

N° 386810
Société Direct Energie

N°s 381255 – 383722 – 386078
Association nationale des opérateurs
détaillants en énergie (ANODE)

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies
Séance du 13 mai 2016
Lecture du 18 mai 2016

CONCLUSIONS

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public

Peut-être parce qu'on ne se lasse jamais des bonnes choses, les présentes requêtes vous conduiront à nouveau à vous interroger sur les modalités de calcul des tarifs réglementés de vente de l'électricité et à vous prononcer, pour la première fois, sur la méthodologie prévue par le décret n° 2014-1250 du 28 octobre 2014 qui a modifié le décret n° 2009-975 du 12 août 2009.

Avant cette modification, le décret du 12 août 2009 régissant la méthode de fixation des tarifs réglementés de vente d'électricité disposait à son article 3 que les niveaux de ces tarifs étaient calculés « *de manière à couvrir les coûts de production, les coûts d'approvisionnement, les coûts d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution et les coûts de commercialisation, que supportent pour fournir leurs clients Electricité de France et les distributeurs non nationalisés (...), ainsi qu'une marge raisonnable* ».

Mais la fixation de ces tarifs était aussi – et d'abord – régie par la loi, qui avait subi d'importants changements entre l'intervention du décret de 2009 et l'adoption du décret de 2014, du fait des modifications profondes apportées par la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (dite NOME).

Afin de permettre une ouverture effective du marché de l'électricité, cette loi a notamment, d'une part, instauré au profit des fournisseurs alternatifs un droit d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH), de manière transitoire jusqu'en 2025 et limité en volume, à des conditions équivalentes à celles dont bénéficie EDF et reflétant les coûts économiques de production du parc électro-nucléaire du fournisseur historique.

Cette loi a, d'autre part, maintenu le principe des tarifs réglementés de vente pour les petits consommateurs (tarifs bleus) mais décidé la suppression au 31 décembre 2015 des tarifs réglementés pour les plus gros consommateurs (tarifs verts et jaunes). S'agissant du niveau de ces

tarifs, la loi NOME a par ailleurs modifié l'article 4 de la loi du 10 février 2000, en supprimant l'alinéa de cet article qui prévoyait que « *matérialisant le principe de gestion du service public aux meilleures conditions de coûts et de prix mentionné à l'article 1er, les tarifs réglementés de vente d'électricité couvrent l'ensemble des coûts supportés à ce titre par Electricité de France et par les distributeurs non nationalisés (...)* ». Elle l'a remplacé par deux alinéas ayant pour objet d'assurer une transition vers un nouveau système tarifaire au 31 décembre 2015, que vous avez désignée dans votre décision *Société Poweo* du 24 avril 2013 (n° 352242, T. pp. 621-796) comme « *une convergence tarifaire propre à résorber l'écart structurel existant, pour des raisons historiques qui tiennent à l'économie générale du marché de l'électricité en France, entre le niveau des tarifs réglementés de l'électricité et les coûts de fourniture de l'électricité distribuée à un tarif de marché.* »

Les dispositions du II de l'article 4 de la loi du 10 février 2000 ainsi modifiée ont ensuite été codifiées en 2011 au code de l'énergie à l'article L. 337-5, aux termes duquel « *Les tarifs réglementés de vente d'électricité sont définis en fonction de catégories fondées sur les caractéristiques intrinsèques des fournitures, en fonction des coûts liés à ces fournitures* », et à l'article L. 337-6, disposant que : « *Dans un délai s'achevant au plus tard le 31 décembre 2015, les tarifs réglementés de vente d'électricité sont progressivement établis en tenant compte de l'addition du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément à la fourniture d'électricité qui inclut la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale. (...)* ».

C'est dans ce cadre juridique que le ministre de l'économie et des finances et le ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie ont adopté l'arrêté du 26 juillet 2013 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, qui faisait suite à de précédents arrêtés ayant connu des sorts contentieux généralement funestes. Cet arrêté, entré en vigueur le 1^{er} août 2013, prévoyait une nouvelle grille tarifaire conduisant à une hausse de 5 % pour les tarifs bleus, 2 % pour les tarifs jaunes et 0% pour les tarifs verts. Son article 6 disposait par ailleurs : « *Les barèmes du Tarif Bleu, tels qu'annexés, sont augmentés de 5 % en moyenne à compter du 1er août 2014. Ce niveau sera ajusté en fonction de l'évolution effective des coûts sur la période tarifaire concernée.* » Cette dernière disposition a toutefois été supprimée par un arrêté du 28 juillet 2014. Les tarifs prévus par l'arrêté du 26 juillet 2013 ont ainsi continué de s'appliquer, à niveau inchangé, après le 1^{er} août 2014 et pendant quelques mois encore, le temps que le Gouvernement élabore et peaufine son nouveau décret relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, finalement adopté le 28 octobre 2014 et sur le fondement duquel un nouvel arrêté tarifaire a été pris le 30 octobre 2014.

Les quatre requêtes qui ont été appelées sont dirigées contre la décision implicite par laquelle les ministres ont rejeté la demande du 14 février 2014 de l'ANODE tendant à l'abrogation de l'arrêté du 26 juillet 2013 et à l'adoption d'un nouvel arrêté tarifaire conforme aux règles posées par le code de l'énergie et par le décret du 12 août 2009, contre l'arrêté du 28 juillet 2014 ayant abrogé l'article 6 de l'arrêté du 26 juillet 2013 prévoyant une hausse moyenne des tarifs bleus de 5% au 1^{er} août 2014, contre le décret du 28 octobre 2014 modifiant le décret du 12 août 2009, et contre l'arrêté tarifaire du 30 octobre suivant.

Nous vous proposons d'aborder ces différentes affaires en suivant la chronologie des actes attaqués, et par suite, de commencer par la requête n° 381255 dirigée contre le refus d'abrogation de l'arrêté du 26 juillet 2013.

Si, dans un premier temps, prenant sans doute acte de la volonté du Gouvernement de prévoir une augmentation des tarifs bleus de 5 % en 2013 et 5 % en 2014, l'ANODE avait choisi de ne pas attaquer l'arrêté du 26 juillet 2013, elle s'est toutefois ravisée lors de l'augmentation au 1^{er} janvier 2014 de 3,6% du TURPE, estimant dans ces conditions trop insuffisant le niveau des tarifs prévu par l'arrêté du 26 juillet 2013. Le 14 février 2014, elle a ainsi saisi les ministres d'une demande tendant à l'abrogation de l'arrêté de 2013 en vue de l'édiction de tarifs plus élevés. Elle vous demande aujourd'hui d'annuler pour excès de pouvoir le rejet implicite de cette demande, et d'enjoindre aux ministres d'abroger cet arrêté ainsi que d'adopter un nouvel arrêté conforme aux dispositions applicables.

En défense, le ministre de l'économie et de l'industrie soutient que cette requête a perdu son objet en cours d'instance, du fait de l'adoption, le 30 octobre 2014, du nouvel arrêté tarifaire.

Pour peu satisfaisante que puisse apparaître une telle solution, nous pensons que le ministre a raison et qu'en l'état de votre jurisprudence, vous ne pourrez que prononcer un non-lieu à statuer.

En effet, à la différence des recours en annulation directement formés contre l'acte lui-même, qui ne perdent leur objet qu'en cas de retrait rétroactif et définitif de cet acte, votre jurisprudence sur les contentieux dirigés contre des refus d'abrogation a évolué dans un sens défavorable au requérant et se contente d'une simple abrogation en cours d'instance pour constater la perte d'objet du litige.

Ainsi, alors que vous aviez d'abord refusé de prononcer le non-lieu en cas d'abrogation en cours d'instance, en relevant que les dispositions réglementaires faisant l'objet de la demande d'abrogation n'avaient pas rétroactivement disparu du fait de l'abrogation et qu'elles avaient reçu application (CE, 22 novembre 2000, *Fédération nationale des familles de France*, n° 210718 ; CE, 1^{er} octobre 2001, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers*, n° 199337, p. 443), votre jurisprudence constante est désormais bien établie en ce sens qu'il n'y a pas lieu pour le juge de statuer sur le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un refus opposé à une demande d'abrogation d'un acte réglementaire, lorsque l'administration procède en cours d'instance à l'abrogation demandée (CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, n° 218067, p. 401 ; CE, 30 décembre 2002, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, n° 238032, T. pp. 609-881). Et ce, alors même que l'acte abrogé aurait reçu exécution lorsqu'il était en vigueur et a ainsi produit des effets (v. votre décision *Confédération nationale des syndicats dentaires* déjà mentionnée) ou que l'acte abrogatif ne serait pas encore définitif et ferait l'objet d'un recours contentieux pendant lors du constat du non-lieu (CE, 20 mai 2005, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications*, n° 250516, T. p. 1047 sur ce point). Vous ne faites exception au prononcé d'un non-lieu que dans l'hypothèse où l'acte est remplacé par des dispositions identiques ou assorties de modifications de pure forme (CE, Section, 5 octobre 2007, *Ordre des avocats au barreau d'Evreux*, n° 282321, p. 411).

Dans la même logique, vous jugez, depuis votre décision *Association Bretagne Ateliers* du 27 juillet 2005 (n° 261694, p. 350), revenant sur des jurisprudences antérieures contraires, qu'un contentieux d'excès de pouvoir dirigé contre le refus de prendre un texte réglementaire d'application d'une loi perd son objet dès lors qu'en cours d'instance, l'autorité compétente a édicté un tel acte.

Vous fondez ces solutions sur le constat, explicite dans votre décision *CAMIF*, que l'abrogation en cours d'instance – ou l'édition du texte d'application – emporte des effets identiques à ceux qu'aurait l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir du refus initial d'abroger un texte ou d'en édicter un nouveau, et ôte ainsi tout effet utile à l'intervention du juge.

En effet, alors même que l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger ou d'édicter un texte est rétroactive, vous considérez qu'en exécution de cette annulation, l'administration ne peut prendre de mesures réglementaires rétroactives et ne peut abroger ou édicter un texte nouveau que pour l'avenir. A la différence du recours pour excès de pouvoir direct contre l'acte initial, le contentieux « *Alitalia* » du refus d'abrogation ou de modification apparaît ainsi comme un contentieux croupion ou, pour le dire plus élégamment, selon les termes choisis par le président Stahl dans ses conclusions sur l'affaire *Confédération nationale des syndicats dentaires*, un « contentieux parasite ». Ainsi qu'il l'expliquait également dans ses conclusions sur l'affaire *Association Bretagne Ateliers*, « Rien de mieux n'est à attendre de la décision du juge, à part l'annulation purement platonique d'une décision artificielle, parce qu'on ne peut sérieusement soutenir que l'intervention du juge devrait se traduire par l'entrée en vigueur à titre rétroactif du texte réglementaire nécessaire à l'application du texte supérieur : le principe de non-rétroactivité s'oppose absolument à ce qu'il en aille ainsi (...). Certes, il est vrai que l'abstention du pouvoir réglementaire a produit des effets en paralysant pendant un temps l'entrée en vigueur du texte supérieur. Mais ces effets ne s'attachent pas, en propre, à la décision de refus qui tient lieu d'accroche au contentieux d'excès de pouvoir et qui ne sert, en vérité, qu'à lier le contentieux à un instant déterminé. (...) Sans doute les effets de l'abstention du pouvoir réglementaire, s'ils ont causé un préjudice, pourront fonder une action indemnitaire, mais ils le pourront de toute façon, indépendamment du sort du contentieux d'excès de pouvoir ».

Eu égard à la différence de philosophie et d'effet entre le recours pour excès de pouvoir direct et le contentieux des refus (d'abrogation ou de modification), l'état du droit, pour sévère qu'il soit, nous semble donc clairement fixé en ce sens que l'intervention le 30 octobre 2014 d'un nouvel arrêté tarifaire, qui a mis fin à l'application des tarifs fixés par l'arrêté du 26 juillet 2013 et a augmenté ces tarifs selon les règles de calcul nouvellement édictées par le décret du 28 octobre 2014, a privé d'objet le recours en annulation du refus d'abroger et modifier l'arrêté du 26 juillet 2013, y compris ses conclusions accessoires à fin d'injonction.

Compte tenu des effets limités d'une décision juridictionnelle d'annulation de ce refus, qui ne permettrait pas d'adopter un nouvel arrêté tarifaire révisant à la hausse, pour le passé, les tarifs qui étaient prévus par l'arrêté du 26 juillet 2013, et qui n'affecterait pas l'arrêté en cours d'application, il nous semble juridiquement indifférent que le rattrapage complet des coûts qui n'auraient pas été couverts pour une période tarifaire antérieure ne sera jamais possible – en particulier pour les tarifs jaunes et verts, qui n'existent plus depuis le 31 décembre 2015.

A cet égard, rappelons que, par une décision *Mme Veuve L... née M...* du 11 janvier 2006 (n° 274282, T. p. 1023 sur ce point), vous avez jugé que lorsque le refus opposé à une demande d'abrogation d'un acte fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et que cet acte cesse d'être applicable avant que le juge ait statué, le recours perd son objet alors même que l'acte continuerait de produire des effets indirects ou induits, comme c'était le cas, dans cette affaire, pour un acte fixant une augmentation de tarifs pour une année donnée.

Vous constaterez donc que les conclusions de la requête n° 381255 sont devenues sans objet et qu'il n'y a plus lieu d'y statuer.

Passons à la requête suivante, formée sous le n° 383722 et dirigée contre l'arrêté du 28 juillet 2014 par lequel ont été supprimés, à l'article 6 de l'arrêté du 26 juillet 2013, les mots « *Les barèmes du Tarif Bleu, tels qu'annexés, sont augmentés de 5 % en moyenne à compter du 1er août 2014. Ce niveau sera ajusté en fonction de l'évolution effective des coûts sur la période tarifaire concernée.* »

La première question soulevée par la requête est celle de sa recevabilité, au regard du caractère décisoire ou non de l'acte attaqué. Ce dernier dépend du point de savoir si la phrase ainsi supprimée de l'arrêté du 26 juillet 2013 avait valeur réglementaire, emportait des effets propres ou du moins posait un principe certain, ou s'il s'agissait d'un « neutron » équivalent à un simple effet d'annonce.

Certes, les dispositions en cause sont rédigées en des termes à première vue impératifs : l'arrêté emploie le présent de l'indicatif (« sont augmentés »), fixe une date (« à compter du 1^{er} août 2014 ») et un taux d'augmentation (5%).

Mais à y regarder de plus près, ces différents éléments de certitude se délitent et le flou entourant non seulement le montant mais le principe même d'une hausse au 1^{er} août 2014 nous paraissent s'opposer à ce que vous reconnaissiez un caractère réglementaire aux dispositions concernées.

En effet, d'une part, la disposition annonce une hausse des tarifs de 5% « en moyenne ». Peu importe que la différenciation des évolutions des options au sein des tarifs bleus entre clients résidentiels et non résidentiels ne s'impose pas et que ces tarifs puissent être augmentés exactement du même taux : force est de constater qu'à la lecture de la phrase litigieuse, dont la rédaction paraît non seulement ouvrir la voie mais inciter à une évolution différenciée, il n'est pas possible de savoir dans quelle mesure et de quelle hausse chacune des options tarifaires bleues est affectée.

D'autre part, ce « en moyenne » se double d'un autre élément d'incertitude : celui annoncé, et à notre sens découlant nécessairement de la loi elle-même et du principe d'un réexamen périodique des tarifs, selon lequel ce niveau de 5% « sera ajusté en fonction de l'évolution effective des coûts ». Ce dont il résulte que l'évolution des taux finalement décidée en 2014 pouvait être aussi bien de 10% que de 0%.

Enfin – et ce point est lié aux deux précédents – la rédaction de cette disposition ne fait nullement du montant de 5 % un plancher en-dessous duquel il ne serait pas possible de descendre.

Dans ces conditions, la phrase en cause nous paraît avoir constitué une simple annonce ou déclaration d'intention, visant à rassurer les opérateurs du secteur, mais dépourvue de tout effet juridique direct (rapp. CE, 5 octobre 2015, *Comité d'entreprise du siège de l'Ifremer*, n° 387899-388524, aux Tables, sur l'annonce du transfert d'un établissement public à concrétiser). Et elle nous semble à ce point floue qu'elle ne pourrait davantage entrer dans le champ des mesures de droit souple contre lesquelles vos récentes décisions d'Assemblée *Numéricable NC* et *Fairvesta International* du 21 mars 2016 ont entendu ouvrir sous certaines conditions votre prétoire, qu'elle n'entre dans celui du droit dit « dur ».

Par suite, et dès lors qu'un acte supprimant une mesure sans effet juridique n'est pas susceptible de faire grief (par ex. CE, 13 novembre 1987, *R...*, n° 60518, T. pp. 525-795-837-867), l'arrêté par lequel les ministres, sans doute pour des motifs de clarté de la norme, ont cru nécessaire de supprimer cette phrase de l'article 6 de l'arrêté du 26 juillet 2013, nous semble également dépourvu d'effet juridique et ne pas constituer, par suite, un acte faisant grief susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir.

Peut-on néanmoins faire l'effort de considérer qu'en demandant l'annulation de cet arrêté, l'ANODE devrait être regardée comme vous demandant également d'annuler la décision, qui serait révélée par la conjonction ou la concomitance entre la suppression des deux dernières phrases de l'article 6 de l'arrêté du 26 juillet 2013 et l'absence d'adoption d'une nouvel arrêté tarifaire avant le 1^{er} août 2014, de ne pas augmenter les tarifs à cette dernière date ?

Dans l'ordonnance qu'il a rendue le 12 septembre 2014 sur la demande de suspension de cet arrêté – rejetée pour défaut d'urgence -, votre juge des référés paraît avoir admis de regarder l'arrêté litigieux comme ayant pour effet un « gel » des tarifs réglementés de vente de l'électricité au 1^{er} août 2014.

La faculté de concéder un tel effort d'interprétation des écritures et de l'objet du litige nous semble dépendre du point de savoir si un examen des tarifs réglementés de vente – qu'il se traduise par un maintien des tarifs inchangés ou par une évolution de ceux-ci – devait nécessairement se produire avant le 1^{er} août 2014, c'est-à-dire, en d'autres termes, si le respect de l'exigence posée par l'article 5 du décret du 12 août 2009, aux termes duquel les tarifs réglementés de vente d'électricité « *font l'objet d'un examen au moins une fois par an* », se mesure à l'aune d'une année civile ou d'une période de douze mois glissants entre deux arrêtés.

D'une part, si la rédaction de l'article 5 peut autoriser les deux lectures, elle nous paraît toutefois pencher en faveur de l'interprétation en termes d'année civile. Au demeurant, dans son avis sur l'arrêté du 28 juillet 2014, la Commission de régulation de l'énergie a interprété cet article comme renvoyant à la notion d'année civile et comme permettant, par suite, au pouvoir réglementaire de réviser les tarifs postérieurement au 1^{er} août 2014, pour autant que cette révision intervienne avant la fin de l'année 2014 au plus tard.

D'autre part, l'article 5 ne fait que reprendre la prescription auparavant fixée par l'article 4 du décret n° 88-850 du 29 juillet 1988, qui énonçait que « *Le ministre chargé de l'économie arrête chaque année l'évolution des tarifs* » et s'inscrivait ainsi, plus clairement encore nous semble-t-il, dans une logique d'année civile. A cet égard, la disposition n'est pas formulée en des termes tels que « La durée séparant deux examens des tarifs ne saurait excéder douze mois ».

Enfin, le présent contentieux, dans lequel le nouvel arrêté tarifaire est intervenu 15 mois après le précédent, afin de prendre le temps nécessaire à la finalisation du passage à une nouvelle méthode de calcul, illustre ce qu'il peut y avoir à nos yeux d'absurde à exiger qu'un nouvel examen des tarifs intervienne au plus tard exactement 12 mois après l'entrée en vigueur des précédents tarifs. La garantie, tant pour EDF que pour les fournisseurs alternatifs, liée à un examen périodique des tarifs nous paraît suffisamment assurée, d'une part, par l'exigence de procédure qu'un tel examen intervienne au moins une fois par année civile, et d'autre part, par les règles de fond de calcul des tarifs. L'important nous paraît en effet être que le calendrier d'adoption des arrêtés tarifaires ne conduise pas à un « trou » dans le rattrapage des coûts non couverts d'une période à l'autre.

Or les textes régissant ces règles ne nous paraissent pas, au regard de cette exigence de rattrapage, s'opposer à une interprétation de l'exigence posée par l'article 5 comme raisonnant en termes d'année civile. Dans votre décision *SIPPEREC* du 15 février 2012 (n° 332640, aux Tables sur un autre point), vous avez jugé qu'« en vertu de ces dispositions, il appartiendra aux ministres, au moins une fois par an, de vérifier si un écart significatif s'est produit entre tarif et coûts du fait d'une augmentation au cours de l'année écoulée du tarif d'utilisation des réseaux publics et, si tel est le cas, d'ajuster le tarif ». Et si dans votre décision *Sté Poweo* du 24 avril 2013 (n° 352242, aux Tables), vous avez jugé que pour satisfaire aux obligations de l'article L. 337-5 du code de l'énergie, il appartient aux ministres compétents, à la date à laquelle ils prennent leur décision, pour chaque tarif, premièrement, de permettre au moins la couverture des coûts moyens complets des opérateurs afférents à la fourniture de l'électricité à ce tarif, tels qu'ils peuvent être évalués à cette date, deuxièmement, de prendre en compte une estimation de l'évolution de ces coûts sur la « période tarifaire à venir », en fonction des éléments dont ils disposent à cette même date, et troisièmement, d'ajuster le tarif s'ils constatent qu'un écart significatif s'est produit entre tarif et coûts, du fait d'une surévaluation ou d'une sous-évaluation du tarif, « au moins au cours de la période tarifaire écoulée », ce raisonnement en termes de période tarifaire écoulée ne nous paraît pas se heurter à une relative liberté calendaire d'adoption des nouveaux tarifs au sein de l'année civile.

Dans ces conditions, nous ne croyons pas que l'arrêté du 28 juillet 2014 attaqué, joint à l'absence d'édiction d'un nouvel arrêté tarifaire à compter du 1^{er} août 2014, puisse être interprété en creux comme révélant une décision de report d'examen des tarifs ou d'absence d'augmentation des tarifs à compter de cette date et, par suite, comme une décision faisant grief susceptible de recours pour excès de pouvoir.

Vous rejetterez donc la seconde requête de l'ANODE pour irrecevabilité.

Si vous ne nous suiviez pas et identifiiez une décision de ne pas réviser les tarifs bleus au 1^{er} août 2014 et de reporter cette révision, vous devriez en revanche examiner les moyens de la requête.

Vous pourriez alors écarter tous ceux se rattachant, en réalité, à des exigences de forme et de fond ne touchant que les arrêtés portant examen et révision tarifaire stricto sensu, tels ceux tirés de l'insuffisance de l'avis de la CRE du 17 juillet 2014, ou d'une erreur manifeste d'appréciation dans la fixation du niveau des tarifs au regard des principes posés par l'article L. 337-6 du code de l'énergie. De même, le moyen tiré d'une méconnaissance de la décision de la Commission européenne du 12 juin 2012 relative aux tarifs jaunes et verts ne pourrait qu'être écarté, dès lors que ne sont en cause ici que les tarifs bleus. Le moyen tiré d'une violation du principe de sécurité juridique du fait de la remise en cause de l'engagement d'augmentation des tarifs de 5% au 1^{er} août 2014 ne saurait davantage prospérer. Plus délicat serait celui tiré d'une violation du principe de révision annuelle des tarifs, si vous interprétiez l'article 5 du décret du 12 août 2009 comme imposant qu'une révision tarifaire ne soit pas séparée de plus de douze mois de la révision précédente. Toutefois, même dans une telle hypothèse, vous pourriez faire l'effort de considérer que, dans le cas très particulier de l'espèce, où des motifs d'intérêt général tenant au temps de mise au point et d'adoption d'une nouvelle méthodologie de fixation des tarifs rendaient pratiquement impossible une révision au 1^{er} août 2014 et justifiaient un report de quelques mois, la décision de procéder à un tel report n'était pas illégale.

Vous pourriez donc, en tout état de cause, rejeter la requête, même sans retenir le terrain d'irrecevabilité que nous vous proposons.

Venons-en à la requête n° 386810, dirigée contre le décret du 28 octobre 2014, et qui vous conduira cette fois à vous prononcer sur le fond, sans vous arrêter en amont sur la recevabilité du recours – qui est certaine – ni sur la persistance de l'objet du litige – qui existe toujours.

Ce décret, pris après avis favorable de la CRE, avis de l'Autorité de la concurrence et avis de votre section des travaux publics, a notamment modifié les règles de fixation du niveau des tarifs réglementés de vente de l'électricité en remplaçant l'ancien article 3 du décret du 12 août 2009, qui disposait que « *La part fixe et la part proportionnelle de chaque option ou version tarifaire sont chacune l'addition d'une part correspondant à l'acheminement et d'une part correspondant à la fourniture qui sont établies de manière à couvrir les coûts de production, les coûts d'approvisionnement, les coûts d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution et les coûts de commercialisation, que supportent pour fournir leurs clients Electricité de France et les distributeurs non nationalisés (...), ainsi qu'une marge raisonnable (...)* », par un nouvel article 3.

Aux termes de ce dernier article : « *pour chaque catégorie tarifaire (...), le niveau des tarifs réglementés de vente de l'électricité est déterminé, sous réserve de la prise en compte des coûts de l'activité de fourniture de l'électricité aux tarifs réglementés d'Electricité de France et des entreprises locales de distribution, par l'addition du coût de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément d'approvisionnement, qui inclut la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale de l'activité de fourniture. / Le coût de l'accès régulé à l'électricité*

nucléaire historique est déterminé en fonction du prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (...). / Le coût du complément d'approvisionnement sur le marché est calculé en fonction des caractéristiques moyennes de consommation et des prix de marché à terme constatés. (...) / Les coûts d'acheminement de l'électricité sont déterminés en fonction des tarifs d'utilisation des réseaux publics (...). / Les coûts de commercialisation correspondent aux coûts de commercialisation d'un fournisseur d'électricité au moins aussi efficace qu'Electricité de France dans son activité de fourniture des clients ayant souscrit aux tarifs réglementés de vente de l'électricité. »

Ce décret a par ailleurs mis fin, de manière anticipée, à la période transitoire prévue à l'article L. 337-6 du code de l'énergie.

A l'appui de son recours contre ce décret, exception faite d'un moyen d'illégalité externe tiré d'une consultation insuffisante de la CRE à peine esquissé dans la requête sommaire et non repris dans le mémoire complémentaire, la société Direct Energie fait feu de tout bois au titre de la légalité interne, invoquant la Constitution, le droit de l'Union européenne et la loi. Le sort à réserver à ces différents moyens dépend, en large part, de la lecture que vous adopterez des articles L. 337-5 et L. 335-6 du code de l'énergie et de leur combinaison.

Lorsque la loi NOME est intervenue, la problématique était celle de l'infériorité du niveau de tarifs réglementés établis sur la base des coûts complets du fournisseur historique aux tarifs que pouvaient proposer les fournisseurs alternatifs compte tenu de leurs propres coûts d'approvisionnement sur le marché de gros, et ainsi de l'insuffisance de ces tarifs pour permettre leur « contestabilité » par ces fournisseurs et l'émergence d'une véritable concurrence. D'où le système de l'ARENH, permettant aux alternatifs d'acquiescer auprès d'EDF, à un tarif régulé, une part de l'électricité d'origine nucléaire, et le principe d'une convergence tarifaire vers un système dit d'empilement de briques de coûts résultant de l'article L. 337-6 du code de l'énergie que nous vous avons déjà cité.

Mais aujourd'hui, la problématique s'est inversée et la crainte serait plutôt celle de tarifs réglementés qui, en ce qu'ils seraient déterminés uniquement sur la base de l'empilement de briques de coûts correspondant à ceux exposés par un fournisseur au moins aussi efficace que l'opérateur historique, seraient en réalité insuffisants pour couvrir les coûts constatés d'EDF. Or une telle situation, si elle permettait éventuellement à EDF de vendre à perte, inquiéterait tout autant les fournisseurs alternatifs que les ciseaux tarifaires précédemment décriés.

Au cœur du litige figure donc la question de la couverture des coûts complets d'EDF par les tarifs réglementés de vente de l'électricité compte tenu des nouvelles modalités de fixation de ces tarifs prévues par la loi et par le décret attaqué.

Dans votre décision du *Sté Powéo* du 24 avril 2013, vous prononçant sur le système transitoire issu de l'application combinée du décret de 2009 et de l'article L. 337-5 du code, alors orienté sur les coûts d'EDF, et des nouvelles dispositions de l'article L. 337-6, vous aviez ainsi estimé que par celles-ci, le législateur avait « *entendu organiser, sur une période transitoire de cinq ans s'achevant le 31 décembre 2015, une convergence tarifaire propre à résorber l'écart structurel*

existant, pour des raisons historiques qui tiennent à l'économie générale du marché de l'électricité en France, entre le niveau des tarifs réglementés de l'électricité et les coûts de fourniture de l'électricité distribuée à un tarif de marché ; (...) ; qu'ainsi les ministres compétents pour fixer les tarifs réglementés de vente de l'électricité doivent veiller, tout en respectant les critères définis au point 5 ci-dessus [i.e. couverture des coûts complets], à ce que les tarifs qu'ils arrêtent soient de nature à assurer, compte tenu des informations disponibles à la date de leur décision, la convergence voulue par le législateur. » Ainsi, pendant cette « période transitoire », les ministres étaient tenus de fixer le niveau des tarifs dans le double respect du principe de couverture des coûts complets prévue par le décret de 2009 et de cet objectif de convergence tarifaire.

Est-ce à dire pour autant qu'à l'issue de cette période transitoire, ces tarifs ne peuvent – et ne doivent – plus être fixés qu'en tenant compte de « *l'addition du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément à la fourniture d'électricité qui inclut la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale* », c'est-à-dire des éléments énumérés à l'article L. 337-6, sans non seulement que la couverture des coûts comptables complets d'EDF par les tarifs soit une nécessité, mais sans même qu'elle soit un élément de référence pour la fixation des briques de coûts dont l'empilement est prévu par la loi ?

La difficulté provient de ce que, jusqu'à ce que la loi de transition énergétique du 17 août 2015 modifie l'article L. 337-5 du code de l'énergie pour prévoir que les tarifs réglementés de vente de l'électricité « *sont définis en fonction de catégories fondées sur les caractéristiques intrinsèques des fournitures, en fonction des coûts mentionnés à l'article L. 337-6* », l'article L. 337-6 du code prévoyant le passage à une méthode d'empilement de briques de coûts « cohabitait » avec un article L. 337-5 rédigé en des termes posant le principe d'une définition des tarifs « *en fonction des coûts liés à ces fournitures* ».

Il est certain que les coûts liés à ces fournisseurs sont ceux de l'opérateur historique sur lequel pèse l'obligation de proposer ces tarifs réglementés, c'est-à-dire EDF ou les ELD, et que cette notion de coût renvoie en principe à des données comptables.

Il nous paraît également certain que, tant que l'article L. 337-5 n'a pas été supprimé ni modifié, le principe de définition des tarifs en fonction des coûts liés à ces fournitures qu'il pose n'avait pas disparu et devait donc être concilié avec la nouvelle méthode d'empilement imposée par l'article L. 337-6 du code à l'issue de la période transitoire. L'article L. 337-5 ne nous paraît pas avoir moindre valeur que l'article L. 337-6 du même code.

Mais il nous semble tout aussi certain que l'article L. 337-5 ne fixe pas un principe d'obligation de couverture des coûts comptables complets de l'opérateur historique, incluant une marge, telle qu'elle était auparavant prévue par le décret de 2009. En effet, si vous aviez précédemment reconnu l'existence d'une telle obligation (v. CE, 1^{er} juillet 2010, *Poweo*, n° 321595, p. 229 ; ou plus récemment votre décision *ANODE* du 11 avril 2014, n° 365219), vous la tiriez alors de l'ancien article 3 du décret de 2009 et du dernier alinéa du II de l'article 4 de la loi du 10 février

2000, que la loi NOME a supprimé. La logique n'est donc plus exactement celle dite du « cost plus », pas plus d'ailleurs qu'elle n'est réellement aujourd'hui celle du « price cap ».

Force est de constater que l'article L. 337-5 se borne à prévoir que les tarifs sont « *définis en fonction de catégories fondées sur les caractéristiques intrinsèques des fournitures, en fonction des coûts liés à ces fournitures* ». Ces dispositions nous semblent seulement imposer que le niveau des tarifs soit en relation avec les coûts liés à la fourniture d'électricité aux tarifs réglementés pour l'opérateur historique, et non pas totalement déconnectés de ceux-ci. Il faut que le niveau des tarifs prenne en compte le niveau de ces coûts, ce qui peut se faire de bien des façons.

Cette prise en compte des coûts liés aux fournitures pour EDF est-elle suffisamment assurée du simple fait de l'application même d'une méthode de tarifs contestables respectant les exigences de l'article L. 337-6 ? En d'autres termes, le respect de l'article L. 337-6 suffit-il, par construction, à assurer celui de l'article L. 337-5 ?

A la différence du juge des référés qui s'est prononcé sur la demande de suspension de l'arrêté du 30 octobre 2014, nous ne le croyons pas – sauf à interpréter de manière constructive et neutralisante l'article L. 337-6 afin d'éviter que dans le nouveau système issu de la loi de transition énergétique, dans lequel la référence aux « coûts liés à ces fournitures » a disparu de l'article L. 337-5, la question d'une déconnection excessive avec les coûts d'EDF ne se pose à nouveau.

En effet, si l'article L. 337-5 n'impose pas la couverture intégrale des coûts comptables complets incluant une marge d'EDF, il nous paraît en revanche faire peser une contrainte minimale de prise en compte de ces coûts dans la fixation des tarifs, consistant en pas plus – mais pas moins non plus – que l'interdiction de fixer les tarifs réglementés de vente à un niveau qui imposerait manifestement à EDF de vendre durablement à perte son électricité, c'est-à-dire à un tarif manifestement inférieur au coût de revient pour EDF de la vente d'électricité aux tarifs réglementés, estimé comme les coûts comptables complets de fourniture de l'électricité à ces tarifs, y compris les frais financiers engagés, mais sans un quelconque niveau garanti de rémunération des capitaux propres engagés.

Or la fixation de tarifs dits « contestables » ne suffit pas à prévenir un tel risque, dans un contexte dans lequel les coûts des alternatifs plus efficaces peuvent être plus faibles que ceux de l'opérateur historique et dans lequel le coût de l'AREHN peut être supérieur aux prix de gros, et dès lors que pour trois des briques de coûts que l'article L. 337-6 mentionne, à savoir le « coût du complément d'approvisionnement au prix de marché », les « coûts de commercialisation », et la « rémunération normale », les montants retenus doivent être fixés à un niveau tel qu'ils préservent des marges suffisantes à aux fournisseurs alternatifs les plus efficaces pour leur permettre d'opérer sans perte, il peut exister une différence entre les coûts supportés par EDF et ceux de ses concurrents.

Ces précisions faites sur la portée de l'article L. 337-5 du code de l'énergie, tel que nous vous proposons de l'interpréter, nous pouvons en venir aux moyens soulevés.

Vous commencerez par examiner la question prioritaire de constitutionnalité formée au sujet de l'article L. 337-5 du code de l'énergie dans sa rédaction applicable à la date d'adoption du décret attaqué. Selon la requérante, ces dispositions méconnaîtraient le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie, le principe d'égalité, le droit de demander compte à l'administration posé par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et les articles 3 et 4 de la Charte de l'environnement.

La disposition en cause est évidemment applicable au litige et n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution. La question soulevée n'est pas nouvelle. Est-elle pour autant sérieuse ? Telle n'est pas notre analyse.

S'agissant d'abord du droit de propriété, l'atteinte alléguée est tirée de ce qu'en ne faisant pas obstacle à la fixation des tarifs à un niveau inférieur aux coûts comptables complets de fourniture supportés par les fournisseurs historiques, incluant une marge, l'article L. 337-5 impliquerait une diminution des bénéfices des fournisseurs historiques distribués à leurs associés et actionnaires, notamment l'Etat, ainsi qu'une baisse de la valeur des titres que ceux-ci détiennent.

Toutefois, quand bien même tel serait le cas, il nous semble résulter de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'une diminution du dividende versé ne saurait caractériser ni une privation de propriété, les actionnaires conservant leur titres, ni une atteinte au droit de propriété, en l'absence de privation du droit au partage des bénéfices (Cons. cons., 20 juillet 1983, n° 83-162 DC ; Cons. cons. 28 février 2014, n° 2013-369 QPC, *Sté Madag*). Au demeurant, l'éventuelle diminution du bénéfice ne saurait résulter directement de la loi elle-même. Il en va de même d'un risque d'une éventuelle baisse de la valorisation des actions d'EDF pour leurs propriétaires, qui ne saurait résulter directement de la loi. En tout état de cause, nous venons de vous rappeler que la loi doit être interprétée comme s'opposant à ce que la fixation des tarifs réglementés conduise à mettre EDF en perte sur son activité de fourniture d'électricité à ces tarifs.

S'agissant ensuite de la liberté d'entreprendre et de la liberté du commerce et de l'industrie, il est soutenu qu'il serait porté atteinte à ces libertés dans le chef des fournisseurs alternatifs. A l'appui de cette critique, la requérante invoque notamment la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 du Conseil constitutionnel, qui censurait une disposition de la loi de sécurisation de l'emploi permettant d'imposer aux entreprises les prix de la protection complémentaire en imposant la signature du contrat avec un organisme de prévoyance donné, ou encore la décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015, censurant l'interdiction faite aux VTC de pratiquer une tarification horokilométrique.

Mais la combinaison des articles L. 337-5 et L. 337-6 du code de l'énergie a précisément pour objet que les tarifs réglementés, dont l'existence est justifiée par un motif d'intérêt général, soient fixés à un niveau qui couvre l'ensemble des coûts de fourniture de l'électricité fournie à un tarif de marché par un opérateur alternatif, tout en évitant qu'ils soient fixés à un niveau artificiellement bas au regard des coûts d'EDF qui lui permettrait de conserver indûment une clientèle qui se serait sinon tournée vers la concurrence plus efficace. La loi ne saurait donc avoir

pour effet de faire nécessairement obstacle au développement de l'activité de fourniture ou de production des opérateurs concurrents des fournisseurs historiques. Quant à l'argument tiré de ce que la méthodologie retenue empêcherait le développement de nouveaux acteurs sur le segment de la production, outre que les TRVE concernent directement l'activité de fourniture et non de production, la difficulté d'entrer sur le marché de la production ne nous paraît pas résulter des dispositions mêmes des articles L. 337-5 et -6 du code, qui ne s'opposent pas à ce qu'un alternatif développe une activité de production.

Notons par ailleurs – même si cette argumentation n'est pas soulevée, alors qu'elle pourrait être plus sérieuse si vous ne suiviez pas l'interprétation que nous vous proposons d'interdiction de fixer les tarifs à un niveau qui serait excessivement bas au regard des coûts d'EDF et conduirait à placer cet opérateur en perte sur son activité, correspondant à une obligation légale, de fourniture d'électricité aux tarifs réglementés – que la disposition attaquée ne méconnaît pas davantage la liberté d'entreprendre de cet opérateur historique.

Vous écarterez également comme non sérieuse la question d'une atteinte portée au principe d'égalité devant les charges publiques, au motif que la loi introduirait une différence de traitement injustifiée entre les consommateurs se chauffant au gaz, pour lesquels les tarifs réglementés doivent couvrir les coûts complets en application de l'article L. 445-3 du code de l'énergie, et ceux qui se chauffent à l'électricité, pour lesquels les tarifs réglementés de vente peuvent rester en deçà de ces coûts. Outre que nous peinons à identifier des « charges publiques », l'exigence de prise en compte, dans le calcul des tarifs réglementés de vente de l'électricité, des coûts liés à ces fournitures posée par l'article L. 337-5 est en tout état de cause fondée sur un critère objectif et rationnel en rapport avec l'objet de la loi. Et sur la différence de traitement entre gaz et électricité, vous pourrez noter que ces deux marchés ne se trouvent pas dans une situation comparable en termes d'offre et de concurrence.

Quant à l'article 15 de la DDHC, s'il est certes invocable en QPC (v. Cons. cons., 29 mai 2015, n° 2015-471 QPC), l'atteinte invoquée à l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics et au droit des citoyens de demander compte à l'administration, tirée principalement de ce que la loi, en ce qu'elle permettrait la fixation des tarifs réglementés de vente à un niveau inférieur aux coûts d'EDF, conduirait nécessairement à ce que la perte qui en résulte pour EDF soit compensée par l'octroi d'une subvention financée sur deniers publics et sans référence pertinente, ne tient pas. L'obligation pour EDF et les ELD de proposer aux clients éligibles la vente de l'électricité à un tarif réglementé n'induit par elle-même – et ce, quel que soit le niveau de ce tarif – aucune dépense publique pour compenser une éventuelle sur- ou sous-tarifification. Au demeurant, nous venons de vous rappeler que la loi s'opposait, selon nous, à ce que le fournisseur historique soit mis en perte.

Enfin, la critique tirée de ce qu'en permettant la fixation des tarifs réglementés à un niveau inférieur aux coûts d'EDF, et donc à un tarif trop bas, la loi inciterait à la surconsommation d'électricité, ce qui contribuerait au réchauffement climatique et créerait des dommages à l'environnement, et méconnaîtrait ainsi les principes posés par les articles 3 et 4 de la Charte de l'environnement (portant respectivement sur l'obligation de prévention des atteintes à l'environnement et sur la contribution à la réparation des dommages, et invocables en QPC :

Conseil constitutionnel, 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC), est à l'évidence non sérieuse, la loi critiquée étant par elle-même sans incidence sur le respect de ces principes. La situation est radicalement différente de celle ayant conduit à la censure de la taxe carbone, qui poursuivait précisément un objectif environnemental.

Il n'y a dès lors pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC soulevée.

Examinant les autres moyens de la requête, vous pourrez écarter ceux tirés d'une méconnaissance par le décret des dispositions du code de l'énergie, qu'il s'agisse de celles de l'article L. 337-5 ou de celles de l'article L. 337-6 de ce code.

D'une part, en effet, ainsi que nous venons de vous l'expliquer, l'article L. 337-5 ne pose pas un principe de couverture intégrale des coûts comptables complets d'EDF, y compris une marge, tel qu'il était antérieurement appliqué par le décret de 2009, mais seulement une prise en compte de ces coûts s'opposant à une vente manifestement à perte. Or tel est bien ce que nous paraît prévoir le décret attaqué, en ce qu'il dispose que les tarifs réglementés de vente sont déterminés par l'addition des briques de coûts qu'il définit, mais toujours « sous réserve des coûts de l'activité de fourniture de l'électricité aux tarifs réglementés d'Electricité de France et des entreprises locales de distribution ». Le décret nous paraît ainsi s'opposer à la fixation de ces tarifs à un niveau artificiellement bas, inférieur aux coûts comptables complets de fourniture de l'électricité à ces tarifs, incluant les frais financiers, mais sans rémunération garantie des capitaux propres engagés.

D'autre part, le décret attaqué ne nous paraît pas méconnaître le principe de « contestabilité » des tarifs, tel qu'il peut être dégagé de l'article L. 337-6 du code, dont il convient de noter qu'il n'emploie pas une telle terminologie mais se contente de mentionner certaines catégories de coûts (le prix de l'ARENH, le coût du complément à la fourniture d'électricité qui inclut la garantie de capacité, les coûts d'acheminement de l'électricité et les coûts de commercialisation ainsi qu'une rémunération normale) et de disposer qu'il doit être tenu compte de leur addition. En ce qu'il modifie le décret du 12 août 2009 pour prévoir que le niveau des tarifs réglementés de vente de l'électricité est désormais déterminé par l'addition des différentes catégories de coûts mentionnées par l'article L. 337-6 du code de l'énergie, le décret attaqué a précisément pour objet de détailler la méthodologie de fixation des tarifs résultant de cet article.

La requérante adresse plus particulièrement trois critiques à la définition de ces briques de coûts par le décret du 28 octobre 2014 au regard de l'objectif de contestabilité. L'une porte sur la construction de la méthode d'empilement sur la base des coûts d'un commercialisateur, et non d'un producteur d'électricité qui ne se fournirait ni sur le marché ni via l'ARENH. Mais le décret, sur ce point, respecte la loi. L'autre conteste la détermination du « *coût du complément d'approvisionnement* » retenue par ce décret, par référence aux prix de marché à terme constatés, c'est-à-dire aux prix auxquels les concurrents d'EDF s'approvisionnent pour la part qui n'est pas couverte par l'ARENH, alors que l'opérateur historique ne s'approvisionne que très marginalement sur le marché de gros pour fournir les TRVE. Mais si problème il y avait de ce fait, il ne serait pas, nous semble-t-il, au regard de la définition de cette brique de coût par rapport à l'objectif de contestabilité poursuivi par le législateur à l'article L. 337-6, mais plutôt en termes de difficulté de couverture de ses coûts pour EDF. La troisième branche conteste l'absence de

compensation, par le décret attaqué, des avantages immatériels tirés par EDF de sa qualité de fournisseur historique en termes de portefeuille de clientèle, d'ancienneté et de réputation de la marque. Mais l'article L. 337-6 du code n'impose pas la prise en compte de ces avantages dans la détermination des tarifs réglementés.

S'il est aussi soutenu que le décret procéderait à une subdélégation illégale et serait entaché d'incompétence négative en ce qu'il serait insuffisamment précis et renverrait aux arrêtés tarifaires la définition des modalités de prise en compte des coûts liés à la fourniture d'électricité aux tarifs réglementés par les fournisseurs historiques, il nous semble que le décret a suffisamment défini les briques de coûts à prendre en compte, et qu'en prévoyant la réserve de la prise en compte des coûts de fourniture d'EDF, c'est-à-dire l'interdiction de mise de l'opérateur historique en perte sur la vente d'électricité aux tarifs réglementés, le décret a suffisamment encadré la fixation du niveau des tarifs par les ministres. L'exigence que les obligations de service public imposées aux entreprises du secteur de l'électricité, portant notamment sur le prix de la fourniture, soient « *clairement définies* », posée par l'article 3 § 2 de la directive du 13 juillet 2009, n'est dès lors selon nous pas davantage méconnue.

Le dernier groupe de moyens de la requête est tiré de diverses atteintes au droit – notamment européen – de la concurrence : le décret attaqué placerait les fournisseurs historiques automatiquement en situation d'abus de position dominante sur le marché de détail de l'électricité, en ce qu'il entraînerait un effet de ciseau tarifaire au détriment des fournisseurs alternatifs en conduisant à définir les tarifs réglementés à un niveau inférieur au prix d'approvisionnement sur le marché de gros - ou, à tout le moins, à un prix insuffisant pour couvrir les coûts de fourniture de fournisseurs alternatifs aussi efficaces que les fournisseurs historiques-, conduirait à des prix prédateurs et créerait une barrière à l'entrée.

Mais, ainsi qu'on l'a dit, le décret prévoit la fixation des tarifs réglementés à un niveau de nature à couvrir les coûts de fourniture de l'électricité fournie à un tarif de marché. Il ne nous paraît, contrairement à ce que soutient la requérante, pas créer en lui-même un effet de ciseau tarifaire aux détriments des alternatifs. En effet, la caractérisation d'un tel abus suppose une compression des marges non justifiée objectivement et susceptible d'engendrer un effet d'éviction pour les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise dominante (cf. CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera*, aff. C-52/09). Or la méthodologie prévue par le décret prévoit de couvrir, outre l'ARENH, le coût d'utilisation des réseaux publics d'électricité, qui est le même pour tous les fournisseurs, le coût du complément d'approvisionnement sur le marché, calculé en fonction des caractéristiques moyennes de consommation et des prix de marché à terme constatés, les coûts de commercialisation définis comme ceux d'un fournisseur « au moins aussi efficace qu'Electricité de France dans son activité de fourniture des clients ayant souscrit aux tarifs réglementés de vente de l'électricité », ainsi qu'une « rémunération normale de l'activité de fourniture ». Il nous semble donc que le décret garantit un écart positif entre les TRVE et les prix d'approvisionnement sur le marché de gros. Enfin, dès lors qu'il prévoit que la détermination des tarifs par la méthode de l'empilement des briques de coût s'opère sous réserve de la prise en compte de l'activité de fourniture de l'électricité aux tarifs réglementés d'EDF et des ELD, et en ce qu'il s'oppose ainsi à ce que les tarifs réglementés soient fixés à un niveau artificiellement bas, le décret ne saurait conduire automatiquement à la fixation de tarifs à un niveau qui caractériserait des prix

prédateurs de la part d'EDF (sur cette notion, v. par ex. CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV*, aff. C-62/86 ; TUE, 30 janvier 2007, *France Telecom*, aff. T-340/03 ; ou CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, aff. C-209/10).

Aucun des moyens soulevés à l'appui de la requête n'étant fondé, compte tenu de l'interprétation de la loi que nous vous proposons, vous rejetterez donc la requête de la société Direct Energie.

Vous pourrez ainsi – et enfin – en venir à la requête n° 386078, présentée par l'ANODE et tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté tarifaire du 30 octobre 2014, par lequel a été mise en œuvre pour la première fois la méthode de fixation des tarifs réglementés de vente édictée par le décret du 28 octobre 2014.

Rappelons que cet arrêté a fixé les évolutions tarifaires suivantes : + 2,5 % pour les tarifs bleus résidentiels, - 0,7% pour les tarifs bleus professionnels, + 2,5% pour les tarifs jaunes et + 3,7% pour les tarifs verts. Ces tarifs procèdent, d'une part, de l'application de la méthode prévue par le décret du 12 août 2009 modifié par le décret du 28 octobre 2014, et d'autre part, du rattrapage d'une partie de l'écart entre coûts et tarifs constaté au titre du passé.

A l'exception d'un moyen de légalité externe peu consistant et que vous pourrez écarter sans difficulté, tiré de ce que la composition de la CRE lorsqu'elle a rendu son avis aurait été irrégulière du fait de l'absence de Mme E... à cette séance, la requête critique essentiellement la légalité interne de l'arrêté attaqué.

Vous écarterez les moyens tirés d'une exception d'illégalité du décret du 28 octobre 2014, qui reprend les différentes critiques du décret que nous venons de désamorcer lors de l'examen du recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret lui-même.

Vous examinerez ensuite les critiques adressées spécifiquement aux niveaux des tarifs fixés par l'arrêté litigieux.

Il est d'abord soutenu que ces tarifs ne couvriraient pas intégralement les coûts comptables complets d'EDF, y compris une marge, et méconnaîtraient, de ce fait, l'article L. 337-5 du code de l'énergie, dès lors notamment que la CRE a relevé que ces tarifs conduisent à une réduction de l'ordre d'un tiers de la rémunération des capitaux engagés par EDF. Toutefois, comme on l'a dit, cet article exige seulement que les tarifs ne soient pas artificiellement inférieurs aux coûts liés à ces fournitures pour EDF, incluant les frais financiers mais sans niveau garanti de rémunération des capitaux propres engagés. Certes, les éléments apportés par la CRE en réponse aux mesures d'instruction que vous avez ordonnées ne sont pas très détaillés sur ce point, mais d'une part, il n'est pas sérieusement contesté que les tarifs ne sont pas inférieurs aux coûts comptables complets hors frais financiers, et d'autre part les éléments dont vous disposez ne permettent pas de conclure à une insuffisance de ces tarifs pour couvrir ces frais, et de considérer comme établi qu'EDF serait mise en perte sur son activité de fourniture de l'électricité aux tarifs réglementés.

Il est ensuite soutenu que ces tarifs ne respecteraient pas l'article L. 337-6 du code et ne seraient pas contestables, dès lors que leur méthode de calcul ne raisonne que sur la base d'un

commercialisateur pur, qu'ils ne neutralisent pas les avantages immatériels dont bénéficient les opérateurs historiques du fait de leur ancienneté, et que la référence au prix du marché à terme ne serait pas pertinente. Mais ces critiques sont en réalité dirigées contre la méthodologie prévue par l'arrêté, dont nous avons vu qu'elle respecte l'article L. 337-6, et la requérante n'articule pas de critique détaillée propre spécifiquement à l'arrêté.

La critique suivante porte sur les effets anticoncurrentiels qu'emporterait l'arrêté, en ce qu'il fixerait les tarifs à des niveaux emportant abus de position dominante automatique par EDF, par le biais notamment de prix prédateurs et de ciseaux tarifaires. Toutefois, dès lors que l'arrêté respecte les prescriptions du décret du 12 août 2009 modifié et des articles L. 337-5 et L. 337-6, le moyen pourra être écarté compte tenu de ce que nous vous avons dit précédemment sur les questions concurrentielles lors de l'examen de la requête n° 386810. Ajoutons que l'arrêté ne conduit nullement EDF à méconnaître l'interdiction des subventions croisées.

Vous noterez ensuite que la seule circonstance que les différentes catégories tarifaires connaissent des évolutions qui ne soient pas homothétiques n'entache pas par elle-même l'arrêté d'une méconnaissance du principe d'égalité, ces catégories répondant précisément à des réalités différentes.

Reste le dernier groupe de moyens, qui vous conduira à faire partiellement droit aux conclusions de l'ANODE – laquelle n'aura donc pas en vain porté les présents litiges devant votre prétoire. Ces moyens sont tirés de ce que l'arrêté ne procéderait manifestement pas à un rattrapage suffisant de l'écart constaté au titre des périodes passées.

Cette obligation de rattrapage au titre du passé avait été dégagée par votre jurisprudence, dans le cadre de la méthode de fixation des tarifs par couverture des coûts comptables complets d'EDF (CE, 1^{er} juillet 2010, *Société Poweo*, n° 321595, p. 229), et maintenue lors de la période transitoire qui a vu le passage progressif de cette méthode à la nouvelle méthode d'empilement de l'article L. 337-6 du code de l'énergie (v. CE, 24 avril 2014, *Société Poweo*, n° 352242, aux Tables). Vous jugiez ainsi que, lors de la fixation des tarifs réglementés de l'électricité, les ministres devaient ajuster le niveau de ce tarif s'ils constataient qu'un écart significatif s'était produit entre tarif et coûts, du fait d'une surévaluation ou d'une sous-évaluation du tarif, au moins au cours de la période tarifaire écoulée. Il nous paraît résulter de la formulation de votre jurisprudence que, si il était loisible aux ministres d'aller plus loin dans ce rattrapage, l'obligation ainsi imposée n'a jamais porté que sur l'écart constaté au titre de la précédente période tarifaire, sans qu'il y ait lieu à peine d'illégalité des tarifs de remonter au-delà. Mais précisément pour ce même motif, il nous semble que l'intégralité du rattrapage au titre d'une période tarifaire doit avoir lieu sur la période tarifaire qui la suit immédiatement, sans qu'il y ait de possibilité de lisser et d'autoriser le report à une période ultérieure d'une partie du rattrapage. S'il en était autrement, cela pourrait en effet conduire, compte tenu du caractère temporellement limité « en amont » à la seule période précédente de l'écart dont le rattrapage est obligatoire, à un risque de « perte en ligne » du rattrapage en aval du fait du lissage sur plusieurs années.

Ainsi, et nonobstant l'effet de « yoyo » tarifaire que cela pourrait induire selon le ministre, il nous semble qu'en cas d'écart significatif entre tarif et coûts constatés au cours d'une période tarifaire,

les tarifs de la période suivante doivent permettre un rattrapage de ce seul écart, à l'exception de ceux des années antérieures, mais de tout cet écart, à l'exception de tout report vers des périodes tarifaires à venir.

Enfin, eu égard à la logique de ces rattrapages, qui faisaient en réalité partie intégrante du caractère complet du tarif au titre d'une année donnée et était nécessaire au respect du principe de couverture des coûts alors applicable, il nous semble qu'alors même que l'arrêté contesté est intervenu sur le fondement de textes qui ne prévoient plus, pour l'avenir, le principe de couverture des coûts complets, y compris une marge, les ministres étaient encore tenus d'assurer le rattrapage nécessaire au titre de la période tarifaire écoulée depuis le précédent arrêté du 26 juillet 2013.

Votre contrôle se limite en l'espèce à celui de l'erreur manifeste (v. décision *Poweo* du 1^{er} juillet 2010 déjà mentionnée). Qu'en est-il en l'espèce ?

La part du rattrapage dans les évolutions de tarifs fixées par l'arrêté litigieux s'élève à 0,9% pour les tarifs bleus résidentiels. Or le rattrapage des écarts observés entre les tarifs et les coûts complets constatés d'EDF, pour la seule période tarifaire écoulée depuis l'arrêté du 26 juillet 2013, aurait nécessité selon la CRE une hausse d'environ 4 % des tarifs. Dans ces conditions, les tarifs « bleu résidentiel » nous paraissent avoir été fixés par l'arrêté attaqué à un niveau manifestement insuffisant pour assurer ce rattrapage.

En revanche, il n'y avait pas de rattrapage tarifaire à opérer au titre des tarifs bleus professionnels, pour lesquels les tarifs avaient au contraire été légèrement surestimés.

Pour les tarifs jaunes, la hausse tarifaire de 0,9% correspondant au rattrapage décidée par l'arrêté attaqué ne nous paraît pas manifestement insuffisante, puisqu'au titre de la période tarifaire écoulée il n'y avait pas d'écart négatif entre tarifs et coûts à rattraper, de sorte que le rattrapage ainsi décidé procédait du souhait des ministres, comme il leur était loisible, de rattraper des écarts plus anciens en allant au-delà de leur simple obligation légale.

En revanche, alors que pour les tarifs verts, il ressort des évaluations de la CRE que le rattrapage au titre des écarts constatés sur la période antérieure aurait justifié une hausse tarifaire d'environ 2,4 %, l'arrêté attaqué ne procède s'agissant de ces tarifs à aucun rattrapage. Dans ces conditions, les ministres nous paraissent avoir sur ce point entaché leur arrêté d'une erreur manifeste d'appréciation.

Vous annulerez donc l'arrêté du 30 octobre 2014 en tant seulement qu'il n'a pas fixé à un niveau plus élevé les tarifs réglementés « bleu résidentiel » et « vert » de l'électricité, et enjoindrez à l'Etat de prendre un nouvel arrêté en ce sens, au titre de la période du 1^{er} novembre 2014 au 31 juillet 2015, dans un délai de 3 mois.

Par ces motifs, nous concluons :

- sous le n° 381255, à ce que vous constatiez qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête de l'ANODE tendant à l'annulation des décisions implicites de rejet résultant du silence gardé par le ministre de l'économie et des finances et le ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie sur sa demande tendant à l'abrogation de l'arrêté du 26 juillet 2013 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, ni sur ses conclusions aux fins d'injonction tendant à ce que l'arrêté du 26 juillet 2013 soit modifié, et à ce que vous rejetiez le surplus des conclusions de la requête ;
- sous le n° 383722, au rejet de la requête de l'ANODE ;
- sous le n° 386810, à ce qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée et au rejet de la requête de Direct Energie ;
- et sous le n° 386078, à l'annulation de l'arrêté du 30 octobre 2014 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité en tant qu'il n'a pas fixé à un niveau plus élevé l'augmentation des tarifs réglementés « bleu résidentiel » et « vert » de vente de l'électricité, à ce qu'il soit enjoint au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique et à la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie de prendre, dans un délai de trois mois, un nouvel arrêté fixant les tarifs réglementés « bleu résidentiel » et « vert » de l'électricité pour la période comprise entre le 1^{er} novembre 2014 et le 31 juillet 2015 conformément aux principes que vous énoncerez, à ce que l'Etat verse à l'ANODE 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et au rejet du surplus des conclusions de la requête.