des candidatures	24 avril au 3 mai
Présentation en COPIL de l'analyse des candidatures et ouvertures des offres retenues	6 mai
Analyse des offres	7 mai au 14 juin
Présentation des offres en COPIL	17 juin
Phase de négociation avec les candidats	18 juin – 10 juillet
Validation par le Conseil Municipal	Septembre 2019

Source : commune de Nouméa

115. Ce calendrier a été décalé d'une semaine à la demande des candidats.
116. Il ressort de l'instruction qu'un certain nombre d'entreprises ont retiré le dossier de consultation qui était consultable en ligne sur le site marchespublics.nc⁷⁹.
117. Toutefois, en pratique, seules deux sociétés, les sociétés EEC et Enercal, ont signé l'engagement de confidentialité qui permet d'accéder à des données plus précises sur la concession. Les représentants de la Mairie de Nouméa ont confirmé que : « *Les deux seuls candidats sérieux sont EEC et ENERCAL. Seuls EEC et ENERCAL ont signé l'engagement de confidentialité. Nous sommes certains qu'il s'agit donc des deux seules entreprises qui sont susceptibles de rendre une offre* »⁸⁰.
118. Les représentants de la DIMENC et de la Mairie de Nouméa ont expliqué que la société Quadran a pu présenter un certain intérêt au renouvellement de la concession de la commune de Nouméa mais qui ne s'est finalement pas concrétisé⁸¹.
119. Finalement, cette procédure d'appel à candidatures a été annulée par la Mairie de Nouméa le 26 avril 2019 en raison de l'adoption, par le gouvernement, de l'arrêté n° 2019-747-GNC du 26 mars 2019 modifiant les règles de calcul des tarifs de vente d'électricité, la Mairie considérant qu'il venait bouleverser les conditions initiales du marché.

⁷⁸ Ce calendrier a été décalé de dix jours par rapport au calendrier initial de la saisine et il est, en tout état de cause, devenu caduc.

⁷⁹ La liste de ces entreprises a été remise en pièces-jointes au procès-verbal d'audition de la commune de Nouméa, « *retrait de consultation* » (annexe 41 *confidentielle*). Il s'agit, hormis les sociétés ENERCAL et EEC, d'après les représentants de la commune de Nouméa de petites sociétés ou de sous-traitants potentiels.

⁸⁰ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la commune de Nouméa du 29 mars 2019 (annexe 25).

⁸¹ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de DIMENC du 15 mars 2019 (annexe 9).

II. Examen de la demande d'avis

120. La commune de Nouméa a sollicité l'avis de l'Autorité sur les trois questions suivantes :
- « *Quels seraient dans le cadre de la procédure de renouvellement du contrat de distribution d'énergie électrique de la ville de Nouméa, les risques éventuels d'atteinte aux principes de l'égalité de traitement des candidats et du droit de la concurrence ?* » ;
 - « *Le dossier de consultation et les modalités de publicité retenues par la ville de Nouméa vous paraissent-ils présenter les garanties suffisantes pour que soient respectés à la fois la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures ?* » ;
 - « *Quels seraient, au regard de la gouvernance et de la composition capitalistique des candidats, les points de vigilance et/ou risques éventuels, type conflit d'intérêt, auxquels la Ville de Nouméa devrait se prémunir au cours de la procédure d'attribution ?* ».
121. Afin de répondre à ces questions, l'Autorité rappellera tout d'abord les règles relatives à l'application du droit de la concurrence aux actes des collectivités publiques, tels ceux de la commune de Nouméa en l'espèce (A).
122. Elle présentera ensuite les risques potentiels d'atteinte à la concurrence du fait des liens capitalistiques entre les candidats et de leur comportement dans le cadre de la procédure de renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique de la ville de Nouméa (B).
123. Elle analysera enfin les risques potentiels d'atteinte à la concurrence résultant de l'organisation du secteur de l'électricité et leurs éventuelles conséquences sur la procédure en cause (C).
124. Dans ce cadre, elle formulera des recommandations à l'égard de la commune de Nouméa pour l'encourager à la vigilance.

A. Les règles de la concurrence à respecter par la commune de Nouméa

1. Les principes généraux de l'applicabilité et de l'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques

125. L'article Lp. 410-1 du code de commerce soumet aux règles définies au titre II du livre IV du code de commerce, 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 délégation de service public* » (soulignement ajouté).
126. Cet article consacre la vocation généraliste du droit de la concurrence qui est applicable à toute entité exerçant une activité de production, de distribution ou de service, quelle que soit sa nature ou sa forme juridique. La seule condition posée est que cette entité qui exerce une activité économique dispose d'une autonomie commerciale et de gestion pleine et entière, c'est à dire qu'elle soit capable de se comporter comme un opérateur indépendant. L'article Lp. 410-1 du code de commerce prend bien soin de préciser que le droit de la concurrence est applicable aux

personnes publiques exerçant une activité économique, notamment dans le cadre de conventions de délégation du service public⁸².

127. A l'inverse, selon une jurisprudence constante, 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. Le droit de la concurrence n'est dès lors pas *directement* applicable.
128. Depuis l'arrêt *Million et Marais*⁸³, le Conseil d'Etat admet néanmoins que le droit de la concurrence puisse être *opposable* aux décisions prises dans le cadre de prérogatives de puissance publique, qu'elles soient de nature contractuelle⁸⁴ ou réglementaire⁸⁵. L'opposabilité du droit de la concurrence conduit le juge à apprécier les effets des décisions et pratiques administratives au regard du droit de la concurrence qui, sans être directement applicable, doit être respecté par la collectivité et les entreprises destinataires de ses décisions.
129. Le juge administratif peut ainsi 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. Tel est par exemple le cas d'un acte administratif conduisant à placer un opérateur public ou privé en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante sur un marché pertinent⁸⁶. Avant de rendre sa décision sur l'opposabilité du droit de

⁸² C'est ainsi que le Conseil de la concurrence métropolitain a rappelé que : « *Le droit de la concurrence sera donc pleinement applicable à la procédure de délégation de service public lancée par la communauté d'agglomération de Caen, dans la mesure où des pratiques interdites par l'article L. 420-1 seraient mises à jour* ». Voir l'avis n°03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public (point 9).

⁸³ Voir l'arrêt du Conseil d'Etat *société Million et Marais* du 3 novembre 1997 (cas d'un contrat de délégation de service public).

⁸⁴ *Ib idem*.

⁸⁵ Voir l'arrêt du Conseil d'Etat *Mairie de Bayonne et société L & P Publicité* du 22 novembre 2000 (cas d'arrêtés limitant le nombre des emplacements d'affichage ayant pour effet de créer une position dominante).

⁸⁶ L'abus de position dominante automatique implique que la collectivité, en attribuant des droits exclusifs ou spéciaux, ou en insérant certaines clauses dans un contrat public, place l'entreprise concernée dans une situation d'abus de position dominante. Fréquemment évoqué, l'abus de position dominante automatique reste rarement reconnu par le juge administratif dans la mesure où il implique de démontrer la création ou l'existence d'une position dominante, l'abus, et le lien de causalité entre cet abus et l'acte administratif en cause. Le Conseil d'Etat utilise une formule de principe et réaffirme systématiquement que « *le fait de créer une position dominante par l'octroi d'un droit exclusif n'est incompatible avec les règles du droit de la concurrence que si l'entreprise en cause est conduite, par le simple exercice du droit exclusif qui lui est conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive* » (CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, n° 218067). Ainsi, un contrat public qui crée une position dominante n'est pas illicite en lui-même, dès lors qu'il ne contient pas de disposition permettant directement et nécessairement au cocontractant d'être l'auteur d'une pratique abusive. Dans l'affaire « Million et Marais » précitée, le Conseil d'Etat avait par exemple refusé de reconnaître l'existence d'un abus de position dominante automatique. Le contrat litigieux, bien qu'attribuant un droit exclusif, était conclu pour une durée de six ans, renouvelable une fois et ne mettait pas la société en situation de contrevenir automatiquement aux règles applicables en matière de pratiques anticoncurrentielles. A l'inverse, le Conseil d'Etat a annulé un arrêté interministériel qui plaçait l'INSEE en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante sur le marché des fichiers de prospection de grande taille en raison de l'application d'un tarif de rémunération de ses prestations ayant pour effet d'empêcher ses concurrents (les rediffuseurs) de dégager une marge et donc de se maintenir sur le marché (Conseil d'Etat du 29 juillet 2002, *Sté CEGEDIM*, n° 200886). La doctrine a également consacré la notion d'« entente automatique », pour désigner des situations dans lesquelles une autorité publique impose ou

la concurrence aux actes ou 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, le juge administratif peut, le cas échéant, solliciter un avis de l'Autorité de la concurrence⁸⁷.

130. Il faut en effet souligner qu'en droit français, le contrôle des actes des personnes publiques au regard du droit de la concurrence est partagé entre la compétence des autorités de concurrence et celle du juge administratif. Cette répartition des compétences s'effectue en application du critère de détachabilité qui permet aux autorités de concurrence de connaître des pratiques anticoncurrentielles « *détachables de l'exercice de prérogatives de puissance publique* »⁸⁸. Sont considérées comme détachables les pratiques par lesquelles une personne publique exerce une activité économique tandis que leur examen n'implique aucune appréciation de la validité des actes administratifs⁸⁹. En l'absence de détachabilité, le juge administratif est seul compétent. De la même manière, les actes ou décisions des personnes publiques relatives à l'organisation même du service public relève de la compétence du juge administratif.⁹⁰
131. Pour conclure, le droit de la concurrence est applicable, et à tout le moins opposable, aux personnes publiques et la grille de partage des compétences juridictionnelles est la suivante :

– lorsque les pratiques ou la décision en cause traduisent l'exercice de prérogatives de puissance publique ou portent sur l'organisation même du service public, le juge administratif est exclusivement compétent pour apprécier la légalité de ces actes unilatéraux au regard du droit de la concurrence qui leur est opposable. Tel est particulièrement le cas, par exemple, des titres ou refus d'occupation du domaine public délivrés par les collectivités publiques. Il en est

favorise la conclusion d'ententes ou renforce les effets de telles ententes, mais également lorsqu'elle délègue à des opérateurs privés la responsabilité de décisions d'intervention économique (CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG*, n° 288460). Dans le cadre de la commande publique, une telle pratique a pu être reconnue par exemple à l'occasion d'un marché où la constitution d'un lot unique avait abouti automatiquement à la constitution d'un groupement momentané d'entreprises (TA Nice, 9 novembre 1988, *Préfet des Alpes-Maritimes*, n° 98-1897).

⁸⁷ En Nouvelle-Calédonie, l'avis de l'ACNC peut être sollicité par les juridictions dans les conditions définies par l'article Lp. 462-3 du code de commerce.

⁸⁸ Voir l'arrêt du tribunal des conflits, *Aéroport de Paris c/ TAT* du 18 octobre 1999, n° 03174 : « *Considérant que si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité, et le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques* ». En l'espèce, le Tribunal des conflits a notamment considéré que : « *sont détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, les pratiques d'ADP susceptibles de constituer un abus de position dominante consistant dans l'obligation faite à TAT d'utiliser les services d'assistance en escale de cet établissement public en substitution à ses personnels* ».

⁸⁹ En matière de commande publique, les autorités de concurrence sont compétentes dès lors que les pratiques mises en œuvre lors du dépôt d'une offre ne "constituent pas des actes administratifs et ne concernent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique" et que leur examen n'implique aucune appréciation de la validité des actes administratifs, Cour d'appel de Paris, *Sté Saturg*, 29 janvier 2002.

⁹⁰ Voir l'arrêt du tribunal des conflits du 4 mai 2009 *Sté Éditions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux*, n° 3714.

de même du choix et des modalités de mise en œuvre des procédures d'attribution de contrats publics⁹¹ comme de la décision d'attribuer ou non les contrats publics⁹² ;

– lorsque ces pratiques ou décisions unilatérales sont détachables de l'exercice de prérogatives de puissance publique et qu'elles présentent un caractère économique, l'Autorité de la concurrence est seule compétente pour contrôler le respect des règles de la concurrence⁹³. Tel est particulièrement le cas des pratiques anticoncurrentielles qui seraient mises en œuvre par une personne publique exerçant une activité économique ;

– lorsqu'une pratique commise ou une décision adoptée dans le cadre d'un contrat administratif ne traduit pas l'exercice de prérogatives de puissance publique ou ne porte pas sur l'organisation du service public et que son examen n'implique aucune appréciation de la validité des actes administratifs⁹⁴, l'Autorité de la concurrence sera compétente pour connaître des pratiques anticoncurrentielles commises par les parties, ce qui n'exclut toutefois pas la compétence du juge administratif en tant que juge du contrat. Tel est par exemple le cas des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par un opérateur attributaire d'une délégation de service public, lesquelles sont toujours considérées comme détachables de la gestion du domaine public⁹⁵ tandis que la légalité du contrat de délégation lui-même, notamment au regard du respect des règles de la concurrence, demeure de la compétence du juge administratif.

2. Les obligations de la commune de Nouméa au regard du droit de la concurrence

132. L'Autorité considère que l'ensemble des principes dégagés par la jurisprudence en matière d'applicabilité et d'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques est transposable en Nouvelle-Calédonie, les collectivités publiques calédoniennes étant soumises dans ces différentes hypothèses au respect des règles de concurrence fixées par le livre IV du code de commerce, en particulier des articles Lp. 421-1 (interdiction des ententes) et Lp. 421-2 (interdiction des abus de position dominante).

⁹¹ Voir par exemple la décision du Conseil de la concurrence n° 01-D-16, 24 avr. 2001, confirmée par la cour d'appel de Paris, 29 janv. 2002.

⁹² Voir Cass. com., 14 déc. 1993, n° 91-21.421, Sté Couach Plascoa

⁹³ Ainsi, dans sa décision « ADP » précitée, le Tribunal des conflits a considéré que les pratiques consistant pour Aéroports de Paris à obliger une compagnie aérienne à utiliser ses services en escale étaient détachables de l'appréciation d'un acte administratif et relevaient, par conséquent, de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. D'autres décisions ont illustré cette détachabilité des pratiques anticoncurrentielles du gestionnaire du domaine public. À titre d'exemple, dans l'affaire *Port autonome du Havre*, si le Conseil de la concurrence a estimé que le refus d'autoriser l'occupation du domaine public constituait un acte non détachable des prérogatives de puissance publique relevant de la compétence du juge administratif, il a néanmoins considéré que les tarifs pratiqués par le gestionnaire du domaine public relatifs aux redevances que les manutentionnaires doivent verser au port pour l'utilisation des outillages de déchargement relevaient de sa compétence (*Cons. conc., déc. n° 02-D-15, 1er mars 2002*).

⁹⁴ Cour d'appel de Paris, 29 janvier 2002, *Société Saturg* ; 2 juillet 2003, Régie départementale de transport de l'Ain ; 30 mars 2004, *Semiacs* ; Conseil de la concurrence, décision n° 07-D-49 du 19 décembre 2007

⁹⁵ Ainsi, les pratiques d'éviction mises en œuvre par des entreprises concessionnaires relèvent de la compétence des autorités de concurrence, dès lors qu'elles sont indépendantes des modalités d'organisation de ce service (*Voir Cass. com., 5 mars 1996, n° 94-17699, 94-17778, CCIR*).

133. La commune de Nouméa, comme toute collectivité publique, doit veiller à respecter les règles de la concurrence dans le cadre du renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique.
134. Consciente de cette nécessité, la commune de Nouméa interroge l'Autorité sur « *les risques éventuels d'atteinte aux principes de l'égalité de traitement des candidats et du droit de la concurrence* » dans le cadre de ce renouvellement (1^e question), en lui demandant plus spécifiquement son avis à travers la question suivante : « *Le dossier de consultation et les modalités de publicité retenues par la ville de Nouméa vous paraissent-ils présenter les garanties suffisantes pour que soient respectés à la fois la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures ?* » (2^e question).
135. Il ressort des principes dégagés précédemment que seul le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie est compétent pour apprécier la légalité du cahier des charges de la délégation de service public, des conditions de mise en concurrence des entreprises candidates, ainsi que des clauses du contrat de délégation établis par la commune de Nouméa au regard du droit de la concurrence comme au regard du droit de la commande publique⁹⁶.
136. Pour autant, le juge administratif, s'il était saisi d'un éventuel recours contre un acte de la commune de Nouméa relatif au renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique, pourrait éventuellement saisir l'Autorité pour avis.
137. En conséquence, dans le cadre de la présente demande d'avis, l'Autorité considère que, sans empiéter sur la compétence du juge administratif, elle peut répondre aux questions posées par la commune de Nouméa pour lui rappeler ses obligations au regard du droit de la concurrence et formuler, le cas échéant, des recommandations utiles pour l'avenir.
138. **En premier lieu, la commune de Nouméa doit éviter de mettre en place des conditions susceptibles de favoriser des échanges d'informations entre les soumissionnaires avant la publication du résultat de l'appel d'offres.**
139. Ainsi, ressort-il d'une jurisprudence constante que des échanges d'informations entre concurrents antérieurs à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence. C'est ainsi que l'Autorité de la concurrence métropolitaine considère que « *en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, l'entente anticoncurrentielle entre entreprises est établie dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles ont convenu de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence des compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur disponibilité en* »

⁹⁶ C'est ainsi que dans l'arrêt CAA Paris du 21 décembre 2018 *EEC c/ Commune de Poya* il a été rappelé : « *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* ».

personnel et en matériel, de leur intérêt ou de leur absence d'intérêt pour le marché considéré ou des prix qu'elles envisageaient de proposer. De telles pratiques sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence »⁹⁷.

140. Il en résulte que le simple fait de connaître ses concurrents et leur intérêt ou non pour le marché considéré peut limiter l'indépendance des offres.
141. Or, dans le cadre du renouvellement de la concession d'énergie électrique de la commune de Nouméa lancé le 14 janvier 2019, il est apparu que la commune avait prévu d'inviter tous les candidats à l'appel d'offres à participer à une visite commune pour reconnaître les principaux ouvrages concernés par la concession⁹⁸. En permettant ainsi à tous les soumissionnaires potentiels d'avoir connaissance de leurs concurrents et de leur intérêt potentiel pour le marché considéré, la commune de Nouméa aurait pu leur donner l'occasion d'avoir accès à des informations sensibles de nature à limiter l'indépendance des offres susceptibles de lui être envoyées. Toutefois, ce risque ne s'est pas réalisé en l'espèce, Enercal étant la seule entreprise ayant participé à la visite des installations actuellement gérées par EEC, laquelle était nécessairement présente.
142. Dès lors que la procédure de renouvellement lancée en janvier 2019 a été annulée, il n'est pas exclu que d'autres opérateurs qu'EEC et Enercal soumettent une offre dans le cadre du prochain appel d'offres qui sera lancé par la commune de Nouméa. L'Autorité lui recommande donc d'envisager, dans ce cadre, d'informer individuellement⁹⁹ les différents candidats en leur donnant accès aux mêmes informations et d'organiser des visites individuelles sur site, hors la présence du concessionnaire si possible, si plusieurs candidats potentiels se manifestent.

Recommandation n° 1 : éviter d'organiser des séances d'informations communes à toutes les entreprises susceptibles de candidater et privilégier des visites individuelles sur site, hors la présence du concessionnaire si possible, afin de ne pas favoriser l'échange d'informations entre concurrents susceptibles de limiter l'indépendance de leurs offres.

143. Dans le cadre d'appel d'offres, il arrive également que des intervenants à la procédure soient impliqués dans l'échange d'informations entre concurrents – parfois avec un intérêt financier dans le secteur concerné – et qu'ils reçoivent une partie des bénéfices. Cette hypothèse peut d'ailleurs conduire à sanctionner pénalement les personnes physiques impliquées au titre du délit de favoritisme ou de prise illégale d'intérêt. Il appartient donc à la collectivité publique, adjudicatrice, de rappeler aux différents intervenants à la procédure leurs obligations de confidentialité et de prendre des mesures propres à s'assurer d'une sélection des offres objective.

⁹⁷ Voir par exemple, la décision de l'Autorité métropolitaine de la concurrence n° 10-D-10 du 10 mars 2010 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier

⁹⁸ Il est, en effet, précisé au règlement de la consultation qu'une « *visite facultative des principaux ouvrages du service est prévue le 12 février en présence d'un représentant de la Ville de Nouméa sur une journée* » Voir le point 2.4 page 5 du règlement de la consultation. Dans les faits, deux visites ont été organisées le 7 mars et le 12 avril 2019 au cours de laquelle seules les sociétés EEC et Enercal ont participé aux côtés des services de la Ville de Nouméa. Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la Mairie de Nouméa du 29 mars 2019 (annexe 25).

⁹⁹ Ou en cas de multitude de candidats, en petits groupes.

144. En l'espèce, il ressort de l'instruction que la commune de Nouméa a souhaité prendre des précautions en instituant un comité de pilotage (COFIL) assisté d'un expert indépendant pour assurer le suivi de la procédure de renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique, en prévoyant spécifiquement des obligations de confidentialité rappelant à chaque membre du COFIL l'interdiction d'échanger de quelque manière que ce soit avec les opérateurs susceptibles de répondre à la procédure pendant la durée de cette procédure¹⁰⁰. De plus, les critères de sélection des candidatures étaient explicitement mentionnés par le cahier des charges lors de l'appel d'offres du 14 janvier 2019. Ces précautions devraient être maintenues lors du renouvellement de la procédure.
145. **En deuxième lieu, la commune de Nouméa doit s'abstenir, dans le cadre du renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique, d'approuver ou d'étendre une pratique anticoncurrentielle dont elle aurait connaissance.**
146. C'est ainsi que le pouvoir adjudicateur doit **veiller à ce que la délégation de service public ne soit pas attribuée à un candidat auteur d'une pratique anticoncurrentielle ou qui bénéficie d'un avantage concurrentiel immérité et illicite.**
147. A titre d'exemple, il ressort d'une jurisprudence constante que lorsque l'acheteur public apprend que des entreprises se sont concertées pour élaborer leurs offres, ce qui est de nature à constituer une entente anticoncurrentielle, il a l'obligation de les écarter au risque d'être sanctionné par le juge administratif à travers l'annulation de la décision d'attribution du marché. A moins que l'entente ne soit révélée et confirmée par une décision d'une autorité de concurrence, il appartient donc à la personne publique d'étudier avec attention les pièces du dossier pour écarter tout risque de pratique anticoncurrentielle.
148. Dans les faits, il peut être délicat pour l'acheteur public d'identifier une entente anticoncurrentielle. Dans certains cas, le juge administratif a exigé que la personne publique dispose d'un « *faisceau d'indices précis, graves et concordants* » révélateur d'une entente anticoncurrentielle pour écarter les candidats fautifs¹⁰¹. Dans une autre affaire, il a toutefois considéré que le seul fait d'avoir connaissance d'offres individuelles et d'une offre groupée par les mêmes entreprises sur les mêmes lots justifiait d'écarter les candidats à l'appel d'offres qui s'étaient nécessairement entendus¹⁰².
149. La commune de Nouméa doit également veiller à ne pas attribuer le contrat à une entreprise qui aurait abusé ou abusé de sa position dominante. En pratique, si la société sortante EEC avait commis un abus de position dominante dans le cadre de la précédente concession, la commune de Nouméa devrait s'abstenir de sélectionner son offre, ce choix étant susceptible d'avaliser ou de renforcer la pratique prohibée.

¹⁰⁰ Arrêté municipal n° 2019/714 du 5 mars 2019 instituant le comité de pilotage et obligations de confidentialité annexées (annexe 30).

¹⁰¹ TA Paris, 16 mars 2004, *Sté Renault véhicules industriels*, n° 030190216.

¹⁰² TA Bastia, 23 octobre 2006, *Sté Corsica Ferries*, n° 061190, 061191, 061220 : « *la présentation simultanée d'une offre individuelle et d'une offre groupée par les mêmes entreprises constitue par principe une atteinte à la libre concurrence par l'entente qu'elle implique nécessairement entre candidats à un contrat public.* » et Conseil d'Etat, 15 décembre 2006, n° 298618.

150. **Les actes de la collectivité publique ne doivent pas non plus entraîner la commission d'une pratique anticoncurrentielle « automatique » de la part du concessionnaire ou des candidats.**
151. La commune de Nouméa doit ainsi veiller à ce que le contrat de concession ne comporte aucune clause anticoncurrentielle dont le respect par le concessionnaire pourrait être constitutif d'un abus. Tel pourrait être le cas, par exemple, d'une clause du contrat de concession interdisant au concessionnaire, à l'occasion du renouvellement de l'appel d'offres, de donner accès à une infrastructure ou à des informations essentielles permettant à ses concurrents de formuler une offre dans des conditions objectives et non discriminatoires.
152. A cet égard, la représentante de l'UFC-Que choisir NC¹⁰³ s'est inquiétée de l'égal accès des concurrents soumissionnaires au « *fichier client constitué par le titulaire de la concession* ». En réponse au questionnaire du service d'instruction, elle a demandé à ce que « *les conditions d'une concurrence saine et loyale soient réunies pour le futur appel d'offres : accès aux informations, prise en compte du coût de la constitution des informations (base de données...) dans l'évaluation des offres financières des candidats – le sortant étant favorisé s'il n'a pas à constituer ces informations pour la continuité du service* »¹⁰⁴ (soulignement ajouté).
153. Interrogés à ce sujet lors de l'instruction, les représentants de la Mairie de Nouméa ont indiqué : « *Nous avons pris les précautions nécessaires (..) Il y a 3 ans, nous avons peur que EEC ne nous donne pas suffisamment d'informations mais l'avenant 3 est venu remédier à cette situation et à l'heure actuelle le niveau d'informations est suffisant. (..) On a donné les éléments clefs à l'ensemble des candidats qui ont signé l'engagement de confidentialité. (...) je pense que nous sommes allés très loin dans l'information mise à disposition des candidats ; pour vous donner un exemple, nous avons même transmis des éléments sur une enquête de satisfaction des usagers. Donc je dirais que non, il n'existe pas de prime au sortant* »¹⁰⁵ (soulignement ajouté).
154. Aux termes du rapport d'audit pour l'exercice 2016 réalisé, pour le compte de la Mairie de Nouméa, par un prestataire extérieur, il a été confirmé que l'avenant n° 3 a notamment pour objectif de : « *Transmettre à l'autorité concédante l'ensemble des informations nécessaires à la bonne gestion du service dans la perspective de la fin de contrat* »¹⁰⁶. Il ressort, par ailleurs, du rapport « *Prix et Qualité du Service* » (RPQS) pour l'année 2017 que : « *Les dispositions prévues dans l'Avenant n°3 ont bien été mises en œuvre* »¹⁰⁷.
155. Au cours de la séance, les représentants de la mairie de Nouméa ont enfin confirmé que le « fichier client » constitué par EEC ainsi que toutes les informations nécessaires à l'élaboration des offres dans des conditions objectives et non discriminatoires avaient bien été transmises à

¹⁰³ A noter qu'en réponse au questionnaire, l'UFC-Que Choisir NC a indiqué que le questionnaire avait été rempli par Madame Kerjouan qui suit le sujet électricité depuis 2008 étant précisé que son époux est depuis le 1^{er} août 2017 président du conseil d'administration de la société ENERCAL (annexe 46).

¹⁰⁴ Voir la réponse de la représentante de l'UFC-Que Choisir (annexe 46).

¹⁰⁵ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la Mairie de Nouméa du 29 mars 2019 (annexe 25).

¹⁰⁶ Voir le rapport d'audit pour l'exercice 2016 remis par la Ville de Nouméa lors de son audition. L'avenant n°3 a également pour objectif de « *poursuivre jusqu'à l'échéance de la fin du contrat la transparence de la gestion qui prévaut entre le Concessionnaire et l'Autorité concédante tant sur les plans techniques, financiers et clientèles* » et de « *garantir la poursuite d'un niveau d'investissement pertinent pour à la fois assurer la pérennité des installations du service et limiter l'impact financier sur le budget de la Ville* ».

¹⁰⁷ Voir le RPQS remis par la Ville de Nouméa lors de son audition pour l'année 2017, page 3 (annexe 28).

la société Enercal, seule entreprise candidate ayant souscrit un engagement de confidentialité couvrant les informations n'étant pas la propriété de l'autorité concédante.

156. **En dernier lieu, la commune de Nouméa peut promouvoir la concurrence « pour le marché » en prévoyant une mise en concurrence régulière des opérateurs en raccourcissant la durée de la nouvelle concession.**
157. Parce qu'elle conduit le délégataire à se trouver en situation de monopole sur le marché qui fait l'objet de la délégation de service public, la durée de la concession devrait être strictement proportionnée aux investissements que devra réaliser le nouveau concessionnaire pour honorer ses engagements en tenant compte de l'évolution à venir du fonctionnement des marchés de l'électricité.
158. En l'espèce, il ressort de l'instruction que la commune de Nouméa a pris l'initiative de ramener la durée de la concession de 20 ans à 15 ans dans le cadre du renouvellement envisagé.
159. Les représentants de la ville de Nouméa ont confirmé lors de leur audition : « *Il existe des règles qui prévoient un passage en régie si le concessionnaire ne s'acquitte pas de ses obligations. Sur la durée du contrat, on peut être entre 15 et 25 ans, on a fait le choix de 15 ans pour avoir la durée la plus courte et pouvoir être plus réactifs (...) Les investissements de la prochaine concession vont surtout porter sur la qualité du service rendu et ne devraient donc pas nécessiter d'investissements majeurs. La durée de 15 ans nous paraît être la bonne période de ce fait* »¹⁰⁸.
160. L'Autorité observe en effet que l'article 3 du « cahier des charges type de la distribution d'énergie électrique » du 19 février 2019, annexé à l'arrêté n° 2019-355/GNC, qui a inspiré la commune de Nouméa, encadre la durée de la concession sur une période 15 à 25 ans :

Article 3. Durée et entrée en vigueur de la concession

La durée de la concession est fixée à(....) ans (1). Elle prendra effet à compter du

Le contrat pourra toutefois être prorogé d'une durée maximale d'un an pour un motif d'intérêt général après décision de l'assemblée délibérante de l'Autorité concédante.

(1) Indiquer une durée de la concession entre 15 et 25 ans.



161. S'agissant du caractère impératif ou non de cet arrêté, les représentants de la DIMENC ont précisé au cours de leur audition : « *Il s'agit d'un guide, d'une aide, pour attirer l'attention de la commune sur les points importants d'une concession. Il s'agit principalement de clauses techniques ou technico-commerciales pour mieux cadrer les relations du concessionnaire avec les abonnés* »¹⁰⁹. La question peut dès lors se poser de la légalité d'un contrat de concession qui serait attribué pour une durée inférieure à la fourchette proposée par le cahier des charges.
162. En l'état, l'Autorité ne peut qu'approuver le choix opéré par la commune de Nouméa de s'en tenir à la durée de concession la plus courte prévue par le cahier des charges type du 19 février 2019 mais s'interroge néanmoins sur l'opportunité et la légalité d'une concession d'une durée encore plus courte, qui pourrait être de dix ans, pour renforcer la concurrence « pour le marché », étant donné la nature des investissements envisagés, l'évolution rapide des marchés

¹⁰⁸ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la Mairie de Nouméa du 29 mars 2019 (annexe 25).

¹⁰⁹ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la DIMENC du 15 mars 2019 (annexe 9).

de l'électricité en Nouvelle-Calédonie sous l'impulsion du schéma de transition énergétique d'ici 2030 et la réforme à venir de la réglementation tarifaire (voir *supra* points 61 et 62) qui pourraient impacter sensiblement l'équilibre de la nouvelle concession.

Recommandation n° 2 : Evaluer l'opportunité et la légalité de proposer le renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique à Nouméa pour une durée de dix ans (au lieu de quinze), étant donné la nature des investissements envisagés et l'évolution rapide des marchés de l'électricité en Nouvelle-Calédonie sous l'impulsion du schéma de transition énergétique et de la réforme à venir de la réglementation tarifaire, pour renforcer la concurrence « pour le marché ».

B. Les risques de pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être mises en œuvre par les entreprises soumissionnaires

163. Si la collectivité est responsable devant le juge administratif de ses propres manquements aux règles portant sur les conditions d'accès à la mise en concurrence et sur les clauses du contrat de délégation, elle ne l'est cependant pas des pratiques anticoncurrentielles imputables aux candidats à la délégation, à l'entreprise sortante, ou à l'entreprise retenue, dont elle n'aurait pas connaissance.
164. Dans ce cadre, l'Autorité entend alerter la commune de Nouméa des risques auxquels elle est susceptible d'être confrontée du fait d'éventuels ententes anticoncurrentielles ou abus de position dominante mis en œuvre par les entreprises soumissionnaires lors du renouvellement de la concession d'énergie électrique de la commune de Nouméa. Elle formulera, le cas échéant, des recommandations pour l'aider à s'en prémunir.

1. Rappel de la pratique décisionnelle

165. Il résulte d'une pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence¹¹⁰ que la mise en échec du déroulement normal des procédures d'appels d'offres consistant à empêcher la fixation des prix par le libre jeu du marché et/ou en trompant la personne publique sur la réalité et l'étendue de la concurrence qui s'exerce entre les entreprises soumissionnaires, par le biais d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante, perturbe le secteur où a lieu une telle pratique et porte une atteinte grave à l'ordre public économique¹¹¹.

¹¹⁰ Outre la jurisprudence des autorités de concurrence françaises, il est possible de se référer aux lignes directrices de l'OCDE pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics (<https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/ententes/42340181.pdf>) ou encore au guide pour les acheteurs publics établi par l'autorité belge de la concurrence (<https://www.abc-bma.be/fr/propos-de-nous/publications/collusion-dans-les-marches-publics-un-guide-pour-les-acheteurs-charges>).

¹¹¹ L'Autorité de la concurrence métropolitaine a rappelé que : « *L'objet même de l'appel d'offres est d'assurer une mise en concurrence pleine et entière des entreprises susceptibles d'y répondre au profit de la personne publique. Dès lors, la mise en échec du déroulement normal des procédures d'appel d'offres, en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et en trompant la personne publique sur la réalité et l'étendue de la concurrence qui s'exerce entre les entreprises soumissionnaires, perturbe le secteur où a lieu une telle pratique et porte une atteinte grave à l'ordre public économique* ». Voir la décision n°18-D-19 du 24 septembre 2018 (point 115).

a) *Le risque d'entente anticoncurrentielle dans le cadre d'appels d'offres publics ou privés est le plus courant*

166. L'article Lp. 421-1 du code de commerce interdit les ententes entre les entreprises ayant pour objet ou pour effet, constaté ou potentiel, de fausser le libre exercice de la concurrence sur un marché.
167. Cet article dispose que : « *Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de Nouvelle-Calédonie, lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions entre professionnels, notamment lorsqu'elles tendent à :*
- 1° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
- 2° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;*
- 3° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
- 4° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique »¹¹².*
168. Ainsi, l'entente affecte le jeu de la concurrence sur un marché précisément défini, dénommé marché pertinent. En matière d'appel d'offres, la pratique décisionnelle considère que chaque marché (ou lot), qui donne lieu à la confrontation concrète de la demande d'un maître d'ouvrage avec les offres des candidats intéressés, doit être considéré comme constituant un marché de référence pour l'examen d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles¹¹³.
169. L'article Lp. 410-1 prévoit, en outre, expressément l'application des règles du droit de la concurrence aux activités de production, de distribution ou de services exercées dans le cadre de conventions de délégation de service public.
170. En l'espèce, le droit de la concurrence sera donc pleinement applicable à la procédure de délégation de service public lancée par la ville de Nouméa, dans la mesure où des pratiques interdites par l'article Lp. 421-1 seraient mises à jour et le cadre d'analyse serait alors constitué par l'appel d'offres lui-même¹¹⁴.
171. L'entente est un accord de volontés entre deux ou plusieurs parties indépendantes qui décident de coordonner leur comportement sur un marché. Cet accord de volonté doit avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre jeu de la concurrence.
172. **En matière de marché sur appel d'offres, l'objectif de l'entente entre les soumissionnaires est de déterminer à l'avance celui qui va « gagner » en concertant leurs offres de manière à ce que le soumissionnaire choisi par les membres de l'entente soit sélectionné par la**

¹¹² Voir l'article Lp. 421-1 dans sa version modifiée par la Loi du pays n°2019-10 du 19 avril 2019 portant modification de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹¹³ Voir par exemple l'avis du Conseil de la concurrence métropolitain n°03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public (point 9).

¹¹⁴ Il n'est cependant pas exclu que le cadre d'analyse puisse être plus large en cas notamment de suspicion de répartition des marchés à un niveau plus global (cf *infra*).

collectivité publique par un processus apparemment concurrentiel. En règle générale, les concurrents qui participent à l'entente bénéficient d'une forme de compensation, soit à travers un mécanisme de calcul et de répartition de bénéfices supplémentaires entre concurrents obtenus grâce à des prix plus élevés que ceux qui auraient résulté du jeu normal de la concurrence, soit via de la sous-traitance ou des livraisons à l'entreprise qui a remporté le marché grâce à l'entente, soit encore par le biais d'un « retour d'ascenseur » à l'occasion d'un autre appel d'offres.

173. Ces pratiques portent atteinte à la concurrence en raison « *de la limitation ou de la suppression de l'incertitude devant prévaloir quant au comportement des concurrents sur le marché, ou de l'autonomie de décision dont chaque entreprise doit faire preuve, ou encore de la liberté d'entrée sur le marché. La coordination des comportements des entreprises en cause se traduit par la mise en œuvre d'une stratégie commune en matière de prix, d'accès au marché, de contrôle des débouchés, de la production ou des facteurs la composant. Cette stratégie implique des échanges d'information, entre les entreprises sur les comportements futurs* »¹¹⁵ (soulignement ajouté).
174. Il ressort de la pratique décisionnelle que **peut être sanctionné tout échange d'informations qui altère le jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres. Des échanges d'informations portant sur l'existence de concurrents, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent ainsi le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres et peuvent donc être sanctionnés**¹¹⁶.

(i) Les formes courantes d'ententes anticoncurrentielles en matière de marché sur appel d'offres

175. Il existe plusieurs formes courantes d'ententes anticoncurrentielles en matière de marchés sur appel d'offres : l'offre de couverture, la suppression des offres, la rotation des offres, la répartition des marchés.
176. L'« **offre de couverture** » vise à désigner, à l'avance, le futur titulaire du marché. Il s'agit du dépôt, par une ou plusieurs entreprises soumissionnaires, d'une offre d'un montant volontairement plus élevé que l'offre de l'entreprise avec laquelle elle s'est entendue et dont l'offre devra apparaître comme la moins-disante, pour être déclarée attributaire du marché¹¹⁷.

¹¹⁵ Voir l'avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public (point 11).

¹¹⁶ Voir les décisions n° 06-D-08 du 24 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault, (point 53) ; n°08-D-33 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar (point 93) et n° 09-D-03 du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain, par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales (point 93) confirmées par les arrêts de la cour d'appel de Paris du 23 octobre 2007, *SNC Eiffage Construction Languedoc*, n° 2006/07494, du 3 novembre 2009, *Compagnie française de transport interurbain*, n° 2009/01024 et du 5 janvier 2010, *Société d'exploitation de l'entreprise Ponsarty e.a.*, n° 2009/02679.

¹¹⁷ L'Autorité de la concurrence métropolitaine considère que la pratique de devis de couverture a « *pour objet de manipuler les prix et de répartir les clients, au lieu de laisser ces paramètres essentiels de la concurrence à la libre appréciation de chacune des entreprises, dans le cadre d'une détermination autonome de sa politique commerciale et de son comportement sur le marché* ». La cour d'appel de Paris a jugé que « *la pratique des offres*

Il peut également s'agir d'une offre comportant un prix apparemment concurrentiel mais qui est assorti de conditions spéciales dont on sait qu'elles sont inacceptables par l'acheteur. Parfois les entreprises peuvent utiliser des sociétés ou filiales fictives pour soumettre des offres de couverture.

177. **La pratique dite de « suppression d'offres »** vise le cas où les entreprises s'entendent pour ne pas répondre à un appel d'offres, les échanges d'informations visant alors à s'abstenir de soumissionner¹¹⁸ ou à retirer une offre faite précédemment pour que soit acceptée l'offre de l'entreprise censée remporter le marché. Les parties à l'entente peuvent également empêcher les entreprises extérieures de soumettre des offres légitimes (menaces...).
178. **La pratique de « rotation des offres »** est un système dans lequel les entreprises parties à l'entente soumissionnent à chaque marché mais conviennent que chacune remportera le marché à tour de rôle (par exemple, lorsque le marché est reconduit chaque année).
179. **La pratique de « répartition des marchés »** est celle par laquelle les parties à l'entente conviennent de ne pas se faire concurrence pour certains clients ou certaines zones géographiques ou uniquement par des offres de couvertures. Il a ainsi été jugé, dans ce cas, que des ententes peuvent être appréciées au niveau d'un marché global composé de plusieurs appels d'offres, lots ou sous-marchés¹¹⁹.

(ii) Le cas particulier des ententes entre entreprises ayant des liens juridiques ou financiers lors d'un appel d'offres

180. Au-delà de ces pratiques d'entente anticoncurrentielles qui peuvent être mises en œuvre par des entreprises indépendantes les unes vis-à-vis des autres, les autorités de la concurrence sont très vigilantes aux échanges d'informations entre entreprises ayant des liens juridiques ou financiers (entreprise mère et ses filiales, filiales entre elles, entreprises ayant des participations capitalistiques croisées...), lorsqu'elles envisagent de concourir à un appel d'offres¹²⁰.
181. Ainsi, il ressort d'une jurisprudence constante que les soumissionnaires à un appel d'offres doivent constituer leur offre en toute impartialité et confidentialité, sans échange d'information à quelque titre que ce soit avec des entreprises concurrentes, y compris si elles partagent avec celles-ci des liens juridiques ou financiers.
182. L'Autorité métropolitaine de la concurrence rappelle, par principe, que : « *Il est loisible à des entreprises, ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres. Dans l'autre sens, ces entreprises peuvent renoncer à*

de couverture en matière de soumissions à des marchés publics est, en soi, anticoncurrentielle par son objet » (arrêts de la cour d'appel de Paris du 23 février 1996, société Sonevie, n° 95-11210 et du 27 février 1998, Vallée du Cavaillon, n° 97-05292).

¹¹⁸ Voir la décision n°07-D-49 du 19 décembre 2007 : Appel d'offres groupé des hôpitaux en défibrillateurs cardiaques. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel le 8 avril 2009.

¹¹⁹ Voir la décision n° 07-D-15 du Conseil de la concurrence sanctionnant des pratiques de répartition de marchés publics dans le secteur du BTP concernant la construction de 90 lycées d'île de France, confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 juillet 2008 et par la Cour de cassation le 13 octobre 2009.

¹²⁰ Voir pour un exemple récent la décision n°18-D-02 du 19 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique (point 19).

leur autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et se concerter soit pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre, soit pour établir ensemble cette offre dans un groupement »¹²¹.

183. La pratique décisionnelle exige également que : « *Même s'il n'existe pas d'obligation légale en la matière, il est important, en cas de participation séparée à un même appel d'offres de plusieurs entreprises appartenant à un groupe, que les liens capitalistiques entre ces sociétés soient portés à la connaissance du maître d'ouvrage lors du dépôt des offres. Cette information est, en effet, d'une grande importance pour que la collectivité puisse, par des démarches appropriées, apprécier l'indépendance réelle des offres remises et exercer un choix éclairé* » (soulignement ajouté)¹²².
184. Pour résumer, **si des entreprises appartiennent à un même groupe ou ont des liens juridiques et financiers entre elles et souhaitent soumissionner au même appel d'offres, elles doivent en informer le maître d'ouvrage dans la présentation de leur offre et disposent des options suivantes :**

– **si chaque entreprise concernée dispose d'une autonomie commerciale pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue (directions différentes, moyens propres pour établir l'offre, capacité de production autonome...)¹²³, elles peuvent choisir de déposer chacune une offre élaborée de manière indépendante sans aucun échange d'information sur l'appel d'offres¹²⁴, ou déposer une offre commune permettant des concertations entre elles. En revanche, elles ne peuvent pas déposer à la fois une offre groupée et des offres individuelles ;**

– **si les entreprises concernées ne sont pas autonomes commercialement, elles ne peuvent présenter qu'une offre groupée pour répondre à l'appel d'offres ou choisir l'entreprise du groupe qui présentera une seule offre pour le marché considéré. Il est donc interdit à des entreprises qui appartiennent au même groupe et qui ne sont pas autonomes commercialement de présenter chacune une offre car il est certain que ces offres ne seront pas indépendantes et conduiront la collectivité publique à se méprendre sur le véritable degré de concurrence sur le marché (risque d'offres de couverture, de répartition de marché...).**

(iii) Les preuves de l'entente anticoncurrentielle en cas d'appel d'offres

185. En matière de marchés publics ou privés sur appel d'offres, **l'entente anticoncurrentielle entre les parties est établie dès lors que la preuve est rapportée qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu, ou peut**

¹²¹ Voir la décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 relative au comportement de sociétés du groupe L'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux (point 126).

¹²² Voir l'avis n°03-A-02 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public (point 27).

¹²³ A cet égard, on relèvera que le droit de la concurrence s'attache aux conditions de fonctionnement de la société et non à la part de capital contrôlée par la maison mère.

¹²⁴ Par conséquent, les échanges habituels d'information doivent s'interrompre à partir du moment où les entreprises se présentent à un même appel d'offre La société mère peut être amenée à prouver que les filiales aient disposé au moment des faits une autonomie réelle de décision : voir Conseil de concurrence, avis n° 2003-A-02).

l'être, et ce afin d'échapper au principe de l'indépendance des offres et fausser le jeu d'une libre concurrence¹²⁵.

186. La preuve de cette antériorité peut être explicite (e.g., date sur un document) ou déduite. Ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé que : « La preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres »¹²⁶.
187. S'agissant du caractère probant des preuves récoltées, il a été jugé que : « *La preuve de l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence, peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant* »¹²⁷ (soulignement ajouté).
188. **La jurisprudence considère systématiquement qu'une entente en matière de marché public sur appel d'offres est grave par nature, indépendamment de l'importance du marché affecté et de la durée de cette affectation puisqu'elle a pour objet de faire directement échec au processus de mise en concurrence et pèse *in fine* sur les contribuables.**

b) Le risque d'abus de position dominante lors d'un appel d'offres est plus rare

189. Les abus de position dominante sont prohibés par l'article Lp. 421-2 du code de commerce qui dispose que :

« Est prohibée (...) l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires, ainsi que dans la rupture des relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe

¹²⁵ Voir la décision n°18-D-19 du 24 septembre 2018 (point 74).

¹²⁶ Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 2 avril 1996, *société Pro Gec SA*.

¹²⁷ Voir notamment la décision n°01-D-17 du 25 avril 2001 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre. Par ailleurs, le conseil de la concurrence métropolitaine a estimé dans sa décision n° 89-D-42 relative à des pratiques d'entente relevées dans le secteur de l'équipement électrique, qu'" *en matière de marchés publics ou privés sur appel d'offres, une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment, d'une coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises antérieures à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence de compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur absence d'intérêt pour le marché considéré, où des prix qu'ils envisagent de proposer ; que la preuve de l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence, peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune de ces pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant* " (Soulignement ajouté).

*d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur (...)*¹²⁸.

190. **L'exploitation abusive d'une position dominante par une entreprise à l'occasion d'un appel d'offres peut fausser le processus de mise en concurrence et dès lors être sanctionnée par l'Autorité de la concurrence. Tel peut être le cas du refus de la part de l'opérateur en position dominante de donner accès à des infrastructures ou informations essentielles à ses concurrents les empêchant de participer à un appel d'offres.**
191. Ainsi, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a sanctionné la société Télédiffusion de France (TDF), qui détenait une position dominante sur le marché amont de gros des prestations d'accès aux infrastructures nécessaires à la diffusion hertzienne terrestre numérique de programmes télévisuels dans les régions ultramarines, *« pour avoir abusé de cette position en adoptant un comportement de nature à empêcher ses concurrents de participer aux appels d'offres lancés par France Télévisions pour le déploiement de la TNT outre-mer dans des conditions normales de concurrence, sans subir une asymétrie d'information »*¹²⁹ (soulignement ajouté).
192. Plus précisément, il était reproché à la société TDF de n'avoir, avant et pendant le déroulement du dialogue compétitif prévu par le règlement des appels d'offres, publié aucune des informations techniques et tarifaires relatives à l'accès à ses infrastructures, lesquelles étaient nécessaires à ses concurrents pour leur permettre de répondre aux appels d'offres. Cette absence de publication d'une offre de référence en temps utile pour l'hébergement sur les pylônes indispensables à la diffusion de la TNT a notamment conduit un concurrent à renoncer à formuler des offres pour les territoires où il était candidat et les neuf marchés ont été attribués à TDF¹³⁰.

2. L'application de la pratique décisionnelle au renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique de la Ville de Nouméa

193. L'instruction a pu faire ressortir un certain nombre d'éléments propres à la procédure de renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa qu'il convient d'analyser pour évaluer les risques d'entente ou d'abus de position dominante susceptibles d'être commis par les entreprises candidates dans le cadre du futur appel à candidatures, au regard de la pratique décisionnelle.

¹²⁸ Voir l'article Lp. 421-2 dans sa version modifiée par la Loi du pays n°2019-10 du 19 avril 2019 portant modification de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹²⁹ Voir la décision 15-D-01 du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre outre-mer. Cette décision a été confirmée par l'arrêt du 15 septembre 2016 de la cour d'appel de Paris (annulation partielle sur l'application droit communautaire à Wallis et Futuna) et l'arrêt du 30 mai 2018 de la Cour de cassation (rejet).

¹³⁰ Voir la décision 15-D-01 du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre outre-mer. L'arrêt du 30 septembre 2016 de la cour d'appel de Paris.

a) *Le risque d'atteinte à la concurrence en raison d'échange d'informations confidentielles entre EEC et Enercal du fait de liens juridiques et financiers entre elles doit être maîtrisé*

194. L'Autorité a souligné précédemment l'existence de liens capitalistiques entre les sociétés EEC et Enercal. Ainsi, l'actionnaire majoritaire de la société EEC, la société Engie Energie Services détient 10,79 % du capital de la société Enercal depuis la création de cette dernière le 27 août 1955¹³¹. En outre, EEC et Enercal sont toutes deux actionnaires de la société Prony énergie présente sur le marché de la production d'électricité.
195. Ces liens capitalistiques sont connus de la commune de Nouméa et n'empêchent pas EEC et Enercal d'être des entreprises autonomes commercialement au sens du droit de la concurrence. Il en résulte que ces deux entreprises peuvent soumissionner individuellement à l'appel d'offres visant au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa, à condition de n'échanger aucune information relative à cet appel d'offres.
196. L'Autorité de la concurrence métropolitaine rappelle que, dans cette hypothèse, *« les habitudes d'échanges d'informations et de concertation qui s'ensuivent doivent impérativement s'interrompre dès le moment où les entreprises concernées se retrouvent en concurrence pour un même appel d'offres. Dans le cas contraire, une poursuite de ces échanges d'informations constituerait une entente anticoncurrentielle »*¹³² (Soulignement ajouté).
197. Or, il ressort de l'instruction que la société Engie Energie Services dispose, en tant qu'actionnaire minoritaire, d'un siège au conseil d'administration de la société Enercal et que son représentant n'est autre que l'actuel président de la société EEC, directement concurrente de la société Enercal dans le cadre du renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique à Nouméa.
198. Sur ce point, la société Enercal a précisé dans son questionnaire¹³³ : *« Le Directeur Général [d'Enercal] dispose dans ses pouvoirs de celui de demander le renouvellement de toute concession, prendre part à toute adjudication et appel d'offres en rapport avec l'attribution d'une concession. Compte tenu de l'importance de ces dossiers, le Conseil d'Administration est également tenu informé. Mais la présence de l'administrateur ENGIE au sein de notre Conseil d'Administration pose de réels problèmes en termes de gouvernance »*.
199. A titre d'exemple, la société Enercal a précisé, dans le même questionnaire : *« Le problème s'est posé lors de l'appel d'offres lancé en 2013 pour le renouvellement de la concession du SIVM SUD et en 2017 pour la concession de Yaté. Pour garantir l'indépendance des offres et la libre concurrence, nous avons été contraints de réduire les informations communiquées au Conseil d'Administration (et donc à l'Administrateur d'Engie) à leur strict minimum, ce qui n'est pas un fonctionnement satisfaisant en termes de gouvernance d'entreprise.*

En effet, l'article 34 de nos statuts prévoit que chaque administrateur reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de ses missions et il est complexe tant pour l'administrateur concerné que pour la société de définir quelles seraient les informations

¹³¹ Pour mémoire, sont également présents au capital d'Enercal, la Nouvelle Calédonie à hauteur de 54,42 % (actionnaire majoritaire), EDEV (filiale d'EDF) à 15,97%, Eramet à 16,3% et des collectivités locales à 2,5% (source site internet d'Enercal) Voir la réponse de la société EEC au questionnaire (annexe 55).

¹³² Voir l'avis du Conseil de la concurrence n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public (point 12).

¹³³ Voir la réponse de la société Enercal au questionnaire (annexe 44).

stratégiques et concurrentielles non communicables. Le simple fait qu'un candidat soit informé que son concurrent direct répond ou ne répond pas à un appel d'offres est déjà une information stratégique selon nous. Au demeurant, chaque administrateur « peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles ». Le risque d'erreur et d'atteinte à la concurrence est donc important ».

200. Elle a ajouté que : « *Les sociétés locales du groupe Engie [notamment les sociétés EEC et Alizées énergie] peuvent adapter leur stratégie de développement et d'investissement dans le domaine de la production ou de la distribution en fonction de celle d'ENERCAL, grâce aux informations recueillies lors des séances du Conseil. Par ailleurs, cette présence du groupe Engie au sein du conseil d'Enercal lui offre la possibilité d'influer sur certains projets ou décisions qui seraient contraires à ses propres intérêts (...)* »¹³⁴.

201. Interrogé sur les conséquences de sa présence au conseil d'administration de son principal concurrent, le président de la société EEC a indiqué : « *ENERCAL et EEC sont en concurrence directe et effective sur le secteur de la distribution d'électricité, seul domaine dans lequel ENERCAL ne bénéficie pas d'un monopole. De ce fait, aucune information n'est donnée aux administrateurs, ni aucune décision n'est soumise à l'accord du Conseil d'Administration d'ENERCAL sur les sujets relatifs aux appels d'offres de distribution d'énergie électrique. Le pouvoir de décision sur ces sujets revient au Directeur Général d'ENERCAL.*

*En tout état de cause, si une telle hypothèse devait se présenter (inscription à l'ordre du jour de sujets en lien avec un appel d'offres de distribution d'électricité en cours), le représentant d'ENGIE Energie Services au Conseil d'Administration d'ENERCAL sortirait de la séance le temps que les sujets soient traités afin de ne pas fausser le processus compétitif en cours en obtenant des informations sur une entreprise concurrente »*¹³⁵.

202. S'agissant de l'appel d'offres de la concession de distribution électrique de la commune de Nouméa, il a précisé : « *ENERCAL n'a pas dérogé à cette règle et aucune information ou décision n'a été soumise au Conseil d'Administration (...)* »

203. Interrogés sur cette problématique, les représentants de la DIMENC, qui participe au conseil d'administration d'ENERCAL, ont indiqué : « *Engie détient une partie du capital d'Enercal. Il y a eu un conseil d'administration d'Enercal hier, le 14 mars (2019), auquel le directeur de la DIMENC a assisté. Une mention visant à supprimer la présence du représentant d'Engie au conseil d'administration d'Enercal devait être abordée mais elle a été retirée de l'ordre du jour. De mémoire le sujet de la concession de Nouméa n'a jamais été abordé* »¹³⁶. Ce point semblerait confirmé par les procès-verbaux du conseil d'administration de la société Enercal transmis au service d'instruction de l'Autorité¹³⁷.

204. L'Autorité observe pour sa part que le risque d'entente du fait de la participation de la société EEC à l'actionnariat de la société Enercal et, plus encore sa présence au conseil d'administration d'Enercal, a déjà été relevé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, en

¹³⁴ *Ib idem*, annexe 2.

¹³⁵ Voir la réponse de la société EEC au questionnaire (annexe 55).

¹³⁶ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de DIMENC du 15 mars 2019 (annexe 9).

¹³⁷ Le service d'instruction n'a toutefois pas consulté l'ensemble des procès-verbaux du Conseil d'administration de la société ENERCAL.

2015, lors de son examen de la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société Quadran par la société Alizées Energie dans le secteur de la production d'électricité¹³⁸.

205. Les services de la Direction des affaires économiques du gouvernement avaient alors considéré « *qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence eu égard à la présence du groupe GDF/SUEZ au conseil d'administration d'ENERCAL* ».

206. Cette constatation avait conduit la DAE à ouvrir une phase d'examen approfondi de l'opération pour les motifs suivants :

«52. (...) Cette situation peut avoir un effet négatif sur ENERCAL, car être obligé de dévoiler ses projets au seul concurrent direct peut décourager cet opérateur de les développer et l'exposer à un risque accru de duplication.

53. De même, l'accès à ces informations stratégiques peut permettre à GDF SUEZ d'adapter sa stratégie de développement et d'investissement en fonction de celle d'ENERCAL.

54. En effet, on ne peut exclure que le groupe GDF SUEZ puisse, adapter sa stratégie d'investissement et de développement en fonction de celle d'ENERCAL, dont elle a connaissance lors des réunions du conseil d'administration. Cela lui permettrait, le cas échéant, de concevoir une stratégie en réaction aux positions d'ENERCAL sans avoir besoin d'anticiper et de prendre des risques synonymes d'innovation et souvent de compétitivité favorable aux consommateurs et à l'innovation.

55. En outre, cette présence au conseil d'administration permet au groupe de GDF SUEZ de se prononcer défavorablement à un projet de développement d'un outil de production d'électricité par ENERCAL et potentiellement, en tant qu'acteur du marché, d'influencer d'autres membres du conseil d'administration. La partie notifiante a d'ailleurs déclaré lors de l'instruction que la participation du groupe GDF SUEZ au conseil d'administration d'ENERCAL lui permettait « d'éclairer » les décisions prises par les membres du conseil.

56. Enfin, dans l'éventualité d'une future arrivée d'un nouvel opérateur et donc concurrent sur le marché de la production et/ou sur le marché de la distribution d'énergie, une telle situation serait susceptible de faciliter une entente entre les deux opérateurs historiques afin d'évincer ce nouvel entrant ou du moins de faciliter la coordination de leurs comportements ».

207. Toutefois, le gouvernement a conclu, dans son rapport annexé à la décision d'autorisation de rachat d'actifs de la société Quadran par GDF Suez (devenu le groupe Engie), que cet examen approfondi « *s'il a permis de confirmer que le groupe GDF/Suez avait accès à des informations et était susceptible d'influer sur les décisions du groupe Enercal, n'a pas permis de confirmer que cette situation était directement liée à l'opération [en cause] et que cette dernière augmentait son acuité (...) En particulier, compte tenu de ces éléments, l'instruction n'a pas permis de démontrer le lien direct entre l'effet potentiellement anticoncurrentiel amplifié de la présence de GDF/Suez au sein du Conseil d'administration d'Enercal et la présente*

¹³⁸ Voir le rapport du gouvernement annexé à l'arrêté n°2015-927/GNC du 26 mai 2015.

opération.»¹³⁹. Le gouvernement a donc autorisé l'opération de concentration envisagée sans engagement, l'opération en elle-même n'étant pas de nature à porter atteinte à la concurrence.

208. **L'Autorité de la concurrence partage l'analyse du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie quant au risque d'atteinte à la concurrence résultant de la participation capitalistique du groupe Engie au sein d'Enercal le conduisant à disposer d'un siège au conseil d'administration en ce qu'il lui permet de connaître les décisions stratégiques de son principal concurrent sur les marchés de la production et de la distribution d'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie.**
209. Dans le cadre du présent avis sollicité par la commune de Nouméa, l'Autorité ne peut qu'en conclure qu'il existe un risque d'échanges d'informations stratégiques entre EEC et Enercal de nature à caractériser une entente anticoncurrentielle, d'autant plus que le représentant du groupe Engie au conseil d'administration d'Enercal n'est autre qu'un représentant de la société EEC, et le plus souvent son président¹⁴⁰.
210. Dans ces conditions, l'Autorité recommande à la commune de Nouméa d'exiger, dans le dossier d'appel à candidatures lui-même, que soient portés à sa connaissance les liens capitalistiques pouvant exister entre les différents candidats lors du dépôt de chacune des offres, et que ceux-ci l'informent des mesures prises pour éviter tout risque d'échanges d'informations entre les dites entreprises afin que la commune puisse apprécier l'indépendance réelle des offres remises par chacune d'entre elles.
211. **A défaut d'une cession volontaire de la participation du groupe Engie au capital de la société Enercal, et à tout le moins d'une modification volontaire des statuts de la société Enercal ou d'un éventuel pacte d'actionnaires entre la société Enercal et le groupe Engie pour retirer à ce dernier le droit de siéger au conseil d'administration de la société Enercal, la Mairie de Nouméa pourrait notamment exiger une attestation des présidents des deux entreprises s'engageant à n'échanger aucune information relative au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa.**

Recommandation n° 3 : rappeler, dans le dossier d'appel à candidature relatif au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa, l'obligation pour des entreprises appartenant à un même groupe ou ayant des liens juridiques et financiers entre elles qui souhaitent soumissionner qu'elles doivent en informer la commune de Nouméa dans la présentation de leur offre et qu'elles disposent des options suivantes :

– si chaque entreprise concernée dispose d'une autonomie commerciale pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue (directions différentes, moyens propres pour établir l'offre, capacité de production autonome...), elles peuvent choisir de déposer chacune une offre élaborée de manière indépendante sans aucun échange d'information sur l'appel d'offres, ou déposer une offre commune permettant des concertations

¹³⁹ Voir l'annexe de l'arrêté n°2015-927/GNC du 26 mai 2015 (point 66). Il est mentionné que : « Cette conclusion ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de l'article Lp.421-1 (sur les ententes) dans le cas où une telle pratique venait à être constatée et de l'article Lp.421-2 (sur les abus de position dominante) si une position dominante ou position dominante collective venait à être détectée ultérieurement et qu'un abus devait être relevé. Elle ne fait pas obstacle, en particulier, à l'application éventuelle de ces dispositions à la présence du groupe GDF/Suez au sein du Conseil d'administration d'Enercal. » (point 71).

¹⁴⁰ Celui-là même qui a répondu au questionnaire de la société EEC.

entre elles. En revanche, elles ne peuvent pas déposer à la fois une offre groupée et des offres individuelles ;

– si les entreprises concernées ne sont pas autonomes commercialement, elles ne peuvent présenter qu'une offre groupée pour répondre à l'appel d'offres ou choisir l'entreprise du groupe qui présentera une seule offre pour le marché considéré. Il est donc interdit à des entreprises qui appartiennent au même groupe et qui ne sont pas autonomes commercialement de présenter chacune une offre car il est certain que ces offres ne seront pas indépendantes et conduiront la collectivité publique à se méprendre sur le véritable degré de concurrence sur le marché (risque d'offres de couverture, de répartition de marché...).

Dans l'hypothèse où des entreprises appartenant à un même groupe ou ayant des liens juridiques et financiers mais autonomes commercialement feraient le choix de présenter chacune une offre, leur imposer de fournir les éléments matériels démontrant les mesures prises pour éviter tout risque d'échanges d'informations entre elles relatives à cet appel d'offres.

b) Les risques d'entente sur les éléments financiers ou dans le but de se répartir les marchés de la distribution d'énergie électrique sont limités

212. En premier lieu, compte tenu de la réglementation applicable, l'Autorité ne peut que constater que la mise en concurrence des candidats au renouvellement de la concession d'énergie électrique de la commune de Nouméa ne portera pas sur les prix. En effet, le tarif de l'électricité, et par extension la rémunération du concessionnaire, sont fixés par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (voir *supra*).
213. Les représentants de la DIMENC ont confirmé ce point lors de leur audition : « *Vous me demandez s'il peut y avoir une collusion sur les prix/offres, EEC et Enercal ne peuvent pas se mettre d'accord sur un prix, car ils ne fixent pas le prix. Le tarif et les revenus sont fixés par le gouvernement de Nouvelle-Calédonie (...) Il ne peut pas y avoir « d'offres de couverture » en l'espèce.* »¹⁴¹.
214. Les représentants de la Mairie de Nouméa ont pour leur part indiqué au cours de leur audition : « *Pour Nouméa, nous allons choisir un concessionnaire mais notre marge de manœuvre est très limitée. Nous ne fixons pas les tarifs et donc nous ne pouvons pas démarquer les candidats sous cet angle. Il ne s'agit pas d'une vraie DSP comme on peut l'entendre. La difficulté réside dans le fait que nous devons choisir l'opérateur sur des segments non financiers (...) Les opérateurs présentent des listes de prestations. Les coûts ne constituent pas un critère de choix pour les autorités concédantes car elles n'ont pas à en supporter les conséquences vis-à-vis des consommateurs notamment car c'est le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui fixe les prix* ».
215. Les représentants de la DIMENC ont néanmoins précisé que « *La concurrence sur les prix peut s'exercer à la marge sur des prestations accessoires (type installation de compteurs qui ne sont pas réglementées)* »¹⁴². Ce point est confirmé par le règlement de la consultation qui prévoit notamment un « *volet financier* » sur lequel seront sélectionnés les candidats : il s'agit

¹⁴¹ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la DIMENC du 15 mars 2019 (annexe 9).

¹⁴² Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la DIMENC du 15 mars 2019 (annexe 9).

principalement des frais facturés aux abonnés, des frais généraux appliqués et des moyens que le candidat propose pour assurer une transparence financière dans la gestion du service public concédé (par exemple s'agissant de l'affectation des charges au périmètre de la concession de Nouméa) et les moyens proposés par le candidat pour y parvenir¹⁴³.

216. L'Autorité en déduit que le risque d'entente entre EEC et Enercal sur les prix est marginal dans la mesure où le « volet financier » prévu par le règlement de consultation n'a qu'une portée limitée et n'est qu'un des six critères de sélection des offres présentées par les soumissionnaires.
217. En deuxième lieu, le risque d'entente par système de rotation¹⁴⁴ des offres ou de répartition de marché semble également très faible car même si différentes concessions de distribution d'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie vont venir à échéance (treize sur les dix prochaines années¹⁴⁵), celle de la commune de Nouméa reste sans équivalent car c'est la plus grande en termes de nombre de clients. Ainsi, aucun des soumissionnaires n'a intérêt à renoncer volontairement à cette concession pour obtenir, en contrepartie, d'autres concessions plus petites et plus complexes à gérer.
218. En troisième lieu, le risque d'entente anticoncurrentielle entre EEC et Enercal pour se répartir les marchés apparaît d'autant moins envisageable qu'elles se trouvent dans une situation particulièrement conflictuelle sur le marché de la distribution d'énergie électrique. Ainsi, il a été relevé au cours de l'instruction, qu'à ce jour, plus de neuf procédures contentieuses opposent, ou ont opposé, ces deux entreprises sur les trois dernières années.
219. En quatrième lieu, il n'est toutefois pas exclu que les entreprises EEC et Enercal puissent chacune s'entendre avec d'autres entreprises pour réduire le nombre de candidats soumissionnaires afin de se donner plus de chance d'obtenir la concession, en contrepartie d'offres de sous-traitance par exemple (pratique de « suppression d'offres »). Le fait que de nombreuses entreprises retirent un dossier de candidatures et ne formulent finalement aucune offre pourrait soulever un risque de coordination.
220. Il convient néanmoins de constater qu'à l'occasion de la procédure d'appel d'offres lancée en janvier 2019, ce risque a pu être écarté. En effet, la société Quadran qui avait pu manifester un certain intérêt au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa n'a même pas retiré de dossier de candidatures¹⁴⁶ tandis que les entreprises ayant retiré ce dossier étaient des petites et moyennes entreprises n'ayant pas suffisamment d'envergure pour assumer l'ensemble des obligations attachées à la concession.
221. Il en résulte que les risques d'entente entre les candidats au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa portant sur les éléments financiers ou dans le but de se répartir d'autres marchés de la distribution d'énergie électrique sur le territoire sont limités.

¹⁴³ Voir le point 6.2 du règlement de la consultation (annexe 4).

¹⁴⁴ Dans un système de rotation, les entreprises peuvent continuer de soumissionner pour un contrat, tout en ayant convenu que chacune remportera le marché à tour de rôle.

¹⁴⁵ Il s'agit des concessions portant sur la distribution d'énergie électrique de l'Ile des Pins, Thio, Ouegoa, Poum, Ouvea, Mare, Kaala-Gomen, Mont-Dore, Dumbea, Bourail, Belep et Lifou. Voir *supra*.

¹⁴⁶ Selon les représentants de la Ville de Nouméa, « la société Quadran a fait marche arrière et ne soumissionnera pas. Le conseil d'administration de l'entreprise ayant décidé de ne pas se positionner sur la distribution d'énergie électrique » (annexe 25). Interrogé par la présidente de l'Autorité, ils ont confirmé que la société Quadran n'avait même pas retiré de dossier de candidature.

c) Le risque d'abus de position dominante du candidat sortant est faible

222. Comme il a déjà été indiqué aux points 152 à 155 du présent avis, lors de l'instruction, la représentante de l'association UFC-Que Choisir NC a souligné qu'il pourrait exister une asymétrie d'information entre les candidats et notamment entre le titulaire de la concession actuelle, la société EEC, en position dominante sur ce marché, et les éventuels candidats, notamment la société Enercal, concernant l'accès au fichier client.
223. Pour sa part, le directeur juridique de la société Enercal a souligné avoir rencontré plusieurs difficultés dans le cadre de l'appel à candidature lancé en janvier 2019 : « 1) le dossier de consultation d'origine ne contenait pas toutes les informations minimales requises pour permettre au candidat qui n'est pas le concessionnaire sortant de pouvoir répondre sur un pied d'égalité avec ce dernier. 2) Nous avons posé plusieurs séries de questions pour obtenir les informations qui manquaient mais les réponses nous sont parvenues de manière progressive alors même que le délai de remise des offres était fixé dans un calendrier serré. 3) certaines de nos questions se sont vues opposées des fins de non-recevoir (par exemple la communication des CRAC-Compte rendu annuel d'activité) »¹⁴⁷.
224. Or, il ressort de la pratique décisionnelle précitée que le fait qu'un opérateur détienne et retienne des informations nécessaires aux autres candidats pour répondre à l'appel d'offres en cause peut, dans certaines conditions, être susceptibles de constituer un abus de position dominante prohibée¹⁴⁸.
225. D'une manière plus générale, il peut exister un risque que le titulaire sortant d'une concession tire un avantage tel, du fait d'être sortant (par sa connaissance de la concession ou autres etc.), qu'il puisse se servir de cet avantage pour évincer ses concurrents par un comportement qui pourrait être qualifié d'abusif.
226. L'Autorité observe néanmoins qu'un éventuel abus de position dominante de la part du concessionnaire sortant, en l'espèce EEC, ne pourrait être envisageable que s'il était démontré que les informations essentielles pour répondre à l'appel d'offres n'avaient pas été communiquées par EEC à la commune de Nouméa de sorte que celle-ci n'aurait pas pu les retransmettre aux autres candidats.
227. Or, les représentants de la Mairie de Nouméa ont confirmé au cours de la séance qu'elle avait imposé à la société EEC de lui transmettre « l'ensemble des informations nécessaires à la bonne gestion du service dans la perspective de la fin de contrat », ce qu'elle aurait fait. De plus, la Mairie aurait répondu à toutes les demandes d'informations complémentaires de la société Enercal qui lui paraissaient pertinentes pour lui assurer de concourir à l'appel d'offres dans des conditions objectives et non discriminatoires.
228. En conséquence, le risque d'un éventuel abus de position dominante de la part de la société EEC du fait de la rétention d'informations essentielles aux candidats pour qu'ils puissent soumissionner à l'appel d'offres lancé en janvier 2019 a pu être écarté. Il n'en demeure pas moins que la commune de Nouméa devra rester particulièrement vigilante, lors du lancement

¹⁴⁷ Voir la réponse de la société EEC au questionnaire du service d'instruction (annexe 44).

¹⁴⁸ Voir *supra* la décision n°15-D-01 du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre outre-mer précitée (confirmée par l'arrêt de la CA Paris du 30 septembre 2016).

du prochain appel à candidature, pour transmettre à tous les candidats le même niveau d'informations, afin de ne pas privilégier le candidat sortant.

Recommandation n° 4 : veiller à transmettre le même niveau d'informations à tous les candidats au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa, en particulier lorsque ces informations émanent du concessionnaire sortant.

229. En tout état de cause, l'Autorité recommande à la commune de Nouméa de compléter le dossier d'appel à candidature pour inclure une brève définition des pratiques anticoncurrentielles et des sanctions susceptibles d'être encourues par les candidats en cas de non-respect du droit de la concurrence¹⁴⁹.
230. La commune de Nouméa, comme toute commune, pourrait en effet saisir l'Autorité de la concurrence pour des faits constatés lors de la procédure d'attribution de la délégation de service public, si elle relève des éléments sérieux laissant présumer la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles par les entreprises candidates. A l'issue d'une procédure d'instruction contradictoire, les faits peuvent conduire l'Autorité de la concurrence à sanctionner les entreprises auteures de telles pratiques, en application de l'article Lp. 464-2 du code de commerce. Dans sa décision, l'Autorité peut alors ordonner aux intéressés de cesser ces pratiques, leur adresser des injonctions ou leur infliger des sanctions pécuniaires proportionnelles à la gravité des faits et au dommage à l'économie. Ces sanctions pécuniaires peuvent atteindre jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise réalisé en Nouvelle-Calédonie et 175 millions de F.CFP si le contrevenant n'est pas une entreprise¹⁵⁰. En vertu du second alinéa de l'article Lp. 462-6, l'Autorité peut, par ailleurs, saisir le juge pénal des faits impliquant des personnes physiques dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, dont l'Autorité a eu connaissance lors de l'examen d'une affaire¹⁵¹.

Recommandation n° 5 : compléter le dossier d'appel à candidature pour inclure une brève définition des pratiques anticoncurrentielles et des sanctions susceptibles d'être encourues par les candidats en cas de non-respect du droit de la concurrence.

C. Les risques d'atteinte à la concurrence liés à l'organisation du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie

231. Comme l'Autorité l'a rappelé précédemment, l'organisation du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie est relativement complexe et réglementée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui est en même temps l'actionnaire majoritaire de la société Enercal laquelle est une société anonyme d'économie mixte verticalement intégrée, en position dominante sur le marché de la production d'énergie électrique, en situation de monopole sur le marché du transport de l'énergie électrique et en concurrence avec la société EEC sur le marché

¹⁴⁹ C'est notamment le cas en Australie par le biais du recours à des clauses anti-collusion dans les dossiers d'appels d'offre qui mentionnent l'existence de sanctions en cas d'infraction aux règles de la concurrence.

¹⁵⁰ L'article Lp. 464-2 dispose que : « *Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 175.000.000 F CFP. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre* ».

¹⁵¹ Voir le second alinéa de l'article Lp.462-6 qui dispose que : « *Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier les sanctions pénales prévues au présent livre, elle adresse le dossier au procureur de la République* ».

de la distribution d'énergie électrique dans le cadre d'appel d'offres lancés par les communes de la Nouvelle-Calédonie pour le renouvellement de leur concession.

232. Cette situation soulève, en elle-même, des préoccupations de concurrence en raison, d'une part, de l'absence de séparation des activités au sein de la société Enercal en particulier, d'autre part, en raison de l'absence d'un régulateur public indépendant des actionnaires des entreprises concurrentes sur les marchés de l'énergie électrique, et en particulier du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, qui serait susceptible d'adopter une réglementation favorisant la société Enercal au détriment de ses concurrents.

1. L'absence de séparation des activités au sein des opérateurs soulève un risque d'abus de position dominante

233. Comme le soulignait le Conseil de la concurrence à l'époque de l'ouverture à la concurrence des marchés de l'électricité en métropole affectant le monopole historique d'EDF¹⁵², « La séparation de l'activité sous monopole des réseaux de transport [...] et des activités des secteurs ouverts à la concurrence est fondamentale pour garantir l'ouverture du marché ; ce principe, appliqué avec plus ou moins de rigueur dans tous les pays affectés par la libéralisation, constitue l'un des deux moyens nécessaires pour s'assurer que le régime d'accès des tiers aux infrastructures régulées peut s'effectuer dans de bonnes conditions, l'autre moyen étant la tarification du transport. Cette séparation vise à résoudre le problème posé par la coexistence, au sein d'un même opérateur historique intégré, d'activités de production et d'acheminement de l'électricité. Elle doit garantir que l'opérateur du réseau n'utilise pas son monopole de transport pour avantager les installations de production de son entreprise au détriment des compétiteurs. Elle doit aussi permettre de veiller à ce que les conditions d'accès aux réseaux soient identiques pour toutes les installations de production, en vérifiant l'orientation vers les coûts de la tarification adoptée, son caractère non discriminatoire et l'absence de subventions croisées entre activités. La tentation existe, en effet, pour les opérateurs intégrés, de placer le maximum de charges sur les activités de monopole au bénéfice des activités en concurrence »¹⁵³ (soulignement ajouté).
234. Le Conseil de la concurrence avait déjà souligné à plusieurs reprises, que : « la coexistence au sein d'EDF d'activités sous monopole (approvisionnement de la clientèle captive, transport, distribution) et d'activités concurrencées (marché des éligibles) peut générer des pratiques de subventions croisées entre activités, de nature à faciliter des pratiques de prix prédateurs à destination des clients éligibles, compensés par des surcoûts pesant sur les clients captifs et à interdire l'accès au marché de compétiteurs potentiels »¹⁵⁴.
235. Dans un avis du 28 avril 1998¹⁵⁵, après avoir souligné que « de telles pratiques, qui seraient sans doute contraires à la mission de service public, constitueraient des infractions à la

¹⁵² Electricité de France (EDF) a été créé sous la forme d'un établissement public industriel et commercial en 1946 et placé en situation de monopole légal pour assurer la production, le transport et la distribution de l'électricité en métropole jusqu'à la libéralisation des marchés de l'électricité à l'échelle européenne.

¹⁵³ Conseil de la concurrence, avis n° 00-A-29 du 30 novembre 2000 relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité.

¹⁵⁴ *Ib idem*.

¹⁵⁵ Conseil de la concurrence, avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE.

concurrence », il a rappelé le principe sans cesse réaffirmé par lui dans les secteurs en cours de libéralisation¹⁵⁶, selon lequel « lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché exerce à la fois des activités d'intérêt général et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activités, de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés ».

236. Dans une décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum, le Conseil de la concurrence a confirmé « *qu'est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle* ». Le Conseil de la concurrence a ajouté qu'une « *subvention croisée peut à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché* » et que « *la mise à disposition de moyens tirés de l'activité de monopole pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel sans contreparties financières reflétant la réalité des coûts est constitutive de l'octroi de subventions susceptibles d'être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles* ».

L'Autorité partage entièrement cette analyse et en conclut que la séparation des activités d'un opérateur intégré exerçant à la fois en situation de monopole pour assurer une mission de service public et sur des marchés concurrentiels en amont ou en aval constitue la condition minimale nécessaire au bon fonctionnement de la concurrence sur les marchés concurrentiels afin de garantir un accès aux réseaux de tous les concurrents à des conditions objectives et non discriminatoires et d'éviter le risque de subventions croisées.

237. Théoriquement, il existe quatre formes de séparation des activités des opérateurs intégrés exerçant à la fois des activités sous monopole et des activités concurrentielles : la *séparation structurelle* des activités au sein d'entreprises distinctes sur le plan juridique et sur le plan capitalistique qui est la plus évidente, la *séparation juridique* des activités par la création de filiales au sein d'un même groupe, la *séparation fonctionnelle* où chaque activité est gérée par une structure indépendante sur le plan de la gestion mais interne à la même entreprise (création de département autonomes) et la *séparation comptable* des activités de l'opérateur intégré, qui est la forme la plus faible de séparation des activités et qui nécessite un contrôle accru de la part des autorités de régulation et une transparence complète de la part de cet opérateur¹⁵⁷.
238. En métropole, l'ouverture progressive des marchés de l'électricité sous l'impulsion de la réglementation européenne a conduit l'opérateur historique, Electricité de France (EDF) à se transformer progressivement en société et à séparer ses activités de production, transport, distribution et fourniture d'électricité, d'abord comptablement sous le contrôle d'un régulateur

¹⁵⁶ Conseil de la concurrence, avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995 concernant le Sernam ; avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 concernant La Poste ; avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997 concernant France Télécom.

¹⁵⁷ Conseil de la concurrence, avis n° 00-A-29 du 30 novembre 2000.

indépendant, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) en 2000. Puis, en 2005, la société EDF a été contrainte par la loi de procéder à une séparation juridique de son activité de transport (à travers la création de la filiale Réseau de transport de l'électricité-RTE¹⁵⁸) et de son activité de distribution d'électricité (à travers la création de la filiale Enedis) par rapport à ses activités de production et de fourniture d'électricité¹⁵⁹.

239. En Polynésie française, la séparation juridique de l'activité de transport de l'énergie électrique à Tahiti par rapport à l'opérateur historique qu'est le groupe EDT-Engie¹⁶⁰ a été mise en œuvre dès 1985 avec la création de la société de transport d'énergie électrique (TEP), filiale du groupe EDT-Engie¹⁶¹. Il n'en demeure pas moins que la gestion du système électrique polynésien comme la péréquation tarifaire inter-îles et la collecte de la taxe sur l'électricité sont réalisées directement par le groupe EDT-Engie, également en position dominante sur le marché de la production d'électricité – ouvert à la concurrence – et sur le marché de la distribution d'électricité où il est attributaire de toutes les concessions de distribution de l'énergie¹⁶².
240. Conscient des risques sur la concurrence qu'entraîne cette situation, le gouvernement polynésien a préparé une réforme de son code de l'énergie et saisi l'autorité polynésienne de la concurrence (APC) pour avis en 2018. Dans son avis, l'autorité polynésienne de la concurrence a notamment recommandé une séparation structurelle de l'activité de transport confiée à la société TEP par rapport aux autres activités du groupe EDT-Engie à travers la sortie du capital du groupe EDT-Engie : « *Le transporteur renforcé ne devrait pas être lié, ou contrôlé d'aucune façon par, des acteurs présents sur les marchés de production et de distribution en Polynésie française* ». Elle a donc proposé que « *(..) Les parties prenantes, EDT et le Pays, aboutissent au plus tôt à une séparation de propriété complète entre le groupe historique et l'opérateur de transport par la cession de l'ensemble des parts du capital de la TEP détenues par l'opérateur historique intégré. Cette évolution est des plus souhaitables, car de nature à assurer l'absence d'interférence de l'un dans l'autre, à finaliser la montée en responsabilités du transporteur et*

¹⁵⁸ Initialement filiale à 100 % de la société EDF, RTE est depuis 2016 détenue à 49,9 % de ses parts au consortium associant la Caisse des dépôts et consignations et CNP Assurance.

¹⁵⁹ Voir l'obligation posée par l'article L. 111-7 du code de l'énergie métropolitain qui prévoit que : « *La gestion d'un réseau de transport d'électricité ou de gaz est assurée par des personnes distinctes de celles qui exercent des activités de production ou de fourniture, selon le cas, d'électricité ou de gaz* » et l'article L. 111-57 qui prévoit que « *La gestion d'un réseau de distribution d'électricité ou de gaz naturel desservant plus de 100 000 clients sur le territoire métropolitain continental est assurée par des personnes morales distinctes de celles qui exercent des activités de production ou de fourniture d'électricité ou de gaz.* »

¹⁶⁰ La société Electricité de Tahiti (EDT) est une filiale de la société Engie SA. EDT-Engie est présent aux différents stades de la chaîne de valeur du secteur de l'électricité en Polynésie française : de la production à la distribution en passant par le transport. Ainsi, le groupe exploite l'essentiel des unités de production électrique en Polynésie française et transporte cette électricité à Tahiti via sa filiale TEP. Il est également l'attributaire de l'intégralité des concessions de distribution en Polynésie française.

¹⁶¹ La société Transport d'Énergie électrique en Polynésie (ci-après « TEP ») a été créée en 1985 à l'initiative de la collectivité de la Polynésie française pour être concessionnaire du service public du transport de l'électricité haute tension sur l'île de Tahiti. Depuis 1989, elle est titulaire d'une délégation de service public lui conférant le monopole sur Tahiti de diverses prestations tenant au transport d'énergie électrique. Cette délégation expire en 2027. La TEP est, depuis sa création, une entreprise à capitaux publics majoritaires. Elle est actuellement détenue majoritairement par le Pays à hauteur de 51 %. Les 49 % restant sont répartis entre EDT (39 %), OCI-Groupe Socredo3 (5 %) et l'Agence Française de Développement (5 %). Son fonctionnement et son organisation ont été alignés sur le statut des sociétés d'économies mixtes locales (SEML) en août 2014.

¹⁶² Voir le « rapport d'observations définitives à la collectivité de la Polynésie française (Politique de l'énergie) » d'octobre 2017 de la Chambre territoriale des comptes : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2017-10/ROD2%20politique%20%C3%A9nergie.pdf>

à garantir sa neutralité et son impartialité dans le traitement des producteurs à l'amont et des distributeurs à l'aval¹⁶³ » (soulignement ajouté).

241. Le 8 juillet 2019, le gouvernement polynésien a adopté un nouveau code de l'énergie non publié au jour de la rédaction du présent avis. Selon le communiqué officiel, « *Ce Code de l'énergie permettra d'instaurer une meilleure régulation du secteur de l'électricité destinée à favoriser le pluralisme en trois objectifs opérationnels : 1) séparer les activités de production, de transport et de distribution sur Tahiti : Ce dégroupage favorise la concurrence, d'une part, en répondant à une exigence de transparence ; et d'autre part, en permettant d'améliorer les conditions d'accès d'un plus grand nombre d'acteurs au marché de la production d'énergie (...)* ». Cette disposition devrait permettre de veiller, entre autres, « *à ce que les conditions d'accès aux réseaux de transport et de distribution d'électricité n'entravent pas le développement de la concurrence* »¹⁶⁴.
242. **Au regard de l'organisation du secteur de l'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité ne peut que constater que la séparation des activités sous monopole et des activités concurrentielles au sein des opérateurs, qui serait de nature à garantir l'existence d'une concurrence saine sur les marchés ouverts à la concurrence, n'est pas prévue par la réglementation ni par leurs statuts et règles de fonctionnement interne.**
243. Ainsi, au sein de la société Enercal, les activités de production, de transport et de distribution de l'électricité ne font pas l'objet d'une séparation juridique ni même d'une véritable séparation fonctionnelle et la société ne dispose pas d'une comptabilité analytique parfaitement transparente qui permettrait aux régulateurs de contrôler l'existence ou non de subventions croisées notamment et de caractériser, par exemple, un éventuel abus de position dominante.
244. **L'Autorité considère donc que l'organisation du système d'énergie électrique en Nouvelle-Calédonie, et en particulier l'absence de séparation des activités de production, transport et distribution au sein de la société Enercal, est susceptible de placer cet opérateur en situation de commettre un abus de position dominante.**
245. Ce risque a d'ailleurs été souligné par son principal concurrent, la société EEC qui a déclaré : « *Le fait que ce soit l'actionnaire majoritaire d'ENERCAL qui fixe les règles de rentabilité et de rémunération des concurrents d'ENERCAL est en soi source de difficultés, lesquelles sont d'autant plus importantes qu'ENERCAL peut utiliser les revenus qu'elle tire de son activité de transport (dont elle est la seule à pouvoir bénéficier) pour agir sur le marché de la distribution électrique. Cette possibilité de subventions croisées est de nature à gravement nuire à la concurrence sur le marché de la distribution d'électricité, au détriment des concurrents d'ENERCAL et ce d'autant plus en présence d'un régulateur qui n'est pas indépendant* »¹⁶⁵.
246. Etant donné que le renouvellement de la concession d'énergie électrique de la commune de Nouméa ne repose que marginalement sur des éléments financiers, l'Autorité considère toutefois que le risque de pratique de prix prédateurs de la part de la société Enercal, qui serait de nature à constituer un abus de position dominante, serait faible.

¹⁶³ Voir le point 130 de l'avis n° 2018-AO-03 du 10 août 2018 sur le projet de loi du pays instituant un code de l'énergie de la Polynésie française <https://www.autorite-concurrence.pf/avis/section-avis/160>

¹⁶⁴ Voir le communiqué de la ministre de la modernisation de l'administration en charge de l'énergie et du numérique du 9 juillet 2019 : <https://www.presidence.pf/la-polynesie-francaise-se-dote-dun-code-de-lenergie/>

¹⁶⁵ Voir la réponse de la société EEC au questionnaire (annexe 55).

247. Le risque de subventions croisées entre l'activité transport et l'activité distribution d'Enercal doit également être relativisé en l'absence du versement de la composante de stabilité par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie car elle conduirait Enercal à enregistrer des pertes sur son activité de transport actuellement.
248. Il n'en demeure pas moins que la commune de Nouméa devra rester vigilante lors de l'analyse de l'offre de la société Enercal pour apprécier s'il existe des indices susceptibles de caractériser l'existence de subventions croisées permettant à la société Enercal de proposer des prestations qu'elle n'aurait pas été en mesure de proposer si elle n'avait pas pu profiter de son monopole du transport d'électricité.

Recommandation n° 6 : être vigilant lors de l'analyse de l'offre de la société Enercal pour apprécier s'il existe des indices susceptibles de caractériser l'existence de subventions croisées lui ayant permis de proposer des prestations qu'elle n'aurait pas été en mesure de proposer si elle n'avait pas pu profiter de son monopole sur le marché du transport de l'électricité.

249. Sur ce point, les représentants de la DIMENC restent prudents et confirment les préoccupations de concurrence de l'Autorité liées à l'absence de séparation des activités au sein de la société Enercal : « *Dans l'idéal, il faut garantir un niveau d'informations identiques entre les deux opérateurs. Il aurait été plus simple, selon moi, que les activités d'Enercal en matière de distribution soient aux mains d'une entreprise distincte au sein d'Enercal. L'audit de la CRE permettra sur une base objective au GNC de rétablir des règles du jeu plus justes pour les différents acteurs s'il le souhaite* »¹⁶⁶.
250. Les experts de la CRE ont confirmé ce point en indiquant avoir reçu mandat de « *réaliser un audit de performance des deux opérateurs, et de formuler à partir de cette analyse des recommandations quant à l'organisation du secteur électrique, notamment l'activité distribution. Des recommandations quant à des évolutions du modèle tarifaire pourront également être formulées* »¹⁶⁷.
251. En séance, le commissaire du gouvernement a précisé que le rapport de la CRE était très attendu et qu'il devrait être rendu d'ici le mois de septembre 2019. Plus généralement, il a confirmé que la remise de ce rapport pourrait être l'occasion, si le gouvernement le souhaite, de conduire une réforme d'ampleur de l'organisation du secteur de l'énergie électrique calédonien tant sur le plan tarifaire à travers la révision de la délibération n° 195 que sur le plan de la régulation du système électrique pour répondre aux critiques mentionnées précédemment.
252. Dans ces conditions, l'Autorité recommande à la commune de Nouméa de s'interroger sur l'opportunité ou non de décaler le lancement d'un nouvel appel à candidatures pour la concession de Nouméa compte tenu de ses contraintes propres et de l'impact d'une potentielle réforme d'ampleur de la réglementation du secteur électrique calédonien au cours de l'année 2020.

¹⁶⁶ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la DIMENC (annexe 9).

¹⁶⁷ Voir les échanges de courriels du service d'instruction avec les experts de la CRE chargés d'une mission d'audit par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (annexe 42).

Recommandation n° 7 : réfléchir à l'opportunité ou non de décaler le lancement d'un nouvel appel à candidatures pour la concession de Nouméa compte tenu des contraintes propres de la Mairie et de l'impact potentiel d'une possible réforme d'ampleur de la réglementation du secteur électrique calédonien au cours de l'année 2020 sur un contrat de concession qui viendrait d'être renouvelé sur la base d'une réglementation devenue obsolète.

2. L'absence de régulateur indépendant ne garantit pas le fonctionnement concurrentiel des marchés de l'énergie électrique

253. Sur le territoire calédonien, le régulateur du secteur électrique est le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, par l'intermédiaire de la DIMENC. Or, la collectivité de Nouvelle-Calédonie est l'actionnaire majoritaire de la société Enercal en position dominante sur le marché de la production électrique, en monopole sur le marché du transport et en concurrence avec la société EEC (à ce jour) sur le marché de la distribution de l'énergie électrique lors des appels d'offres lancés par les communes pour le renouvellement de leur concession.
254. Comme l'Autorité l'a démontré précédemment, cette situation est critiquée par la société EEC qui considère que le gouvernement est enclin à réguler le secteur dans un sens favorable à la société Enercal dont il est le principal actionnaire, au détriment de ses concurrents (voir *supra* points 58 à 62). L'adoption de l'arrêté n° 2019-747-GNC du 26 mars 2019 portant modifications de l'arrêté modifié n°2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente d'électricité en serait l'une des manifestations.
255. Cette situation est également critiquée par la Mairie de Nouméa qui estime avoir subi l'adoption de cet arrêté limitant, sans préavis ni concertation, la part des redevances communales prise en compte dans les charges du concessionnaire à hauteur de 8,6 % de sa marge commerciale alors que le niveau actuel fixé par la commune de Nouméa est de 12 %. Selon les représentants de la Mairie, cet arrêté, pris à la fin de la période de remise des offres des candidats au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa, a perturbé la procédure de mise en concurrence et contraint la Mairie de Nouméa à suspendre la procédure dans un premier temps puis à l'annuler.
256. En effet, compte tenu de l'impact de cette mesure réglementaire sur la commune de Nouméa (qui perdrait 30 % du produit de cette redevance par rapport à la situation actuelle si elle respectait ce nouveau plafond) ou sur le futur concessionnaire (qui verrait ses bénéfices réduits en raison de la non-compensation du surplus par le système tarifaire et qui pourrait dès lors réduire son niveau d'investissement), la Mairie de Nouméa a formé un recours en annulation contre cet arrêté devant le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie, encore pendant.
257. Si l'Autorité n'est pas compétente pour apprécier la validité de cet arrêté ni ses conséquences sur les conditions de renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa, elle ne peut que constater que son adoption, au cours de la phase d'élaboration des offres, soulève des objections sur le plan économique, voire un climat de suspicion d'une éventuelle inégalité de traitement entre les opérateurs concernés, principalement en raison du fait que son auteur – le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie – est actionnaire principal de l'un des candidats au renouvellement de la concession, en l'occurrence la société Enercal.

258. Au-delà de cette difficulté, les experts de la CRE interrogés au cours de l’instruction ont ajouté que : « *En Nouvelle-Calédonie, les revenus d’Enercal et EEC sont fixés par le gouvernement mais sans réel suivi ou validation de leurs coûts ou de leurs programmes d’investissements par l’autorité de tutelle* »¹⁶⁸.
259. Ces difficultés montrent qu’une réflexion mériterait d’être engagée à l’échelle de la Nouvelle-Calédonie pour améliorer le dispositif de régulation du secteur de l’énergie électrique.
260. Dans le secteur des industries de réseaux nécessitant une régulation sectorielle *ex ante*, le législateur considère traditionnellement que pour assurer le bon fonctionnement de ces marchés, l’idéal est d’instaurer une autorité de régulation indépendante du gouvernement, d’une part, et des opérateurs économiques, d’autre part, chargée des missions suivantes :
- **veiller au bon fonctionnement et au développement des réseaux**, mission qui recouvre diverses actions tenant à la gestion des contraintes techniques liées aux activités et contingences propres à la fourniture du service, pour sa continuité notamment ;
 - **garantir le droit d’accès aux réseaux aux opérateurs à des conditions objectives et non discriminatoires**, ce qui impose de disposer d’un pouvoir d’édition des normes générales et/ou de prescriptions individuelles, assortis de pouvoirs de contraintes, à l’attention des acteurs économiques (pouvoirs d’enquête et de sanction des manquements aux normes, règlement de différends pouvant infléchir la liberté commerciale et contractuelle des acteurs privés, etc.) ;
 - **disposer d’un pouvoir d’intervention en matière tarifaire**, en particulier dans une industrie de réseau en tout ou partie ouverte à la concurrence où opèrent des acteurs verticalement intégrés. A cet égard, différentes modalités d’intervention tarifaire sont possibles (proposition, homologation, consultation, etc.), idéalement dans une perspective pluriannuelle pour garantir davantage de stabilité et de prévisibilité, à l’instar de ce que fait la CRE en métropole : le cadre réglementaire y prévoit notamment que le régulateur sectoriel propose les tarifs d’utilisation des réseaux et infrastructures publics, et conseille sur les évolutions des prix des tarifs réglementés de l’électricité et du gaz, ces prix devant couvrir les coûts supportés par les fournisseurs historiques ;
 - **garantir l’indépendance des gestionnaires de réseaux** grâce au contrôle du respect des règles de séparation des activités de production, de transport et de distribution du service en assurant notamment le contrôle comptable des opérateurs participant à la chaîne de valeur du secteur et la surveillance des marchés concernés.
261. En l’espèce, l’Autorité considère que la réforme à venir de la réglementation du secteur de l’énergie électrique en Nouvelle-Calédonie pourrait être l’occasion de réfléchir à une nouvelle forme de régulation sectorielle susceptible de s’inspirer des principes rappelés ci-dessus pour écarter tout risque d’atteinte à la concurrence du fait de l’organisateur du secteur.

¹⁶⁸ Voir la réponse de la CRE (annexe 42).

Conclusion

262. En réponse à la demande d'avis de la Mairie de Nouméa, l'Autorité a analysé les risques d'atteinte à la concurrence auxquels la Mairie serait susceptible d'être confrontée dans le cadre du lancement d'un nouvel appel à candidatures pour le renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa et formule sept recommandations (voir le récapitulatif ci-après).
263. Cet avis n'obère pas la possibilité pour l'Autorité de sanctionner ultérieurement une pratique d'entente au sens de Lp. 421-1 du code de commerce ou d'abus de position dominante au sens de l'article Lp. 421-2 du code de commerce si une telle pratique venait à être constatée dans le cadre d'une procédure contentieuse.

Les 7 recommandations adressées à la Mairie de Nouméa

Recommandation n° 1 : éviter d'organiser des séances d'informations communes à toutes les entreprises susceptibles de candidater et privilégier des visites individuelles sur site, hors la présence du concessionnaire si possible, afin de ne pas favoriser l'échange d'informations entre concurrents susceptibles de limiter l'indépendance de leurs offres.

Recommandation n° 2 : évaluer l'opportunité et la légalité de proposer le renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique à Nouméa pour une durée de dix ans (au lieu de quinze), étant donné la nature des investissements envisagés et l'évolution rapide des marchés de l'électricité en Nouvelle-Calédonie sous l'impulsion du schéma de transition énergétique et de la réforme à venir de la réglementation tarifaire, pour renforcer la concurrence « pour le marché ».

Recommandation n° 3 : rappeler, dans le dossier d'appel à candidature relatif au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa, l'obligation pour des entreprises appartenant à un même groupe ou ayant des liens juridiques et financiers entre elles qui souhaitent soumissionner qu'elles doivent en informer la commune de Nouméa dans la présentation de leur offre et qu'elles disposent des options suivantes :

– si chaque entreprise concernée dispose d'une autonomie commerciale pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue (directions différentes, moyens propres pour établir l'offre, capacité de production autonome...), elles peuvent choisir de déposer chacune une offre élaborée de manière indépendante sans aucun échange d'information sur l'appel d'offres, ou déposer une offre commune permettant des concertations entre elles. En revanche, elles ne peuvent pas déposer à la fois une offre groupée et des offres individuelles ;

– si les entreprises concernées ne sont pas autonomes commercialement, elles ne peuvent présenter qu'une offre groupée pour répondre à l'appel d'offres ou choisir l'entreprise du groupe qui présentera une seule offre pour le marché considéré. Il est donc interdit à des entreprises qui appartiennent au même groupe et qui ne sont pas autonomes commercialement de présenter chacune une offre car il est certain que ces offres ne seront pas indépendantes et conduiront la collectivité publique à se méprendre sur le véritable degré de concurrence sur le marché (risque d'offres de couverture, de répartition de marché...).

Dans l'hypothèse où des entreprises appartenant à un même groupe ou ayant des liens juridiques et financiers mais autonomes commercialement feraient le choix de présenter chacune une offre, leur imposer de fournir les éléments matériels démontrant les mesures prises pour éviter tout risque d'échanges d'informations entre elles relatives à cet appel d'offres.

Recommandation n° 4 : veiller à transmettre le même niveau d'informations à tous les candidats au renouvellement de la concession d'énergie électrique de Nouméa, en particulier lorsque ces informations émanent du concessionnaire sortant.

Recommandation n° 5 : compléter le dossier d'appel à candidature pour inclure une brève définition des pratiques anticoncurrentielles et des sanctions susceptibles d'être encourues par les candidats en cas de non-respect du droit de la concurrence.

Recommandation n° 6 : être vigilant lors de l'analyse de l'offre de la société Enercal pour apprécier s'il existe des indices susceptibles de caractériser l'existence de subventions croisées lui ayant permis de proposer des prestations qu'elle n'aurait pas été en mesure de proposer si elle n'avait pas pu profiter de son monopole sur le marché du transport de l'électricité.

Recommandation n° 7 : réfléchir à l'opportunité ou non de décaler le lancement d'un nouvel appel à candidatures pour la concession de Nouméa compte tenu des contraintes propres de la Mairie et de l'impact potentiel d'une possible réforme d'ampleur de la réglementation du secteur électrique calédonien au cours de l'année 2020 sur un contrat de concession qui viendrait d'être renouvelé sur la base d'une réglementation devenue obsolète.

Délibéré sur le rapport oral de M. Loïc Rochas, rapporteur, Mme Virginie Cramenil de Laleu, rapporteure générale, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente et MM. Jean-Michel Stoltz, vice-président et MM. Robin Simpson et Matthieu Buchberger, membres.

La secrétaire de séance,

La Présidente,



Marie-Christine Marzin

Aurélie Zoude-Le Berre