

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies
Séance du 16 février 2018
Lecture du 8 mars 2018

CONCLUSIONS

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public

Alors que les conditions d'exploitation des réseaux publics de distribution d'électricité et leur rentabilité sont très hétérogènes, tant entre ENEDIS et les entreprises locales de distribution (anciennement « distributeurs non nationalisés »), qu'entre ces entreprises elles-mêmes, notamment selon qu'elles interviennent en zones urbaines ou en zones très rurales ou difficiles d'accès, et que l'accomplissement de la mission d'exploitation de ces réseaux leur incombant se révèle ainsi plus ou moins coûteux selon les distributeurs, les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité sont fixés de manière uniforme, pour l'ensemble du territoire.

Devant le décalage entre recettes et charges qui en résultent, et les inégalités de rentabilité et de richesses entre distributeurs, le législateur a fait de longue date le choix d'une « solidarité du système électrique français »¹, à travers l'institution d'un fonds de péréquation de l'électricité.

L'article L. 121-29 du code de l'énergie pose ainsi, à son premier alinéa, le principe d'une péréquation par ce fonds, chargé de « répartir entre les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité les charges » résultant de la « mission d'exploitation des réseaux publics » de distribution définie à l'article L. 121-4 du même code. L'article L. 121-29 du code, dans sa rédaction antérieure aux modifications apportées par la loi sur la transition énergétique pour la croissance verte, précise que « ces charges comprennent : 1° Tout ou partie des coûts supportés par les gestionnaires de réseaux publics de distribution d'électricité et qui, en raison des particularités des réseaux publics de distribution qu'ils exploitent ou de leur clientèle, ne sont pas couverts par la part relative à l'utilisation de ces réseaux dans les tarifs réglementés de vente d'électricité et par les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution (...) ».

Avant de présenter plus en détail les modalités de mise en œuvre de la péréquation ainsi instituée par la loi, et d'examiner les moyens soulevés par les présentes requêtes à l'encontre des arrêtés interministériels litigieux, par lesquels ont été fixées, pour chacune des années 2012 à 2015, les valeurs assignées aux coefficients α , β et ε utilisés pour le calcul des contributions ou dotations à

¹ L. Poniatowski, rapport n° 263 au nom de la commission des affaires économiques du Sénat sur le projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte.

verser ou à recevoir du fonds, vous devrez vous interroger sur l'application de ces arrêtés dans le temps.

En effet, sont en cause des arrêtés présentant un caractère réglementaire, pris le 15 juillet 2016, mais régissant le calcul des flux de péréquation au titre des années 2012 à 2015, et pour lesquels leurs auteurs ont appliqué le droit en vigueur lors de ces années. L'un a été pris à la suite de l'annulation contentieuse, par votre décision *Sociétés SRD et Gérédis* du 27 juillet 2015 (n°s 363984 373971 375979 386548 386633), de trois précédents arrêtés qui avaient fixé les valeurs de ces coefficients pour les années 2012, 2013 et 2014, et l'autre constitue la décision « initiale » de fixation de ces coefficients pour 2015.

De ce constat, naissent immédiatement plusieurs questions – que les requêtes ne soulèvent pas mais que vous devriez, le cas échéant, relever d'office si elles se révélaient poser problème :

- ces arrêtés présentent-ils un caractère rétroactif ?
- si oui, cette rétroactivité est-elle légale ?
- si non, ne fallait-il pas appliquer le droit en vigueur à la date des nouveaux arrêtés, tel qu'issu des modifications apportées par la loi de transition énergétique ?

Certains éléments pourraient plaider pour la non-rétroactivité.

En effet, les versements régis par ces arrêtés interviendront après l'adoption de ceux-ci. Les arrêtés ne sauraient remettre en cause les décisions individuelles de versements déjà intervenues (qui n'ont pas disparu à la suite de l'annulation des premiers arrêtés) mais donnent un fondement, le cas échéant, au recouvrement de contributions supplémentaires et à l'octroi de dotations complémentaires.

Par ailleurs, est en cause un dispositif de péréquation, pour lequel la problématique de l'application dans le temps se pose de manière différente de celle des tarifs. Vous n'êtes en effet pas en présence d'un tarif qui viendrait rétroactivement s'appliquer à des consommations passées et modifierait le prix auquel les clients ou usagers les avaient acquises et au regard duquel ils avaient défini leur comportement. Tout d'abord, car la péréquation est par construction un mécanisme correcteur intervenant *a posteriori*. Le décret du 14 janvier 2004 précise ainsi que le calcul des contributions à verser ou à recevoir chaque année au titre du fonds de péréquation de l'électricité s'opère en fonction des recettes et charges de l'année précédente. Il aurait, par exemple, été tout à fait imaginable que la contribution prévue par la loi soit organisée de manière pluriannuelle, ou avec un décalage de deux années. Si le décret encadre le calendrier de versement de ces sommes, un retard dans la fixation des coefficients annuels et des contributions peut apparaître moins comme un problème de rétroactivité de la norme que de bonne administration du fonds. Ensuite, car l'absence de fixation des coefficients avant la fin d'une année civile ne saurait faire naître l'idée qu'il n'y aura aucune péréquation au titre de cette année et qu'aucune contribution ne sera jamais à verser ou à recevoir du fonds. La péréquation est prévue par la loi et constitue un mécanisme obligatoire de solidarité participant de la couverture *a posteriori* des coûts du service public de la distribution.

Or si l'on en revient aux fondements même du principe de non rétroactivité des actes réglementaires, tirés, pour reprendre les commentaires des auteurs du *GAJA* sur votre décision *Sté du journal L'Aurore*, de ce qu'il « *serait contraire à la fonction fondamentale du droit, qui est d'assurer la sécurité, de remettre en cause des actes ou des situations conformes au droit en vigueur à l'époque où ils ont été établis. A quoi s'ajoute l'idée que les auteurs d'une décision rétroactive empiètent sur la compétence de leurs prédécesseurs* », les actes litigieux peuvent paraître ne pas porter atteinte à ces notions.

Si vous estimiez que les arrêtés litigieux ne sont pas véritablement entachés de rétroactivité, en ce qu'ils ont seulement pour objet et pour effet de fixer ce qui sera fait dans le futur sur la base de données de fait tirées du passé, il n'y aurait alors aucune méconnaissance du principe général du droit de non rétroactivité des actes réglementaires.

Y aurait-il, alors, méconnaissance du champ d'application temporel de la loi, en ce que les arrêtés du 15 juillet 2016 ont fait application du droit en vigueur avant 2016 ? Nous ne le pensons pas. En effet, l'article 165 de la loi du 17 août 2015, ayant modifié l'article L. 121-29 du code de l'énergie afin de prévoir la faculté pour un gestionnaire d'opter pour un calcul de la péréquation au réel, et non pas forfaitaire, a prévu son entrée en vigueur différée au 1^{er} janvier 2016. Dès lors qu'en principe, la péréquation intervient annuellement, la loi nous paraît pouvoir et devoir être lue comme ayant ainsi prévu qu'elle s'appliquerait à compter de la péréquation de l'année 2016, et non à la péréquation des années antérieures, fût-elle intervenue tardivement.

Au demeurant, même si l'on considérait que les arrêtés litigieux ne sont pas entachés de rétroactivité, il n'en demeure pas moins qu'ils ont trait à la péréquation due au titre de périodes déterminées : celles des années 2012 à 2015. Il pourrait, dès lors, sembler logique de déroger au principe d'application du droit en vigueur à la date d'édiction de l'acte et d'appliquer le droit en vigueur lors de ces périodes. A cet égard, la question se pose en termes identiques en présence d'une décision rétroactive. Vous jugez en effet qu'en règle générale, l'autorité compétente, appelée à prendre une nouvelle décision à la suite de l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision précédente, doit tenir compte des éléments de fait et de droit existant à la date de cette nouvelle décision, mais qu'il en va différemment lorsque la décision annulée fixe des tarifs pour une période déterminée et que, dans une telle hypothèse, l'autorité compétente doit remplacer la décision annulée par une nouvelle décision en appliquant les éléments de fait et de droit à la date à laquelle la décision initiale a été prise (CE, 19 mars 2010, *SCARA*, n°s 305047 305049 312221 312883 313595, T. pp. 622-625-927-998).

Toutefois, outre qu'il peut paraître audacieux de déconnecter, dans votre décision *SCARA*, la faculté d'application du droit en vigueur au titre d'une période donnée et la rétroactivité, ce questionnement sur le droit applicable, qui met en exergue que les arrêtés litigieux se rapportent à la péréquation sur une période passée, nous paraît fragiliser la solution de non rétroactivité des actes en cause et nous conduit à retenir le caractère rétroactif des arrêtés litigieux.

En effet, en ce qu'ils fixent les valeurs numériques des coefficients utilisés pour le calcul de la péréquation des années 2012 à 2015, dont le décret n° 2004-66 du 14 janvier 2004 (abrogé et codifié à compter du 1^{er} janvier 2016 dans la partie réglementaire du code de l'énergie aux

articles R. 121-22 et suivants) prévoit qu'elles « *sont définies chaque année* » par arrêté et qui, selon les prescriptions de calendrier posées par ce même décret, sont utilisées pour le calcul des sommes devant être, respectivement pour les contributeurs et les bénéficiaires du fonds, versées avant le 31 octobre et reçues avant le 31 décembre de chaque année au titre de la péréquation de cette année, les actes litigieux régissent des droits et obligations nés ou dus au titre de périodes passées, en fonction de l'écart entre recettes et charges au titre d'années révolues et qui auraient dû être versées dans le passé. Par ailleurs, les coefficients étant fixés pour des années données, ces actes n'ont pas vocation à régir la péréquation d'années futures et ne valent que pour la péréquation de périodes révolues.

Mais même si vous estimez, comme nous sommes donc encline à le faire, que les arrêtés attaqués présentent un caractère rétroactif, cette rétroactivité ne les entachera pas, pour autant, d'illégalité.

Cela est évident pour l'arrêté tirant les conséquences de l'annulation contentieuse des arrêtés ayant fixé les coefficients des années 2012 à 2014, qui vise à combler le vide juridique créé par cette annulation et entre dans l'une des exceptions à l'interdiction de la rétroactivité des actes réglementaires. Mais tel nous paraît aussi le cas pour l'arrêté du 15 juillet 2016 fixant les coefficients de l'année 2015, bien qu'il n'ait pas été pris à la suite d'une annulation contentieuse. En effet, comme le rappelaient les auteurs de la chronique à l'AJDA sur votre décision de Section du 28 avril 2014 *Mme A...* (AJDA 2014 p. 1264), la rétroactivité est également admise « *pour des actes venant s'ajouter à des mesures antérieures dont ils conditionnent l'application* » ou encore pour des « *actes sans lesquels des situations ne peuvent être réglées* ».

A titre d'illustration, lorsqu'un concours de professeurs est créé et que des fonctionnaires sont nommés en N, alors qu'aucune disposition réglementaire en vigueur ne permettait de déterminer le maximum de service hebdomadaire de ces professeurs, pourtant indispensable pour liquider les rémunérations de toute nature dues aux intéressés, le décret pris en N+1 pour fixer ce maximum doit « *nécessairement faire remonter ses effets* » à l'année N et sa rétroactivité est légale (CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, n° 08003, p. 41). De même, vous avez jugé légal l'arrêté d'un préfet fixant rétroactivement le prix de journée applicable à un établissement, le préfet ayant ainsi régularisé la situation illégale résultant de l'absence de toute mesure antérieure fixant le prix de journée depuis la date d'admission de bénéficiaires de l'aide sociale (CE, 8 mars 1967, *Caisse régionale de sécurité sociale de Paris*, n° 66363, p. 701). Est également légale la rétroactivité d'une délégation accordée au cours de la saison à une fédération sportive, qui est prévue par la loi et nécessaire à la continuité du service public dont elle est chargée (CE, 21 décembre 1994, *Association sportive de Mazargues*, n° 107574, p. 576). La présente configuration ne nous paraît, enfin, pas sans rappeler celle rencontrée dans une affaire *Société Bouygues Télécom et AFORS* du 10 juillet 2006 (n° 269882 269937, p. 330), dans laquelle était en cause un décret relatif au financement du service universel des télécommunications, pris pour tirer les conséquences d'un arrêt de la CJCE ainsi que de l'annulation d'un arrêté qui avait fixé le montant des contributions prévisionnelles des opérateurs au fonds de service universel pour l'année 2002. Vous avez jugé que ce décret n'était pas entaché d'une rétroactivité illégale, après avoir relevé, d'une part, qu'il incombait, dans ces circonstances, aux autorités compétentes d'assurer, en tirant les conséquences de cette décision, la continuité du fonctionnement du service universel et, par conséquent, de son financement par les opérateurs pour l'année 2002, d'autre part, que le décret attaqué n'avait par ailleurs pas pour objet et ne

saurait avoir légalement pour effet de servir de base légale aux contributions des opérateurs au financement du service universel pour 2002 qui avaient été fixées par un arrêté du 11 juillet 2002 mais permettait seulement aux autorités compétentes de déterminer de nouvelles contributions prévisionnelles exigibles des opérateurs au titre de l'année 2002, et en outre, qu'il ne faisait pas obstacle à d'éventuelles condamnations de l'Etat à rembourser les intérêts moratoires dus à raison des contributions prévisionnelles qui auraient été versées au titre de l'année 2002 sans base légale.

Or en l'espèce, dès lors que la fixation des valeurs numériques des coefficients α , β et ε était indispensable à la mise en œuvre de la péréquation de l'année 2015, obligatoire en vertu de la loi, correspondant aux dépenses et charges de l'année 2014, l'absence d'adoption d'un arrêté fixant ces valeurs avant la fin de cette année, compte tenu des difficultés rencontrées par les ministres pour modifier leurs méthodes de détermination de ces valeurs après votre décision de juillet 2015, ne permettait pas d'échapper à la fixation de ces coefficients pour 2015 et la loi imposait que l'arrêté pris en 2016 fasse remonter ses effets à la péréquation de 2015.

Enfin, en application de votre jurisprudence *SCARA* déjà évoquée, les arrêtés du 15 juillet 2016 devaient appliquer le droit en vigueur lors des périodes de péréquation concernées.

Dans ces conditions, quelle que soit l'approche que vous retiendrez (rétroactivité ou non-rétroactivité des actes litigieux), il nous semble que les arrêtés ne sont pas entachés d'illégalité sur ce point, et qu'ils doivent être appréciés au regard de l'état du droit antérieur aux modifications issues de la loi de transition énergétique.

Cette question préalable étant réglée, en quoi consistent les coefficients litigieux ?

En vertu du décret du 14 janvier 2004, la péréquation afférente à l'exploitation des réseaux – celle relative aux charges liées aux opérations d'aménagement du territoire n'est pas en cause dans le présent litige – part, pour chaque gestionnaire de réseau public de distribution d'électricité, de l'écart entre, d'une part, les recettes d'exploitation des réseaux de l'année précédente (dites R), constituées par la somme des recettes résultant de l'application du tarif d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité (TURPE) pour les kilowattheures livrés à des clients éligibles et des recettes correspondant à la part relative à l'utilisation de ces réseaux dans les tarifs de vente aux clients non éligibles pour les kilowattheures qui leur sont livrés, et d'autre part, les charges d'exploitation des réseaux (dites C), appréciées là encore au 31 décembre de l'année précédente et tenant compte des caractéristiques du réseau exploité et de la clientèle raccordée. Ces charges ne sont pas celles réellement exposées par le gestionnaire de réseau : elles sont calculées de manière forfaitaire, par application d'une formule multipliant la longueur des canalisations, le nombre de postes de transformation et le nombre des abonnements du réseau qu'il exploite par des coefficients variant selon les caractéristiques de ce réseau (souterraine ou aérienne, haute ou basse tension), dont la valeur en euros est arrêtée annuellement. Par ailleurs, le résultat obtenu par application de cette formule est affecté d'un coefficient forfaitaire λ destiné à exclure du calcul des recettes des gestionnaires de réseaux la part correspondant à la rémunération des investissements.

Si les recettes du gestionnaire excèdent ses charges ainsi calculées, il sera contributeur au fonds.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire en cas de solde négatif, il sera bénéficiaire du fonds, dont il recevra une dotation.

La contribution à verser au fonds ou la dotation qui en est reçue n'est toutefois pas égale à la différence ainsi calculée entre recettes et charges. L'article 12 prévoit en effet que le solde de contribution ou de dotation de chaque gestionnaire est calculé par application de formules, « *qui permettent, d'une part, d'ajuster la contribution au fonds de péréquation des gestionnaires dont l'écart entre recettes et charges excède une proportion déterminée des recettes, d'autre part, d'assurer l'équilibre des opérations effectuées par le fonds de péréquation de l'électricité.* »

En vertu de ces formules, décrites à l'annexe 2 du décret, la contribution au fonds d'un gestionnaire dont l'écart entre R et C est positif est, en principe, égale au produit de cet écart par le coefficient α . Toutefois, lorsque l'écart entre les recettes et les charges d'un gestionnaire contributeur dépasse un certain pourcentage de ses recettes, la contribution qu'il verse au fonds est alors plafonnée par application d'un coefficient β : elle est alors égale au produit de ses recettes par α et β . Enfin, du côté des bénéficiaires du fonds, la dotation qu'ils perçoivent est égale au produit de l'écart entre leurs charges et leurs recettes par un troisième coefficient, tantôt appelé γ ou ε . La fixation de ces trois coefficients doit s'opérer de manière telle que le fonds est en équilibre et que la somme des contributions égale la somme des dotations : les valeurs de ces trois coefficients ne sont pas indépendantes les unes des autres.

Dans votre décision du 27 juillet 2015, vous avez décrit un ordre de détermination de ces coefficients, en présentant α comme un coefficient d'ajustement. Vous avez ainsi énoncé que le coefficient ε « *détermine le solde que (les bénéficiaires) perçoivent du fonds, correspondant à la part, ainsi prise en charge au titre de la péréquation, des coûts supportés par ces gestionnaires qui, en raison des particularités des réseaux publics de distribution qu'ils exploitent ou de leur clientèle, ne sont pas couverts par la part relative à l'utilisation de ces réseaux dans les tarifs réglementés de vente d'électricité et par les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution ; que le coefficient bêta détermine la proportion de recettes des gestionnaires contributeurs au-delà de laquelle leur contribution au fonds de péréquation est plafonnée ; (et) que le coefficient alpha est ensuite calculé afin d'assurer l'équilibre global de la péréquation entre les contributions et les dotations* ». Toutefois, il nous semble qu'il ne s'agissait qu'une description de fait, correspondant à la méthode alors suivie par le ministre : il est en effet délicat de raisonner en termes d'ordre de fixation de ces coefficients, intimement imbriqués et contraints par l'exigence d'équilibre du fonds et les contraintes résultant, en termes d'effet et d'objet, de la loi et du décret : les valeurs de ces coefficients doivent être fixées ensemble, et toute variation de l'un des coefficients impliquera que des conséquences soient tirées sur au moins l'un des deux autres.

Ainsi, plus le coefficient γ ou ε sera inférieur à 1, plus la compensation de l'écart entre les charges et les recettes des bénéficiaires du fonds sera partielle et plus les coefficients α et β pourront être modérés. A l'inverse, plus le coefficient ε tendra vers 1, plus la compensation à opérer sera importante et impliquera que les contributions au fonds, dont la détermination dépend des coefficients multiplicateurs α et β , soient élevées.

Or la fixation du coefficient ε (ou γ) n'est pas laissée à la libre discrétion des ministres.

En effet, vous avez jugé, par votre décision du 27 juillet 2015, que s'il résultait des dispositions de l'article L. 121-29 du code de l'énergie que le législateur n'avait pas entendu exclure que la répartition opérée par le fonds de péréquation puisse ne porter que sur une partie des coûts supportés par les gestionnaires, et qu'elles ne faisaient donc pas obstacle à ce que la valeur de ε soit inférieure à 1, il ressortait toutefois des travaux préparatoires des lois dont ces dispositions sont issues que la part des coûts nécessairement supportés par un gestionnaire de réseau de distribution efficace, eu égard aux particularités du réseau exploité ou de sa clientèle, qui n'est pas déjà couverte par les tarifs, doit être prise en charge par le fonds, à moins que cette prise en charge ne conduise à prélever sur les gestionnaires contributeurs la totalité, y compris leur marge commerciale raisonnable, de l'excédent de leurs recettes sur leurs propres charges d'exploitation. Vous en aviez alors déduit qu'en fixant ce coefficient à environ 0,1, sans que cette faible valeur soit justifiée par le souci de n'inclure que les coûts nécessairement supportés par un gestionnaire de réseau de distribution efficace eu égard aux particularités du réseau exploité ou de sa clientèle, ou par la volonté d'éviter que la prise en charge de ces coûts ne conduise à prélever sur les gestionnaires contributeurs la totalité de l'excédent de leurs recettes sur leurs propres charges d'exploitation, les auteurs des arrêtés attaqués en 2015 avaient commis une erreur de droit.

Ces motifs de limitation de la valeur de ε impliquent nécessairement un autre : celui tiré du caractère borné des capacités du fonds, qui n'est pas une corne d'abondance et dépend des excédents des recettes des contributrices sur leurs charges d'exploitation. Il nous semble, par ailleurs, que le coefficient ε ne saurait être supérieur à 1, c'est-à-dire conduire au versement de dotations supérieures à l'écart négatif entre charges et recettes : il ne saurait y avoir surcouverture des coûts.

Nous sommes consciente que les règles de modulation ainsi dégagées par votre décision de 2015, si elles résultent de la volonté du législateur telle qu'elle ressort des travaux préparatoires des lois dont sont issues les dispositions de l'article L. 121-29 du code, sont loin d'être d'un maniement aisé dans la mesure notamment où, d'une part, les charges prises en compte en vertu du décret étant forfaitairement calculées, on pourrait considérer qu'elles tiennent déjà compte du niveau de charges admissibles de la part d'un gestionnaire efficace, et où, d'autre part, le coefficient ε est le même pour tous les gestionnaires bénéficiaires, n'autorise donc pas des variations selon la plus ou moins grande efficacité de chacune des entreprises concernées et ne peut dès lors être fixé qu'en fonction d'une moyenne d'efficacité. Par ailleurs, la conservation d'une marge commerciale raisonnable ne peut, là encore, qu'être théorique et normative et ne saurait fonctionner comme une clause de sauvegarde individuelle de chaque gestionnaire, compte tenu des formules prévues par le décret. Toutefois, ces embarras nous paraissent révéler, moins les éventuelles faiblesses de votre décision passée que les limites du système forfaitaire retenu par le décret, la complexité de mettre en place un système de péréquation à la fois admissible politiquement et économiquement efficace, et les difficultés inhérentes à la coexistence d'ELD très hétérogènes.

La détermination de la valeur du coefficient ε étant ainsi, non pas surdéterminée, mais encadrée et contrainte, qu'en est-il des deux autres ?

S'agissant de β , une fixation à un niveau proche de 1 aura une double incidence. D'une part, plus β est élevé, plus le taux de marge théorique à atteindre (entendu comme l'excédent des recettes sur les charges rapporté au total des recettes – à cet égard, le niveau de β n'est pas sans lien avec la préservation d'une marge commerciale évoquée par votre décision de 2015) pour bénéficier du plafonnement sera élevé, et plus le nombre de contributeurs dont le versement est plafonné sera faible. Seules les entreprises présentant une rentabilité exceptionnelle, par rapport au reste du secteur, seront alors concernées par ce plafonnement. D'autre part, pour ces contributeurs plafonnés, un β fixé à un niveau proche de 1 aura pour effet d'accroître le montant de leur contribution (égale au produit de leurs recettes par α et β) par rapport à ce que donne l'application d'un coefficient β réduit.

A l'inverse, plus le coefficient β sera faible, plus le nombre de gestionnaires dont les contributions sont plafonnées sera important et plus le coefficient α devra être élevé pour assurer une alimentation suffisante du fonds, faisant ainsi reposer la charge de celle-ci essentiellement sur les contributeurs non plafonnés, sauf à diminuer ε pour réduire d'autant les besoins de ce fonds. Or en pratique, dès lors que le niveau du TURPE est établi – dans la mesure toutefois où ils correspondent à ceux d'un gestionnaire efficace – à partir des coûts supportés par le gestionnaire ERDF devenu Enedis, que la vaste étendue des réseaux gérés par celui-ci permet d'une certaine façon, de facto, un lissage et une péréquation « interne » à ses réseaux, et qu'il constitue le plus gros gestionnaire de distribution, l'écart entre recettes et charges, même forfaitairement déterminées par le décret, d'Enedis est par construction toujours très faible au regard de ses colossales recettes de cet opérateur. Dès lors, plus le coefficient β sera faible, moins il existera de contributeurs déplafonnés autres qu'Enedis, et plus l'équilibrage du fonds reposera, en fait, sur des ponctions importantes aux détriments de cet opérateur.

Enfin, plus le coefficient α sera élevé, plus les versements des gestionnaires contributeurs seront importants, que ces contributions soient ou non plafonnées – puisque dans l'un et l'autre cas, le coefficient α entre en ligne de compte. Toutefois, il ne saurait, selon nous, être question que ce coefficient dépasse 1. Une telle valeur signifierait en effet que les contributeurs non plafonnés se verraient mettre à leur charge le versement de contributions dépassant l'écart entre leurs recettes et leurs charges, ce qui nous semblerait contraire à votre décision du 27 juillet 2015 en ce que cela exclurait le maintien d'une quelconque marge commerciale théorique pour ces contributeurs.

Quelle méthode les ministres ont-ils cette fois-ci, dans leurs arrêtés du 15 juillet 2016, suivie pour fixer les valeurs des coefficients α , β et ε (γ), – étant précisé que, pas plus qu'en 2015, ne sont critiqués devant vous le principe même d'un calcul forfaitaire des charges posé par le décret, ni l'existence et le niveau du coefficient λ visant à retrancher du calcul des recettes des gestionnaires de réseaux la part correspondant à la rémunération des investissements ?

Il ressort des pièces des dossiers, notamment des écritures du ministre chargé de l'énergie, qu'il a d'abord été procédé au calcul du besoin brut de financement du fonds, correspondant à la somme des soldes des gestionnaires bénéficiaires. Le coefficient β a ensuite été calculé de telle sorte que la part de la contribution à la charge de la société Enedis dans la totalité des ressources du fonds soit proportionnelle à la part de cette société dans les recettes d'acheminement de l'électricité perçues par l'ensemble des gestionnaires de réseaux, c'est-à-dire de façon que la contribution de la société Enedis au fonds représente 97 % des dotations de ce fonds. Puis le coefficient α a été

fixé à un niveau tel que la contribution de l'entreprise locale de distribution contributrice la moins excédentaire (c'est-à-dire celle dont l'écart entre les recettes et les charges est le plus faible au titre de l'année considérée) n'excède pas 90 % de cet écart. Enfin, le coefficient ε a été calculé en conséquence, de manière à assurer l'équilibre entre les contributions et les dotations du fonds.

Il en est résulté des variations très significatives des coefficients d'une année sur l'autre, et des valeurs parfois très largement supérieures à 1 pour le coefficient α , sans pour autant que ε se rapproche de 1 et permette de compenser une part véritablement significative du solde négatif des ELD bénéficiaires du fonds. A titre d'illustration, pour la péréquation 2012, α a été fixé à plus de 3,2 tandis que β dépassait à peine 0,0005 (en d'autres termes, il suffisait que l'écart entre recettes et charges dépasse 0,5‰ des recettes pour la contribution soit plafonnée) tandis que ε atteignait 0,13. Tandis que pour la péréquation 2015, α était égal à 2,47 ; β à 0,0009 et ε à 0,19.

Même si les requérantes commentent cette méthode de fixation, elles ne soulèvent pas spécifiquement et formellement de moyen sur l'objet ainsi assigné à β , concentrant leurs critiques sur les coefficients α et ε . Toutefois, l'imbrication étroite des coefficients α et β ne permettant pas d'apprécier la portée des critiques adressées à la méthode de fixation de α sans prendre en considération le niveau de β et la façon dont il a été arrêté en l'espèce, vous devrez les appréhender globalement.

Les requérantes soutiennent en effet que les ministres ont commis une erreur de droit en fixant la valeur du coefficient α de telle sorte que la contribution de l'entreprise locale de distribution dont l'écart entre recettes et charges est le plus faible ne dépasse pas 90% de l'excédent de ses recettes sur ses charges. La société Gérédis-Deux-Sèvres considère qu'ils ont en outre commis une erreur de droit et une erreur manifeste d'appréciation en fixant le coefficient ε à une valeur très inférieure à 1.

Nous ne nourrissons aucun doute sur le caractère erroné de la méthodologie suivie en l'espèce.

En effet, le coefficient β , qui vise, en vertu du décret, à « *ajuster la contribution au fonds de péréquation des gestionnaires dont l'écart entre recettes et charges excède une proportion déterminée des recettes* », ne saurait être utilisé pour répartir les contributions entre la société Enedis et les entreprises locales de distribution excédentaires en fonction de leurs parts respectives dans les « recettes d'acheminement » de l'électricité.

Outre que tel n'est pas l'objet de ce coefficient, qui sert seulement à éviter que, pour les entreprises présentant la rentabilité la plus élevée, la péréquation ne conduise à ponctionner une part excessive de leur marge théorique – tout cela étant, rappelons-le, calculé sur la base de charges forfaitairement évaluées en fonction des caractéristiques du réseau et de la clientèle -, rechercher à aligner la part d'Enedis dans les ressources du fonds sur sa part dans les recettes du TURPE nous paraît orthogonal à la logique de la péréquation de l'article L. 121-29 du code.

Dès lors, en effet, que celle-ci vise à corriger ou compenser en tout ou partie, par des transferts des gestionnaires excédentaires vers les gestionnaires déficitaires, les conséquences des écarts de coûts par rapport au TURPE, qui génèrent pour certaines entreprises locales de distribution d'importants excédents de recettes compte tenu des caractéristiques très urbaines de leurs réseaux

tandis que d'autres subissent d'importants surcoûts non couverts par les tarifs au regard des particularités géographiques de leur concession, il n'est pas cohérent de chercher à faire peser la quasi-totalité (97%) de l'effort de péréquation sur le seul opérateur pour lequel le TURPE correspond le mieux en moyenne aux coûts supportés et pour lequel l'écart entre ses recettes et ses charges normatives est, par construction, proportionnellement faible.

La logique devrait au contraire pousser à solliciter plus fortement les gestionnaires dont l'excédent par rapport à leurs recettes est important et, par suite, à ne pas fixer le coefficient β à un niveau infinitésimal. Certes, l'idée même d'un plafonnement, que doit permettre β , recouvre une préoccupation, sinon d'acceptabilité, du moins d'absence d'excès des contributions à verser. Toutefois, ce « bouclier » de protection des ELD les plus rentables ne saurait reposer sur des principes contraires à la philosophie de la péréquation, et la recherche d'une correspondance entre la part d'Enedis dans la totalité des recettes d'acheminement et sa part dans la totalité des ressources du fonds de péréquation n'est pas un critère pertinent de fixation de β : ce coefficient ne peut jouer qu'à la marge, pour éviter des prélèvements excessifs, et reposer sur des considérations avant tout économiques – qui pourraient par exemple consister à actionner le plafonnement en fonction des données de rentabilité moyennes ou maximales du secteur.

Or la combinaison de cette méthode erronée de fixation de β , aboutissant à arrêter celui-ci à un niveau ridiculement bas, quasi égal à zéro, ayant pour effet de plafonner tous les contributeurs autres qu'Enedis, avec l'assignation, par les ministres, au coefficient α de l'objectif d'éviter de prélever plus de 90% de l'excédent de l'ELD contributrice dont l'écart entre ses recettes et ses charges est le plus faible – ELD pour laquelle le prélèvement n'est pas égal au produit de cet écart par α puisqu'elle bénéficie du plafond, mais est égal au produit de ses recettes par α et β – conduit à retenir un niveau aberrant pour le coefficient α . Celui-ci est en effet très largement supérieur à 1 pour trois des quatre années devant vous, et aboutit ainsi à prélever sur la société Enedis, seul gestionnaire contributeur non plafonné – et donc seul gestionnaire dont la contribution égale le produit de l'écart entre les recettes et les charges par le coefficient α –, une somme supérieure à l'excédent de ses recettes sur ses charges d'exploitation. Or comme nous l'avons exposé précédemment, la fixation du coefficient α à un niveau dépassant 1 méconnaît les principes énoncés dans votre décision du 27 juillet 2015, en ce qu'elle l'oblige à verser plus que son excédent normatif et supprime toute marge pour le contributeur concerné. A titre d'illustration, Enedis a versé une contribution égale, au titre de la péréquation 2012, à 330% de son excédent, et au titre de l'année 2015, à 247% de l'écart entre ses recettes et ses charges.

Les modalités de calcul des coefficients α et β sont donc entachées d'erreur de droit, comme le soutiennent à bon droit les requérantes. La fixation de ε doit être annulée par voie de conséquence.

Vous enjoindrez aux ministres d'adopter, dans un délai de six mois, de nouveaux arrêtés fixant des valeurs de ces coefficients conformes aux principes que vous aurez énoncés dans votre décision, pour la péréquation des années 2012 à 2015. Il n'y a pas lieu d'assortir cette injonction d'une astreinte. Si vous ne pouvez dicter aux ministres les valeurs à retenir, nous espérons qu'ils seront cette fois suffisamment éclairés sur les principes directeurs à suivre, à savoir :

- un coefficient ε qui doit permettre d'assurer autant que possible la compensation des surcoûts supportés par les GRD liés aux caractéristiques de leurs réseaux et de leur clientèle et non couverts par les tarifs, et qui ne peut être significativement inférieur à 1 que pour des motifs tirés, soit de la préoccupation de ne pas couvrir des surcoûts qui seraient liés à l'inefficacité des gestionnaires, soit par le caractère nécessairement équilibré du fonds joint à l'exigence de ne pas prélever sur les contributeurs la totalité de l'excédent de leurs recettes sur leurs propres charges d'exploitation, y compris une marge commerciale raisonnable ;
- un coefficient α qui ne peut dépasser 1 ;
- et un coefficient de plafonnement β qui ne peut avoir pour objet d'aligner la part d'Enedis dans les ressources du fonds sur sa part dans les recettes d'acheminement et ne saurait avoir pour effet de plafonner tous les contributeurs autres qu'Enedis.

En revanche, il n'y a pas lieu d'ordonner aux ministres, sur le fondement de la réglementation communautaire des aides d'Etat, la récupération des sommes correspondant au plafonnement des contributions des gestionnaires autres qu'Enedis.

Les requérantes soutiennent en effet, non que les dotations versées par le fonds seraient des aides d'Etat – moyen qui ne serait à l'évidence pas dans leur intérêt de soulever – mais que les sommes que l'Etat ferait « économiser » aux contributeurs urbains, alors que ceux-ci devraient voir leurs budgets grevés de charges plus importantes au titre de la péréquation, constitueraient des aides d'Etat, illégales faute d'avoir donné lieu à notification préalable à la Commission européenne.

Un tel moyen avait déjà été soulevé lors du précédent contentieux, et vous l'aviez écarté dans votre décision du 27 juillet 2015, sans prendre parti sur le point de savoir si était en cause un avantage consenti au moyen de ressources d'Etat, en relevant que s'il était soutenu que le plafonnement des contributions permettrait aux gestionnaires concernés de distribuer des dividendes, résultant de l'excédent de leur bénéfice d'exploitation sur leur contribution au fonds, à des entreprises du même groupe intervenant dans un secteur concurrentiel, comme celui de la production ou de la fourniture d'électricité, aucune distorsion de concurrence ne pouvait toutefois, sous le contrôle de la Commission de régulation de l'énergie, résulter des relations financières entre les activités concurrentielles de production ou de fourniture, d'une part, et l'activité exercée en monopole de gestion d'un réseau de distribution, d'autre part, qui font l'objet d'une séparation comptable. Vous aviez jugé que le plafonnement des contributions ne faussait ni ne menaçait de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, et par suite, ne présentait pas le caractère d'une aide d'Etat au sens de l'article 107, paragraphe 1 du TFUE.

Les requérantes contestent cette motivation, en faisant à nouveau brièvement valoir que dès lors que les ELD contributrices bénéficiant du plafonnement sont filles ou mères d'entreprises d'électricité agissant dans le secteur concurrentiel, ce plafonnement a nécessairement une incidence sur ce secteur, notamment en ce qu'elle permet aux filiales de verser des dividendes plus importants à leur mère, ou encore en permettant aux mères d'accorder de plus importantes dotations en capital, avances en compte courant ou non-prélèvement de dividendes. Toutefois,

ces critiques, assez générales, nous paraissent se heurter aux mêmes obstacles que ceux qu'elles ont rencontrés en 2015, alors en particulier que l'article L. 111-86 du code de l'énergie prévoit que la CRE veille à ce que l'imputation, les périmètres comptables et les principes déterminant les relations financières entre les différentes activités des opérateurs électriques « *ne permettent aucune discrimination, subvention croisée ou distorsion de concurrence* ».

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation des arrêtés du 15 juillet 2016 relatifs aux coefficients à appliquer par le fonds de péréquation de l'électricité à la formule de péréquation, respectivement, pour les années 2012, 2013 et 2014 et pour l'année 2015, en tant qu'ils fixent la valeur des coefficients *alpha*, *bêta* et *epsilon* ;
- à ce qu'il soit enjoint au ministre de la transition écologique et solidaire, au ministre de l'intérieur et au ministre de l'action et des comptes publics de prendre, dans un délai de six mois, de nouveaux arrêtés fixant des valeurs de ces coefficients pour les années 2012, 2013, 2014 et 2015 conformes aux principes que vous aurez énoncés ;
- à ce que l'Etat verse aux sociétés SRD et Gérédis-Deux-Sèvres la somme de 3 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- et au rejet du surplus des conclusions des requêtes.