

N^{os} 407516, 407547, 408809, 409065
SOCIETE ENEDIS
SOCIETE EDF
MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT,
DE L'ENERGIE ET DE LA MER
FEDERATION CFE-CGC ENERGIE

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

CONCLUSIONS

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public

Les quatre requêtes qui viennent d'être appelées sont dirigées contre les délibérations de la Commission de régulation de l'énergie du 17 novembre 2016 et du 19 janvier 2017 portant respectivement décision sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité (TURPE) dans les domaines de haute tension A et de basse tension (HTA et BT), à compter du 1^{er} août 2017, et décision sur la demande de la ministre chargée de l'énergie d'une nouvelle délibération sur ces tarifs.

Ce dossier est, au regard des précédents, hors norme. Non pas tant au regard du nombre, bien qu'il soit beaucoup plus élevé qu'à l'habitude, de moyens soulevés – plus d'une vingtaine de critiques adressées aux délibérations attaquées – qu'au regard de l'identité des requérants et de la perspective des critiques adressées aux tarifs litigieux.

En effet, pour la première fois, ce n'est pas de contestations formées par les fournisseurs dits « alternatifs » d'électricité, consistant à soutenir que les tarifs d'utilisation des réseaux seraient fixés à un niveau trop élevé au profit d'ERDF (devenue Enedis), que vous êtes saisis, mais de recours présentés notamment par cet opérateur, qui estime, à rebours des contentieux que vous aviez jusqu'ici connus, que les tarifs fixés par les délibérations en litige l'ont été à un niveau trop faible et n'assurent pas une couverture correcte de ses coûts, et par la ministre chargée de l'énergie, qui considère que la CRE n'a pas tenu compte de ses orientations de politique énergétique.

Avant d'en venir à l'examen de ces nombreux moyens – parfois très délicats – quelques mots sur la recevabilité de ces requêtes s'imposent.

L'intérêt de la société Enedis, principal gestionnaire des réseaux publics de distribution d'électricité, pour demander sous le n° 407516 l'annulation de la délibération du 17 novembre 2016 ne fait aucun doute, puisque les tarifs ainsi fixés sont ses recettes. Pour les mêmes motifs, elle justifie d'un intérêt suffisant, même si celle-ci est une réponse de rejet à une demande du ministre en charge de l'énergie, pour attaquer la décision par laquelle la CRE a considéré que les tarifs ainsi arrêtés prenaient en compte les orientations de politique énergétique indiquées par ce ministre et qu'il n'y avait pas lieu de les modifier.

Vous admettez les interventions en défense à cette requête présentées au soutien de la CRE, d'une part, par l'ANODE, qui a intérêt au maintien des délibérations tarifaires attaquées dont elle estime qu'elles fixent les tarifs d'utilisation des réseaux au bon niveau, et d'autre part, par l'UFC-Que Choisir, qui défend les intérêts des consommateurs sur la facture d'électricité desquels les fournisseurs répercutent les tarifs d'utilisation des réseaux que les gestionnaires de réseaux de distribution leur appliquent pour l'acheminement de l'électricité fournie aux clients finals.

La société EDF, en tant que fournisseur utilisant les réseaux de distribution HTA et BT pour l'acheminement de l'électricité à ses clients, justifie elle aussi, eu égard à l'incidence de celles-ci sur les prix et tarifs qu'elle pratique à l'égard de ses clients, d'un intérêt à demander, sous le n° 407547, l'annulation des délibérations fixant les tarifs d'utilisation de ces réseaux.

Dès lors que l'intérêt pour agir s'apprécie au regard de l'objet de l'acte attaqué, qu'une fois admis, il permet en l'état de votre jurisprudence très libérale d'invoquer tout moyen, y compris susceptible de nuire sur le fond au requérant, et que la société EDF présente sa demande comme tendant à l'annulation des délibérations dans leur ensemble, en soulevant notamment des moyens d'irrégularité, nous ne vous proposerons pas de raffiner votre raisonnement sur la portée exacte de ses conclusions au regard de ceux des moyens qu'elle soulève sur le fond remettant en cause le caractère suffisant du niveau des tarifs litigieux. Vous regarderez donc la requête comme recevable, ce que d'ailleurs aucune partie ne conteste.

Soulignons que si la société EDF invoque également à titre subsidiaire, pour justifier de la recevabilité de sa requête, une autre qualité - celle d'actionnaire unique de la société ENEDIS, qui est au demeurant sans doute le véritable mobile de son action - l'atteinte aux intérêts de l'actionnaire d'une société gestionnaire d'un réseau de distribution d'électricité qu'est susceptible de porter la fixation des tarifs d'utilisation de ce réseau, compte tenu de ses répercussions sur le résultat de la société et, par ricochet, sur sa valeur et sa politique de distribution, nous paraît en revanche trop indirecte et incertaine.

La Fédération CFE-CGC Energies, auteur de la requête n° 409065, ne nous semble, quant à elle, pas justifier d'un intérêt suffisant à demander l'annulation des délibérations qu'elle attaque. Si le syndicat fait en effet valoir que les TURPE représentent 92% des recettes d'Enedis et que la fixation de ces tarifs à un niveau insuffisant pour couvrir tous les coûts de la société aurait nécessairement des répercussions sur les conditions d'emploi et de rémunération des personnels de cette société, dont elle défend les intérêts, une telle atteinte nous paraît trop incertaine et

indirecte pour lui donner qualité à demander elle-même l'annulation de ces décisions (rappr., sur l'absence d'intérêt d'un syndicat de personnel de La Poste à demander l'annulation de la décision de signer le contrat de plan entre l'Etat et la Poste en tant qu'elle concerne les relations financières de cette dernière avec l'Etat, ses objectifs et ses moyens financiers : CE, Section, 19 novembre 1999, *Fédération syndicale FO des travailleurs des postes et télécommunications*, n° 176261, p. 354). Par suite, et quand bien même ce syndicat avait adressé des contributions à la CRE dans le cadre des consultations publiques que celle-ci a menée, sa requête est irrecevable et vous pourrez la rejeter comme telle, sans avoir à répondre aux moyens propres qu'elle soulève. Contrairement à ce que soutient la requérante, la circonstance qu'elle ait répondu aux consultations publiques de la CRE ne nous paraît pas conduire à une solution différente, et nous ne voyons pas dans une telle irrecevabilité une violation de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le droit au recours effectif, pas plus que de l'article 37 de la directive 2009/72/CE prévoyant que les Etats membres doivent permettre aux parties lésées d'exercer un recours contre les décisions des régulateurs, ni une question sérieuse sur ce point qui justifierait un renvoi préjudiciel à Luxembourg.

Qu'en est-il, enfin, du recours de la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, enregistré sous le n° 408809 et dirigé contre les délibérations des 17 novembre 2016 et 19 janvier 2017 ?

S'il peut certes paraître surprenant et inhabituel qu'un ministre, autorité de l'Etat, forme un recours contre une décision d'une autre autorité administrative de l'Etat, démembré de la personnalité morale tel que la CRE, c'est-à-dire, pour reprendre les termes du président Schwartz dans ses conclusions sur votre décision *CCI de Touraine et autres* du 22 février 1999 (n° 178038 178871, T. pp. 675-676-940), que l'Etat, via le ministre, conteste une décision prise en son nom, votre jurisprudence admet toutefois la recevabilité d'une telle contestation dans le cas particulier des décisions d'autorités administratives indépendantes (AAI) qui ne sont pas placées sous l'autorité d'un ministre et à l'égard desquelles ce dernier n'a donc aucun pouvoir hiérarchique d'annulation ou de réformation (v. CE, Section, 6 décembre 1968, *ministre des armées c/ Sieur R...*, p. 626, pour la recevabilité du recours de ce ministre contre les décisions des conseils de révision, admise au motif qu'il n'a pas d'autorité hiérarchique sur ceux-ci ; CE, 10 juillet 1996, *K...*, n° 169784 ; ou CE, 22 février 1999, *CCI de Touraine et autres*, préc., sur la recevabilité d'un recours du ministre du commerce et de l'artisanat contre une décision de la commission nationale d'équipement commercial). Dans une telle hypothèse, en effet, le ministre ne demande pas au juge une mesure qu'il a lui-même le pouvoir de prendre, pas plus qu'il ne lui demande un arbitrage ou la résolution d'un différend interne à l'Etat qui ne relèverait pas de la voie contentieuse, mais de la voie politique ou hiérarchique du Premier ministre. Or la CRE est une AAI, et la loi ne confère aux ministres intéressés aucun pouvoir hiérarchique ou de tutelle sur ses décisions de fixation des TURPE : la seule faculté ouverte par la loi est celle, très restreinte, de demander, motif pris uniquement d'une absence de prise en compte des orientations de politique énergétique du Gouvernement, à la CRE une nouvelle délibération, sans possibilité aucune d'influer sur son contenu. L'existence de cette faculté ne nous paraît pas priver les ministres du droit au recours que votre jurisprudence a reconnue dans les précédents cités à

l'instant, ni le cantonner à la seule décision prise par la CRE dans ce cadre. Dans ces conditions, le recours de la ministre nous paraît recevable.

Ces questions préalables étant réglées, il est temps de s'attaquer au maquis des moyens soulevés par les requêtes qui, heureusement, forment des bouquets posant des questions distinctes – permettant de reprendre la respiration entre chacun.

Commençons par les moyens de légalité externe soulevés à l'encontre de l'une et/ou l'autre des délibérations attaquées.

En premier lieu, il est soutenu que les tarifs litigieux ont été adoptés à l'issue d'une procédure irrégulière, dès lors que la consultation des acteurs du marché de l'énergie n'aurait, en méconnaissance de l'article L. 341-3 du code de l'énergie, pas permis à ceux-ci de faire utilement valoir leurs observations sur certaines évolutions retenues par la CRE.

L'article L. 341-3 du code de l'énergie, qui prévoit que la CRE fixe les méthodes utilisées pour établir les TURPE et décide les évolutions de ces tarifs, et qui encadre la procédure d'adoption de ces délibérations, dispose, à son quatrième alinéa, que la Commission « *procède, selon les modalités qu'elle détermine, à la consultation des acteurs du marché de l'énergie* ». La loi, si elle pose le principe de la consultation, laisse ainsi une large marge de manœuvre à la CRE sur les modalités d'organisation de celle-ci. Sous l'empire de la loi du 10 février 2000, dont le III de l'article 4 prévoyait que « *La Commission de régulation de l'énergie formule ses propositions et ses avis (...) après avoir procédé à toute consultation qu'elle estime utile des acteurs du marché de l'énergie (...)* », vous avez jugé qu'il en résultait pour la CRE l'obligation de procéder aux consultations des acteurs du marché sur la base d'un exposé suffisamment précis des évolutions envisagées de façon à lui permettre de se prononcer sur ces évolutions en connaissance des répercussions que les acteurs du marché sont en mesure d'escompter (CE, 28 mars 2012, *Société Direct Energie et autres*, n° 330548 32639 332643, p. 130). Vous avez transposé cette jurisprudence à l'application de l'article L. 341-3 du code de l'énergie, et avez par ailleurs précisé que la CRE n'était pas tenue de répondre aux observations formulées lors des consultations auxquelles en procède en vertu de cet article (CE, 13 mai 2016, *Société Direct Energie*, n° 375501, T. pp. 611-784-785 sur ce point).

En l'espèce, la CRE a mené trois consultations publiques écrites, étalées de juillet 2015 à septembre 2016, auxquelles ont répondu des gestionnaires et opérateurs de réseaux, des fournisseurs, des consommateurs ou associations de consommateurs, des autorités concédantes et des syndicats de salariés. La première, menée à l'été 2016, a ainsi présenté les analyses préliminaires de la CRE sur la structure des tarifs et les principes d'élaboration des grilles tarifaires, et reçu 43 réponses. La deuxième, organisée en mai 2016, a également porté sur la structure du TURPE et a présenté les projets de grilles tarifaires envisagées par la CRE ainsi que les modalités de prise en compte des coûts d'équilibrage ; elle a suscité 56 contributions. La troisième consultation publique, tenue en juillet 2016, a concerné le cadre de régulation et le niveau du TURPE HTA-BT et donné lieu à réponse de la part de 31 contributeurs.

Par ailleurs, la CRE a complété ces consultations, en décembre 2015 puis septembre 2016, par des auditions, en particulier des gestionnaires de réseaux de distribution et de transport, et par des tables rondes réunissant les fournisseurs et les consommateurs et associations de consommateurs ayant répondu aux consultations. Les consultations ainsi organisées en 2016 ont été effectuées notamment au regard d'une délibération de la CRE publiée le 18 février 2016 présentant les orientations sur la structure du TURPE 5.

Les modalités de la consultation ainsi menée sont tout d'abord critiquées en ce que celle-ci aurait été trop brève pour laisser aux acteurs du marché le temps nécessaire à la formulation de réponses complètes aux évolutions envisagées. Toutefois, la consultation, engagée plus d'un an avant l'adoption de la délibération du 17 novembre 2016 et qui s'est déroulée elle-même sur plus de douze mois, organisée selon les différents temps que l'on vient d'indiquer, s'est tenue selon un calendrier permettant aux acteurs de prendre connaissance de ces évolutions et de faire valoir leurs observations de manière utile.

Pour soutenir que ces consultations n'auraient pas permis aux acteurs du marché de se prononcer de manière suffisamment éclairée sur les évolutions du TURPE envisagées, il est ensuite soutenu que la CRE n'a pas soumis à consultation « la fonction de coût » qu'elle a retenue afin de répartir les coûts d'infrastructure entre les utilisateurs du réseau. Mais la critique manque en fait, la CRE ayant exposé de manière suffisamment précise ses intentions sur ce point dans les documents de la consultation publique du 24 mai 2016. La société Enedis soutient également que la CRE n'a pas consulté les acteurs sur la définition des épisodes de grand froid. Mais s'il est vrai que la CRE n'a pas présenté dans les documents de consultation la nouvelle définition précise de la notion de période de froid rigoureux, elle avait en revanche clairement indiqué, lors de la consultation du 24 mai 2016, qu'elle envisageait de resserrer cette notion afin de n'appliquer l'écrêtement grand froid qu'aux « seules situations de froid rigoureux où l'aléa climatique est localement plus fort qu'au niveau national », y proposait à cette fin de retranscher de la température minimale de référence locale utilisée jusque-là l'aléa climatique moyen au niveau national pour définir le nouveau seuil de déclenchement, et avait interrogé les acteurs sur ce point – ce qui était suffisant. Le moyen n'est donc pas fondé.

Enfin, la critique adressée par Enedis à l'absence de réponse de la CRE aux contributions reçues lors de ces consultations se heurte à votre décision du 13 mai 2016, *Société Direct Energie*, déjà évoquée, ayant jugé que la CRE n'est pas tenue de répondre aux observations qu'elle reçoit. Quant à celle tirée de ce que la CRE n'aurait pas mis en œuvre une procédure de consultation transparente en ne publiant que tardivement les réponses dont les auteurs n'avaient pas demandé qu'elles restent confidentielles et en s'abstenant de publier une synthèse des réponses confidentielles, aucune disposition du code de l'énergie ni aucun principe n'imposait à la CRE de procéder à une publication des contributions qu'elle avait reçues, et l'article 3 de son règlement intérieur ne prévoit la publication que d'une synthèse des seules contributions non confidentielles.

Le deuxième moyen critiquant la procédure administrative préalable à l'adoption des tarifs en litige est tiré de ce que la CRE aurait entaché celle-ci d'irrégularité en s'abstenant de consulter le Conseil national d'évaluation des normes (CCEN), chargé, aux termes de l'article L. 1212-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) « *d'évaluer les normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics* ».

Dans une décision du 13 mai 2016, *Société Voltalis* (n° 375120, T. p. 656 sur ce point), vous avez jugé que les dispositions réglementaires d'un décret ayant pour effet de créer des obligations pesant sur les gestionnaires de réseaux publics de distribution d'électricité créaient des obligations à l'égard des collectivités territoriales, dès lors que certaines collectivités sont gestionnaires de tels réseaux en vertu du CGCT, et en avez déduit qu'elles devaient être soumises à la consultation préalable de la commission consultative d'évaluation des normes – ancêtre du CCEN dont la consultation était prévue, par l'article L. 1211-4-2 du CGCT dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013, à l'égard des « *mesures réglementaires créant ou modifiant des normes à caractère obligatoire concernant les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics* ».

Si les décisions fixant les TURPE « concernaient » indiscutablement les collectivités territoriales ayant le statut de gestionnaires de réseaux publics de distribution d'électricité, en ce qu'ils fixent les recettes de ces derniers, et même en tant qu'autorités concédantes, il nous semble que, dans le nouveau paradigme du CCEN, les délibérations fixant les TURPE et leurs méthodes de calcul peuvent également être regardées comme « applicables » dans cette même mesure à ces collectivités, en ce qu'elles fixent et régissent les tarifs que les collectivités gestionnaires pourront percevoir et qu'elles devront respecter dans leurs relations avec les fournisseurs d'électricité et les clients finals. Et elles nous paraissent bien présenter le caractère de « normes » au sens des dispositions précitées.

Toutefois, l'article L. 1212-2 du code, qui énonce les conditions et cas dans lesquels le CCEN doit être saisi (au I), peut être saisi (aux II, III et V) ou peut s'autosaisir (aux IV et V de cet article), ne nous paraît pas imposer de consultation de ce Conseil préalablement à l'adoption de textes réglementaires par les autorités administratives indépendantes.

Le I de cet article dispose ainsi que « *Le Conseil national d'évaluation des normes est consulté par le Gouvernement sur l'impact technique et financier, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, des projets de textes réglementaires créant ou modifiant des normes qui leur sont applicables. / Il est également consulté par le Gouvernement sur l'impact technique et financier des projets de loi créant ou modifiant des [telles] normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics.* »

Il nous semble que ces dispositions ne sauraient être interprétées comme instaurant pour le Gouvernement une obligation de consultation du CCEN sur tout projet de texte réglementaire créant ou modifiant des normes applicables aux collectivités territoriales, quel qu'en soit l'auteur,

et qu'elles ne créent une obligation de consultation par le Gouvernement que sur ses propres projets de texte.

D'une part, en effet, les autres dispositions de l'article L. 1212-2 du CGCT, qui prévoient à chaque fois des facultés de saisine de la CCEN par l'auteur même du projet de texte en cause, nous paraissent inviter, par l'économie du texte qu'elles révèlent, à lire l'obligation de consultation prévue au I comme pesant sur l'auteur des projets de textes réglementaires concernés, qui ne peuvent dès lors qu'être ceux du Gouvernement.

D'autre part, si le Gouvernement devait obligatoirement consulter la CRE sur tout projet de texte à caractère réglementaire comportant des normes applicables aux collectivités, y compris ceux dont il n'est pas l'auteur, l'on ne voit pas quelle serait la portée et l'utilité de la faculté ouverte à la commission d'examen des projets de règlements fédéraux relatifs aux équipements sportifs de soumettre un projet de norme d'une fédération délégataire à l'avis du CCEN.

Par ailleurs, les travaux préparatoires de la loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013 ne sont pas explicites sur ce point, mais on peut noter – confortant la lecture que nous proposons – qu'un parlementaire avait relevé en séance qu'alors que le foisonnement des normes tenait notamment à la décentralisation des politiques publiques et à l'activité des autorités administratives indépendantes, la proposition de loi ne comportait « rien sur la pluralité des acteurs et la multiplicité des sources » et n'apportait pas de solution sur ce point (propos de la sénatrice Nathalie Goulet lors de la séance du 28 janvier 2013).

Enfin, au regard de l'indépendance de ces autorités, nous voyons mal comment le Gouvernement pourrait, en amont de l'adoption de textes réglementaires par elles dans le cadre des pouvoirs qui leur sont dévolus par la loi, non seulement être matériellement en possession des projets de textes de ces autorités et disposer de ceux-ci avant leur adoption, mais constituer l'autorité administrative compétente pour « consulter » le CCEN sur des projets alors qu'il n'est pas compétent pour les adopter ou modifier et qu'il n'est donc pas l'autorité que cette consultation serait susceptible d'éclairer.

Si le législateur avait entendu créer une obligation (ou une faculté) de consultation du CCEN sur les normes édictées par les autorités administratives indépendantes, il nous semble qu'il l'aurait expressément prévu, sous la forme d'un nouveau paragraphe, en conférant aux présidents de ces autorités l'obligation ou la faculté de saisir ce Conseil de leurs projets de textes.

Par suite, le moyen sera écarté.

Les avant-derniers moyens des requêtes touchant à la légalité externe de la délibération du 17 novembre 2016 sont tirés d'une insuffisance de motivation sur deux points : d'une part, la nécessité et la proportionnalité des mesures de régulation incitative en matière de coût des pertes d'électricité, et d'autre part, la fixation à 0,34 du coefficient bêta dans le calcul des charges de capital à couvrir. Nous avons déjà passé et allons encore passer suffisamment de temps sur des

moyens autrement plus complexes pour ne pas en passer plus que nécessaire sur ces moyens d'insuffisance de motivation d'une délibération de 151 pages qui, si elle n'entre peut-être pas dans le détail de tous les éléments qu'elle retient, est suffisamment motivée pour satisfaire à l'obligation de se prononcer par des « décisions motivées » sur l'évolution, en niveau et en structure, des tarifs posée au cinquième alinéa de l'article L. 341-3 du code. D'autant que, si la délibération n'explicite pas les modalités par lesquelles la CRE en est arrivée à retenir un coefficient de bêta égal à 0,34, la Commission avait largement détaillé lors des consultations sa conception de ce coefficient et avait publié l'audit qui est mentionné par la motivation de la délibération en litige.

Le dernier moyen de légalité externe est le plus délicat. Il est tiré de ce que chacune des délibérations attaquées aurait été adoptée en méconnaissance des dispositions du règlement intérieur de la CRE fixant un délai minimum de convocation.

Ce règlement, dont l'existence est prévue par le deuxième alinéa de l'article L. 133-5 du code de l'énergie et dont l'invocation est bien opérante, prévoit à son article 1^{er}, que « *le président convoque le collège de la commission sept jours francs au moins avant la date de la séance, sauf en cas d'urgence, en indiquant l'ordre du jour* », et à son article 2, que « *l'ensemble des pièces et projets de délibération sont communiqués au collège dans le même délai que l'ordre du jour auquel ils sont annexés, sans préjudice du dépôt de pièces complémentaires dans l'intervalle ou en séance* ».

Même en l'absence de dispositions particulières pour la convocation aux réunions d'un organisme collégial ou les informations à donner à ses membres préalablement à ces réunions, vous jugez qu'un organisme ne saurait adopter régulièrement une délibération sans que ses membres n'aient été informés en temps utile de l'ordre du jour de la réunion et n'aient, le cas échéant, reçu, avant la réunion, les documents leur permettant d'y participer en connaissance de cause (v. dans le cas d'une fédération sportive, pour ses délibérations présentant un caractère administratif : CE, 9 juillet 2015, *Football Club des Girondins de Bordeaux et autres*, n°s 375542 375543, p. 239).

En l'espèce, il est constant que le délai de sept jours francs prévu par le règlement intérieur de la CRE n'a été respecté, ni pour la délibération du 17 novembre 2016 – la séance n'ayant été séparée de la convocation que par six jours francs – ni pour celle du 19 janvier 2017 – la réunion du 19 janvier a été convoquée le 12 janvier, soit avec un délai de six jours francs, mais l'ajout à l'ordre du jour de la demande de la ministre de nouvelle délibération sur les TURPE n'a eu lieu que le 17 janvier, par un modificatif. Or il n'y avait aucune urgence, s'agissant de tarifs appelés à n'entrer en vigueur qu'au 1^{er} août 2017.

Cette méconnaissance du délai minimum édicté par le règlement intérieur entache-t-elle pour autant d'illégalité les délibérations litigieuses ?

Votre jurisprudence se montre très stricte sur le respect des règles encadrant le délai de convocation aux réunions des organes délibérants des collectivités territoriales et des EPCI : vous

jugez de manière constante qu'elles présentent le caractère d'une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'illégalité les délibérations adoptées lors de ces réunions, sans rechercher si elle a eu une incidence sur les décisions prises (CE, 10 avril 1935, *G...*, p. 486 ; CE, 18 février 1998, *Commune d'Essey-Lès-Nancy*, n° 170709, T. p. 767 ; CE, 6 octobre 1995, *Centre interdépartemental de gestion des personnels des communes de la petite couronne de la région Île-de-France*, n° 95347, T. p. 695), et en particulier, alors même qu'il est établi que tous les membres de l'assemblée ont été présents lors de la séance (CE, 9 mars 2007, *L...*, n° 290687, T. p. 702 sur ce point) ou encore, cette fois en plein contentieux de l'élection du président, que le principe d'une réunion à cette date aurait été largement connu, que la quasi-totalité des membres étaient présents et que les délibérations ont été adoptées à une large majorité (CE, 22 juillet 2015, *Election au conseil communautaire de la communauté du Bassin de Pont-à-Mousson*, n° 383072, T. pp. 572-694).

De même, en ce qui concerne l'information préalable des conseillers municipaux, vous jugez que l'absence, en méconnaissance de l'article L. 2121-12 du CGCT, de note de synthèse explicative accompagnant la convocation ou – et c'est là la seule souplesse admise par votre jurisprudence – de tout document équivalent joint à cette convocation permettant aux conseillers municipaux de disposer d'une information adéquate pour exercer utilement leur mandat (CE, 14 novembre 2012, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, n° 342327, T. pp. 602-603), entache d'illégalité les délibérations adoptées, alors même que les conseillers municipaux auraient pu consulter en mairie les documents relatifs aux questions inscrites à l'ordre du jour (CE, 30 avril 1997, *Commune de Sérignan*, n° 158730, T. p. 699).

Toutefois, sont en cause dans ces précédents des règles qui, d'une part, sont posées par la loi et, d'autre part, touchent aux droits et prérogatives des élus.

Lorsqu'est en cause la convocation aux réunions d'autres types d'organismes ou d'autorités administratives, votre jurisprudence ne paraît pas faire des délais minimums de convocation prévus par les textes des règles dont le respect serait imparti à peine d'irrégularité automatique.

Selon la terminologie antérieure à votre jurisprudence d'Assemblée du 23 décembre 2011, *D... et autres* (n° 335033, p. 649), vous aviez ainsi jugé que les dispositions de l'article 25 du décret du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires prévoyant un délai minimum de huit jours entre l'envoi de toutes pièces et documents nécessaires et la date de la séance, n'était « *pas imparti à peine de nullité* », mais faisaient obligation à l'administration de faire parvenir aux membres des CTP ces documents et pièces dans un délai leur permettant d'en prendre utilement connaissance (CE, 17 mai 2006, *Syndicat national CFTC des personnels du ministère chargé de l'agriculture*, n° 274629, T. pp. 700-924).

Postérieurement à votre décision du 23 décembre 2011, vous avez à plusieurs reprises appliqué la grille d'analyse issue de celle-ci à des irrégularités tenant à la méconnaissance des délais de convocation des membres d'un organisme intervenant à titre préalable à l'adoption d'une décision administrative.

A titre d'illustration, vous avez jugé que, dans le cas du Conseil national consultatif des personnes handicapées, la méconnaissance du délai de convocation et de communication des documents de la séance prévu de manière générale par l'article 9 du décret du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif ne privait pas les intéressés d'une garantie au sens de votre jurisprudence d'Assemblée *D...* du 23 décembre 2011 et avez recherché si l'irrégularité avait été susceptible d'avoir exercé en l'espèce une influence sur le sens de l'avis rendu par cet organisme consultatif et, par suite, sur le principe ou le contenu de la décision prise par l'autorité compétente (CE, 30 décembre 2015, *Centre indépendant d'éducation des chiens guides d'aveugles et autres*, n° 382756, T. p. 538). De même, vous avez jugé que la méconnaissance du délai de convocation des membres du Conseil supérieur de l'énergie aux réunions de ce conseil (six jours francs au lieu des quatorze requis par le décret du 27 mars 2006 relatif au CSE) n'avait pas privé les intéressés d'une garantie et n'avait pas, en l'espèce, été susceptible d'exercer une influence sur le sens de l'avis rendu par cet organisme (CE, 30 décembre 2014, *Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie CGT*, n° 366899). Pour apprécier si une telle irrégularité est susceptible d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise, vous tenez compte notamment, comme le rappelait O. Henrard dans ses conclusions sur votre décision du 23 novembre 2016, *CCIT de la Moselle* (n° 398651, T. pp. 608-669), de la portée juridique du vote, de la complexité de la question et de la connaissance que pouvaient en avoir les participants avant la séance.

Si nous doutons que la question de la régularité de la décision d'un organisme collégial au regard de la méconnaissance des règles encadrant la convocation et l'information préalable de ses membres relèvent, à proprement parler, de votre jurisprudence *D...* d'Assemblée du 23 décembre 2011, laquelle concerne les vices affectant « une procédure administrative préalable » à la décision attaquée et touche principalement aux procédures consultatives, qu'elles soient suivies à titre facultatif ou obligatoire, alors qu'est en cause en l'espèce un vice affectant la réunion de l'auteur même de l'acte attaqué, la grille d'analyse à suivre est, en réalité, très largement identique.

D'une part, en effet, il nous semble que la règle de délai minimum séparant la convocation et la réunion d'un organe de décision ne saurait être regardée comme prescrite par un texte à peine de nullité que si elle peut, comme c'est le cas pour les conseillers municipaux, être regardée en elle-même comme une garantie.

Or s'agissant de la CRE, comme de la plupart des organismes, un tel délai, simplement prévu par le règlement intérieur, nous paraît, non pas présenter le caractère d'une « garantie » ou la protection de droits et prérogatives conférés par la loi à ses membres ou à des tiers, mais avoir plus prosaïquement pour objet de permettre que les membres soient informés en temps utile de l'existence et de l'ordre du jour de la réunion de manière à pouvoir la préparer et y prendre part en connaissance de cause – il ne saurait pas même avoir selon nous pour objet de permettre aux membres du collège d'organiser leur emploi du temps de façon à être présent, s'agissant de

fonctions dont la loi dispose qu'elles sont exercées à plein temps (article L. 133-2 du code de l'énergie).

D'autre part, le point de savoir si, en présence d'une formalité de délai qui n'est pas prescrite à peine de nullité par un texte, la méconnaissance de ce délai a été telle en l'espèce qu'elle a entaché d'irrégularité l'adoption de l'acte attaqué, en ce qu'elle a fait obstacle à une prise de connaissance du dossier en temps utile en vue de délibérer de manière éclairée, revient à rechercher une éventuelle incidence de la méconnaissance de ce délai sur le sens de la décision prise.

Sans reproduire expressément le considérant de votre décision d'Assemblée du 23 décembre 2011, vous avez ainsi jugé que la méconnaissance par la commission nationale d'aménagement commercial du délai de convocation de ses membres fixé à huit jours francs par son règlement intérieur n'entachait pas d'illégalité ses décisions, dès lors qu'il ne ressortait pas des pièces des dossiers que le délai de convocation effectivement appliqué n'aurait pas permis à chacun des membres de la commission de prendre connaissance du dossier en temps utile en vue de délibérer, et que cette circonstance n'avait ainsi pas été en l'espèce de nature à influencer sur le sens de la décision adoptée (CE, 15 mai 2013, *GIE des commerçants du centre commercial régional Rosny 2*, n° 358727 ; CE, 14 novembre 2013, *SAS Florastyl et autres*, n° 363330 ; CE, 17 juillet 2013, *Société Montludis*, n°s 353879 361951 – à chaque fois par des décisions rendues en chambre jugeant seule). Plus récemment, et plus significativement, vous avez jugé que la seule circonstance que l'ordre du jour, qui a été adressé avec leur convocation aux membres du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), n'ait été arrêté que deux jours avant la séance de ce Conseil, alors que le décret du 9 mars 1994 impose qu'il soit arrêté huit jours avant, n'avait pas été de nature à entacher d'irrégularité l'avis du CSM attaqué (CE, 6 décembre 2017, *Mme P...-G...*, n° 397363, aux Tables). Là encore, sans reproduire le considérant de principe de votre jurisprudence d'Assemblée, vous avez retenu une grille d'analyse comparable en ce que vous avez d'abord recherché quel était l'objet du délai de huit jours prévu par le décret (permettre au ministre de modifier l'ordre du jour) puis si les membres de ce Conseil avaient été en mesure de se prononcer de manière éclairée.

Or s'agissant de la délibération du 17 novembre 2016, le délai de six jours francs ayant séparé la convocation des membres et la réunion du collège – au lieu des sept prévus par le règlement intérieur – nous paraît avoir été suffisant pour que ce dernier délibère utilement, dès lors que le projet de délibération relatif aux TURPE avait déjà fait l'objet d'un examen par le collège et que le seul élément nouveau intervenu depuis ce premier examen, dont il s'agissait pour les membres de prendre connaissance entre la convocation et la réunion du 17 novembre pour statuer de manière éclairée, était l'avis rendu par le Conseil supérieur de l'énergie le 10 novembre 2016.

L'appréciation est plus délicate concernant la séance du 19 janvier 2017, à laquelle les membres du collège avaient été convoqués six jours francs auparavant et qui n'avait fait l'objet d'un ordre du jour modificatif que le 17 janvier 2017, afin d'intégrer la demande de la ministre de l'écologie d'une nouvelle délibération sur les TURPE, ne laissant ainsi qu'un jour franc avant la réunion.

S'agissant d'une faculté ouverte par la loi au ministre, seule rémanence de ses anciens pouvoirs de fixation des tarifs, consistant à demander à la CRE une nouvelle délibération si il estime que la délibération de cette dernière arrêtant les TURPE ne tient pas compte de ses orientations de politique énergétique, c'est-à-dire d'une disposition qui ne prévoit rien d'autre que le droit du ministre de demander à la CRE de réfléchir à nouveau, la moindre des choses peut sembler que la CRE prenne le temps de la réflexion. Un délai trop bref entre l'information des membres du collège sur l'inscription à l'ordre du jour de la décision du ministre (par ailleurs publiée au JO en vertu de l'article L. 341-3 du code) de demander une nouvelle délibération et la réunion du collège se prononçant à la suite de cette demande peut, dès lors, paraître vider largement de sa substance le pouvoir ainsi conféré au ministre par la loi.

Mais en premier lieu, il s'agit d'un pouvoir déjà très mince et atténué par la loi elle-même, qui a consacré l'indépendance de la CRE dans la détermination des tarifs en cause.

En second lieu, le délai de sept jours prévu de manière générale par le règlement intérieur ne saurait revêtir, dans le seul cas des délibérations statuant après demande du ministre formulée en application du dernier alinéa de l'article L. 341-3 du code de l'énergie, le caractère d'une garantie ou d'une formalité substantielle, alors qu'il ne présente pas ce caractère le reste du temps. Seul compte, pour cette délibération comme pour la précédente, le point de savoir si la méconnaissance de cette règle a pu avoir une incidence sur le sens et le contenu de la délibération adoptée. Il vous revient donc de vous livrer à une appréciation concrète du caractère suffisant du délai dont ont en l'espèce disposé les membres de la CRE, au regard de la nouvelle délibération qui leur était demandée.

Or d'une part, si l'ordre du jour modificatif n'est intervenu que le 17 janvier 2017, il ressort des pièces du dossier que la lettre de la ministre demandant une nouvelle délibération a été transmise dès le 16 novembre au soir aux membres du collège et qu'une réunion préparatoire s'est tenue dès le 17 au matin. En réalité, c'est donc d'un délai de réflexion de deux jours francs que les membres ont bénéficié.

D'autre part, les orientations de politique énergétique de la ministre avaient été adressées à la CRE, qui menait depuis de longs mois des réflexions sur l'évolution des TURPE, dès les 22 février et 24 juin 2016. La CRE indique également en défense qu'elle « *savait, à travers les échanges du président et des services avec les collaborateurs de la ministre, que celle-ci n'était pas satisfaite du niveau de rémunération de capital de la société ENEDIS et que, bien que cet élément ne relève pas à proprement parler des orientations de politique énergétique, il était probable qu'elle demande une nouvelle délibération pour cette raison* ».

Certes, la circonstance que les orientations de politique énergétique aient été connues depuis longtemps par la CRE et que celle-ci ait mené des travaux au long cours sur les TURPE ne saurait suffire à rendre automatiquement admissible un bref délai de préparation des membres à la séance du collège. En effet, cela reviendrait à juger que la faculté du ministre de demander une nouvelle

délibération serait en réalité toujours vaine, sauf en cas de nouvelles orientations de politique énergétique dégagées postérieurement à la délibération arrêtant les tarifs transmis par la CRE à l'autorité administrative.

Mais ici – et c'est le point décisif qui a emporté notre conviction – la décision par laquelle la ministre a demandé à la CRE une nouvelle délibération est extrêmement succincte. D'une page à peine, elle ne formule que quelques observations d'ordre très général et ne comporte, au regard de la délibération extrêmement détaillée qu'elle entend remettre en cause, aucune argumentation précise dont la prise de mesure, la compréhension et l'approfondissement nécessiterait un temps long au regard du niveau de connaissance du sujet par les membres du collège de la CRE, qui travaillaient et délibéraient depuis de longs mois sur ces questions.

Au regard du contenu de cette lettre, le délai dont ont disposé ses membres nous paraît avoir été suffisant pour que le collège se prononce en connaissance de cause. Au demeurant, s'agissant des observations de la ministre relatives à la rémunération du capital, qui ne relèvent pas des orientations de politique énergétique visées par le dernier alinéa de l'article L. 341-3 du code, la ministre n'avait pas le pouvoir de demander une nouvelle délibération à la CRE sur ce point.

Par suite, le moyen tiré d'une illégalité des délibérations du fait de la méconnaissance des règles de convocation du collège sera écarté.

En ayant ainsi fini avec la régularité externe des actes litigieux, venons-en à leur légalité interne.

L'article L. 341-2 du code de l'énergie dispose, à son premier alinéa, que « *les tarifs d'utilisation (...) des réseaux publics de distribution sont calculés de manière transparente et non discriminatoire, afin de couvrir l'ensemble des coûts supportés par les gestionnaires de ces réseaux dans la mesure où ces coûts correspondent à ceux d'un gestionnaire de réseau efficace.* »

Pour procéder à ce calcul, la CRE commence en pratique par déterminer, pour la période tarifaire à venir, le revenu autorisé prévisionnel du gestionnaire de réseau Enedis, égal à la somme, d'une part, de ses charges nettes prévisionnelles d'exploitation des réseaux, mais dans la mesure seulement où ces coûts correspondent à ceux d'un gestionnaire efficace, et d'autre part, de ses charges prévisionnelles de capital, en ajoutant les effets des comptes de régulation. La CRE fait également des prévisions sur le nombre de clients raccordés aux réseaux d'Enedis au cours de la période à venir, sur leur consommation et leur puissance souscrite. Puis la CRE met le revenu prévisionnel autorisé d'Enedis, correspondant à la trajectoire prévisionnelle de charges ainsi calculée, en regard des prévisions ainsi opérées s'agissant des utilisateurs de réseaux et ventile ce revenu sous la forme de composantes tarifaires en fonction de divers paramètres entre ces utilisateurs, de façon que la facture d'accès au réseau payée par chacun reflète au mieux les coûts qu'il génère (c'est la « structure du tarif »). Il en résulte la fixation de tarifs pour chacune de ces composantes, étant par ailleurs rappelé que l'élaboration de la structure du tarif repose sur quatre principes: le principe du timbre-poste (indépendance de la tarification à la distance entre le site d'injection et le site de soutirage), le principe de la péréquation tarifaire (mêmes tarifs sur tout le

territoire), le principe de non-discrimination (indépendance des tarifs à l'usage final fait de l'électricité), et le principe d'horosaisonnalité (conduisant à différencier les tarifs selon les saisons, les heures et les jours). Enfin, la CRE fixe des règles d'évolution de ces tarifs au cours de la période, afin notamment de tenir compte de l'inflation, mais aussi des mécanismes de régulation incitative.

Les critiques adressées à la légalité interne des délibérations attaquées sont diverses mais tournent pour l'essentiel autour, en premier lieu, de la méthode de calcul des charges de capital retenue par la CRE, en deuxième lieu, de la couverture des charges d'exploitation, en troisième lieu, de la structure du tarif, et enfin, des mécanismes de régulation incitative mis en place par la CRE.

Commençons par les questions relatives aux charges de capital, dont la compréhension suppose un retour en arrière sur le feuilleton contentieux et méthodologique des TURPE.

L'objet de la couverture de ces charges est de répercuter sur l'utilisateur des réseaux de distribution le coût du capital ayant permis le financement de ces équipements.

Après avoir retenu une approche purement comptable des charges de capital retenues pour la détermination du TURPE, la CRE s'est orientée à compter du TURPE 2 vers une approche plus économique, consistant à définir ces charges comme composées, d'une part, du coût de dépréciation de l'investissement, et d'autre part, d'une composante de rémunération du capital, calculée par application d'un taux de rémunération cible à une assiette d'actifs donnée.

La mise en œuvre d'une telle démarche suppose donc une réflexion sur l'assiette d'actifs à prendre en compte et sur le taux de rémunération pertinent.

Sur le premier point, la CRE s'appuie sur la notion de « base d'actifs régulés » (BAR), qui renvoie à la valeur nette comptable des immobilisations affectées à la distribution d'électricité figurant à l'actif du bilan du gestionnaire de réseau. Les actifs en service ainsi pris en compte dans la BAR incluent les actifs qui, bien que n'étant pas la propriété du gestionnaire de réseau, mais celle des autorités concédantes, figurent à l'actif du concessionnaire et sont utilisés par lui pour son activité. Dans ses conclusions sur votre décision du 28 mars 2012, *Sté Direct Energie* (n° 330548 332639 332643, p. 130), relative aux TURPE 3, P. Collin expliquait qu'en effet, la mise à disposition des ouvrages par le concédant n'est pas gratuite et qu'il n'est « donc pas anormal par principe que ces actifs entrent dans la base du capital rémunéré ». Même mis à disposition par les concédants, le coût d'utilisation des actifs en service est porteur d'intérêts implicites dont il y a lieu de tenir compte. Encore faut-il s'entendre sur cette rémunération.

Or sur le second point, relatif au taux de rémunération du capital, la CRE avait d'abord choisi d'appliquer à la base d'actifs régulés un unique taux de rendement, dit « coût moyen pondéré du capital ». Or ce coût, supposé correspondre au coût du passif ayant permis le financement de ces actifs, avait été calculé sur la base d'une structure normative du capital d'un gestionnaire de réseau de distribution, déterminée par comparaison avec les autres gestionnaires européens,

faisant fi des particularités de la situation du GRD français et de son passif. Ainsi, la CRE avait calculé ce coût comme la moyenne, pondérée selon un rapport 40%-60%, du taux de rémunération des fonds propres et du coût de la dette d'ERDF, raisonnant comme si le passif de cette société avait été composé à 40 % de capitaux propres et à 60 % de dettes, alors que ceux-ci ne représentaient respectivement que 3 et 4 milliards d'euros au 31 décembre 2008 et que l'essentiel du passif d'ERDF se composait de passifs dits « de concession » (26 milliards d'euros de « comptes spécifiques des concessions », correspondant notamment aux droits des concédants de récupérer gratuitement les biens en fin de contrat, et 10 milliards d'euros de « provisions pour renouvellement des immobilisations », correspondant au renouvellement des ouvrages avant le terme des concessions). Vous avez censuré comme erronée en droit cette méthode, par une décision *Sté Direct Energie* du 28 novembre 2012 relative aux TURPE 3 (n° 330548 332639 332643, T. pp. 782-947). Par cette censure, vous avez nécessairement considéré que ces passifs de concession, qui constituent la contrepartie au passif d'équipements figurant à l'actif du concédant, utilisés par lui pour la réalisation de ses missions de service public, présentaient le caractère de dettes spécifiques, ayant une incidence sur le coût du capital et dont il ne pouvait être fait abstraction.

La CRE a alors remis son ouvrage au métier et abandonné l'application à la BAR d'un unique coût moyen pondéré du capital, au profit de l'application de taux différenciés de rémunération tenant compte de la structure réelle de passif d'Enedis.

Les charges de capital sont ainsi aujourd'hui composées de plusieurs éléments.

En premier lieu, la CRE applique à la totalité de la base d'actifs régulés (y compris les actifs ayant pour contrepartie les passifs de concession) un taux de rémunération appelé « marge sur actif », procurant au gestionnaire de réseau « *une marge raisonnable dans la mesure où il exploite le réseau concédé, y compris les ouvrages remis par les concédants, à ses risques et périls* ». Cette marge sur actif est égale au produit d'un coefficient bêta (correspondant à la sensibilité de la valeur de l'actif par rapport aux fluctuations du marché des actions) par une prime de marché (correspondant à la rentabilité moyenne du marché des actions par rapport à la rentabilité d'un actif sans risque), le tout corrigé pour tenir compte du taux de l'IS.

En deuxième lieu, la CRE fait application, aux seuls capitaux propres régulés, c'est-à-dire aux capitaux propres effectivement utilisés pour le financement d'investissements dans les réseaux par Enedis, d'un taux de rémunération sans risque, correspondant au coût du temps. Ces capitaux propres régulés sont définis comme la différence entre, d'une part, la valeur nette des actifs de réseau, et d'autre part, les passifs de concession, les provisions pour renouvellement, les subventions d'investissement et, le cas échéant, les emprunts financiers.

Cela revient donc en réalité, compte tenu de l'application par ailleurs de la marge sur actif à la totalité de la BAR, à appliquer à ceux des actifs effectivement financés par Enedis sur ses capitaux propres un taux de rémunération en deux composantes : l'une rémunérant le risque de l'investisseur, et l'autre représentant le coût du temps. Les capitaux propres ainsi « régulés »

procèdent d'une approche économique et ne doivent pas être confondus avec les capitaux propres comptables.

En troisième lieu, la CRE calcule la rémunération des emprunts financiers éventuellement souscrits par Enedis.

Enfin, en quatrième et dernier lieu, la CRE tient compte de l'ensemble des dotations aux amortissements et aux provisions pour renouvellement.

La somme de tous ces items constitue les charges de capital du gestionnaire de réseau.

Vous avez jugé, dans une décision du 13 mai 2016 *Société Direct Energie* (n° 375501, préc.) relative aux TURPE 4, que ni les dispositions de l'article 14 du règlement européen n° 714/2009 du 13 juillet 2009 ni celles de l'article L. 341-2 du code de l'énergie dans leur rédaction alors applicable ne faisaient obstacle à l'application d'une telle méthode, dès lors qu'elle prend en compte, dans les taux de rémunération qu'elle retient, les comptes spécifiques des concessions et les provisions pour renouvellement des immobilisations, et que ces dispositions n'excluaient pas davantage l'intégration, dans la « base d'actifs régulés », d'actifs détenus par l'autorité concédante et mis à la disposition d'Enedis, dès lors que cette mise à disposition est rémunérée et implique l'obligation pour le concessionnaire de restituer ces actifs en état normal de fonctionnement au terme de la concession.

Toutefois, si cette méthode a été reconduite pour l'essentiel à l'identique – sous réserve de certaines modifications relatives notamment aux emprunts financiers – pour les TURPE 5, la loi a, dans l'intervalle, changé. En effet, l'avant-dernier alinéa de l'article L. 341-2 du code, ajouté par l'article 153 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, dispose désormais que : « *Pour le calcul du coût du capital investi par les gestionnaires de ces réseaux, la méthodologie est indépendante du régime juridique selon lequel sont exploités les réseaux d'électricité et de ses conséquences comptables. Elle peut se fonder sur la rémunération d'une base d'actifs régulée, définie comme le produit de cette base par le coût moyen pondéré du capital, établi à partir d'une structure normative du passif du gestionnaire de réseau, par référence à la structure du passif d'entreprises comparables du même secteur dans l'Union européenne.* »

Les requérants soutiennent que la méthode de calcul des charges de capital appliquée par la CRE, dès lors qu'elle prend en compte les spécificités du régime juridique des concessions du réseau de distribution d'électricité, méconnaît ces nouvelles dispositions.

A première vue, ce moyen a toutes les apparences d'un moyen fondé, dès lors que la première phrase de l'alinéa que nous venons de citer énonce l'indépendance de la méthodologie retenue pour le calcul du coût du capital investi au régime juridique d'exploitation des réseaux et à ses conséquences comptables, alors que la méthode suivie en l'espèce tire les conséquences du régime concessif d'exploitation des réseaux. Quant à la méthode donnée par la deuxième phrase à

titre d'illustration de cette indépendance, elle n'est autre que la méthodologie qui avait été suivie pour les TURPE 3 et que vous aviez censurée par votre décision du 28 novembre 2012.

Mais faut-il s'arrêter là ? Ou faut-il au contraire suivre la CRE, lorsqu'elle soutient que la loi n'aurait pas entendu interdire une méthode telle celle qu'elle a suivie en l'espèce ?

Si la CRE se prévaut, au soutien de sa lecture de la loi, de ce que celle-ci serait la seule conforme aux principes et règles édictés par l'article 14 du règlement européen n° 714/2009 du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, en ce qu'elles imposeraient de refléter les seuls coûts « effectivement engagés » par le gestionnaire, cette invocation ne nous paraît pas exempte de fragilités.

En effet, si cet article, aux termes du premier alinéa duquel « *1. Les redevances d'accès aux réseaux appliquées par les gestionnaires de réseau sont transparentes, tiennent compte de la nécessité de garantir la sécurité des réseaux et reflètent les coûts effectivement engagés dans la mesure où ils correspondent à ceux d'un gestionnaire de réseau efficace et ayant une structure comparable et elles sont appliquées d'une manière non discriminatoire. Ces redevances ne sont pas fonction de la distance* », est formulé de manière très générale et paraît ainsi couvrir les redevances d'accès aux réseaux tant de transport que d'électricité, nous ne sommes pas entièrement certaine de sa pleine applicabilité aux délibérations litigieuses.

Certes, nous n'ignorons pas que vos décisions *Société Direct Energie* des 28 mars et 28 novembre 2012 sur les TURPE 3 ont visé le règlement (CE) n° 1228/2003 du 26 juin 2003, prédécesseur du règlement du 13 juillet 2009 – mais il est vrai qu'étaient en cause les TURPE non seulement « distribution » mais aussi « transport » – et surtout, que vous avez implicitement jugé opérant, dans votre décision du 13 mai 2016 *Société Direct Energie*, relative au TURPE 4, un moyen tiré d'une méconnaissance des dispositions l'article 14 du règlement du 13 juillet 2009, en l'écartant au fond. Par ailleurs, l'étude d'impact du Gouvernement sur le projet de loi relative à la transition énergétique traite de la compatibilité des modifications envisagées pour le calcul du TURPE pour la distribution avec ce règlement, le reconnaissant ainsi applicable.

Au soutien de cette position, on peut relever le caractère très général de la formulation de l'article 14, qui vise de manière large « *les redevances d'accès aux réseaux appliquées par les gestionnaires de réseau* », tandis que tous les autres articles du règlement précisent à chaque fois qu'ils visent le réseau de transport d'électricité. Dans le même sens, on peut noter que le règlement, lorsqu'il s'agit de transport, emploie toujours le terme réseau au singulier, alors qu'il utilise ici un pluriel. En outre, le considérant 16 qui fait écho à cet article révèle que la problématique du caractère transparent et non discriminatoire des redevances ne se limite pas aux lignes d'interconnexion. Enfin, le seul article du règlement où il est explicitement fait mention des réseaux de distribution – l'article 17, permettant dans certaines hypothèses aux nouvelles interconnexions de déroger aux règles, notamment financières, de gestion de la congestion posées à l'article 16 du règlement – montre, en ce qu'il pose comme condition à une telle dérogation une exigence tirée de ce qu'il « *n'a été procédé au recouvrement d'aucune partie du capital ou des*

coûts d'exploitation de l'interconnexion au moyen d'une fraction quelconque des redevances prélevées pour l'utilisation des réseaux de transport ou de distribution reliés par cette interconnexion », que le règlement envisage l'hypothèse dans laquelle un Etat membre entendrait facturer des coûts d'interconnexion dans les redevances d'utilisation de réseaux de distribution.

Toutefois, le règlement en cause a été adopté, comme le souligne son intitulé et comme l'indique son article 1^{er} définissant ses objet et champ d'application, aux fins d'établir des règles d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité. Or les échanges transfrontaliers sont en principe assurés physiquement par le seul réseau de transport, les interconnexions n'étant pas du ressort des réseaux de distribution. L'article 1^{er} du règlement n'évoque ainsi « *l'institution de principes harmonisés* » qu'à l'égard des « *redevances de transport transfrontalier* ». Plus généralement, à l'exception du flou de l'article 14, et du cas particulier de l'article 17 précité, l'ensemble du règlement ne mentionne, ne réglemente et ne vise toujours que les seuls réseaux nationaux de transport. S'il est dès lors logique que le règlement instaure des règles pour les redevances de transport, il pourrait paraître plus étrange que, au motif que les redevances perçues par les GRD ne doivent pas décourager les échanges transfrontaliers dans l'hypothèse exceptionnelle où des réseaux de distribution seraient reliés par une interconnexion (ce qui suppose seulement d'interdire d'inclure dans le calcul du tarif d'accès aux réseaux de distribution des coûts spécifiques à des interconnexions en amont du réseau de distribution lui-même), le législateur européen se saisisse d'un règlement sur les échanges transfrontaliers d'électricité pour régir de manière détaillée et complète les règles de fixation des redevances d'utilisation des réseaux de distribution dans toutes les hypothèses, alors que la directive 2009/72/CE du même jour concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, dont l'objet inclut cette fois expressément l'établissement de règles communes concernant la distribution d'électricité, est restée nettement plus en-deçà dans la définition des compétences du régulateur et de la méthodologie de fixation des tarifs d'accès aux réseaux de distribution. On ne trouve en effet dans la directive que les prescriptions suivantes : le système d'accès, fondé sur des tarifs publiés, doit être non discriminatoire (art. 32), les tarifs de distribution doivent être fixés selon des critères transparents (art. 37-1 a) et permettre de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité des réseaux (art. 37-6 a), et ils doivent comporter des mesures incitatives notamment à l'amélioration des performances (art. 37-8).

Dès lors, plutôt que de réitérer la position, qui ne pourrait à nos yeux être certaine qu'en renvoyant une question préjudicielle à la CJUE, de vos décisions antérieures sur l'applicabilité de l'article 14 du règlement du 13 juillet 2009 aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution et d'interpréter l'article L. 341-2 du code de l'énergie à la lumière de ce règlement, et dès lors que la directive du 13 juillet 2009 ne vous aidera guère dans cet exercice, si ce n'est en ce qu'elle prévoit la compétence et l'indépendance méthodologique du régulateur, nous vous invitons à tenter de comprendre et d'interpréter la loi en vous en tenant à son texte et ses travaux préparatoires.

Pris isolément, l'avant-dernier alinéa de l'article L. 341-2 du code de l'énergie se prête à plusieurs interprétations. En effet, l'énonciation selon laquelle « *la méthodologie est indépendante du*

régime juridique selon lequel sont exploités les réseaux d'électricité et de ses conséquences comptables » peut être lue, aussi bien comme une interdiction de retenir une méthodologie tenant compte d'une quelconque façon des conséquences du régime concessif, que comme une l'expression d'une liberté à l'égard de ce régime, entendu comme l'absence d'obligation – et non l'interdiction – d'en tenir compte. La suite de l'alinéa peut inciter à retenir cette seconde lecture plutôt que la première, en ce qu'il présente comme une faculté (« peut »), et non comme une obligation (« doit »), ce qui apparaît comme la seule méthodologie de calcul du coût du capital susceptible de faire totale abstraction du régime concessif. Ce n'est toutefois pas décisif, le législateur ayant aussi pu vouloir retenir une formule prudente sur ce point.

Regardons donc le reste de l'article et son économie : vous éclaire-t-il ? Nous le pensons.

En effet, le premier alinéa de l'article L. 341-2, dont les alinéas suivants ne sont que la déclinaison s'agissant de briques de coûts particulières, dispose que : *« Les tarifs (...) sont calculés de manière transparente et non discriminatoire, afin de couvrir l'ensemble des coûts supportés par les gestionnaires de ces réseaux dans la mesure où ces coûts correspondent à ceux d'un gestionnaire de réseau efficace »*. La référence aux coûts d'un gestionnaire de réseau efficace nous paraît fonctionner comme un plafond, venant borner le montant des coûts du gestionnaire susceptibles d'être pris en compte pour le calcul du TURPE, et non comme la base de calcul de ces tarifs. Le point de départ de fixation des tarifs est en effet la couverture de *« l'ensemble des coûts supportés par les gestionnaires de ces réseaux »*, c'est-à-dire selon nous des coûts effectivement engagés par eux : la réserve du gestionnaire efficace peut conduire à une sous-compensation des coûts effectivement engagés par le GRD, mais ne devrait pas conduire à une surcompensation. Aussi, il nous semblerait non seulement contradictoire, mais contraire à la règle de base posée par le premier alinéa de l'article L. 341-2, que l'avant-dernier alinéa du même article non seulement autorise – ce qui est déjà, en soi, une dérogation à la règle de non surcouverture des coûts – mais impose même de s'écarter de la réalité des coûts du capital investi par Enedis en obligeant à faire abstraction de sa structure de passif réelle.

Dès lors, une plongée dans les travaux préparatoires s'impose. Or il nous paraît en ressortir que l'objectif des modifications apportées par l'article 153 de la loi sur la transition énergétique a été de « sécuriser » la méthode normative qu'avait utilisée la CRE pour les TURPE 2 et 3, que vous aviez censurée dans votre décision du 28 novembre 2012 au motif qu'elle méconnaissait le principe de couverture de la réalité des coûts énoncé par le premier alinéa du II de l'article 4 de la loi du 10 février 2000, en levant dans le code les obstacles à l'application d'une telle méthode. En revanche, il n'est pas fait mention dans ces travaux d'une volonté d'interdire à la CRE de maintenir la méthode retenue à compter du TURPE 4, même si l'approche normative du passif recueillait certainement la préférence des parlementaires qui l'ont considérée comme particulièrement propice à l'investissement et ont voulu, pour ce motif, permettre à la CRE d'y revenir. L'étude d'impact de l'article 153 du projet de loi présentée par le Gouvernement rappelait l'indépendance méthodologique de la CRE, soulignait qu'il s'agissait seulement, par la modification proposée, *« d'ouvrir la possibilité de mise en œuvre de cette méthode [économique normative], sans contraindre pour autant la CRE désormais compétente en matière*

d'établissement des méthodologies tarifaires », et insistait sur le fait que le projet « n'instaure que la possibilité de mettre en œuvre une régulation normative, et de ce fait n'empiète pas sur les compétences conférées à la CRE par la directive 2009/72 ».

Dans ces conditions, l'article L. 341-2 du code de l'énergie dans sa version issue de la loi du 17 août 2015 nous paraît devoir être lu comme permettant à la CRE de retenir une approche normative en coupant le lien entre légalité du tarif et prise en considération de la structure réelle de passif du gestionnaire de réseau, mais non comme lui interdisant de tenir compte, pour le calcul des charges de capital, de taux de rémunération différents selon les natures des passifs figurant à son bilan. Par suite, le moyen tiré d'une méconnaissance, pour ce motif, de l'article L. 341-2 du code sera écarté.

Le moyen tiré de ce que la CRE aurait retenu une méthode d'évaluation des charges de capital erronée en droit en appliquant un taux de rentabilité exigée par un investisseur à l'ensemble des actifs, y compris ceux qui n'ont pas été financés par la société requérante, est plus étonnant : il est en effet largement à rebours des intérêts d'Enedis et surtout, il est trop peu étoffé pour vous permettre d'en apprécier la portée, les écritures n'explicitant pas ce que serait un taux rémunérant un risque d'exploitant, et non d'investisseur. Vous l'écarterez donc.

Il est encore soutenu – s'agissant toujours des charges de capital à couvrir – que la CRE a commis une erreur de droit en omettant d'intégrer au périmètre des capitaux propres régulés les provisions pour renouvellement et les passifs correspondant aux remises d'ouvrages constitués par Enedis lors de la période TURPE 2.

Vous ne pourrez écarter ce moyen au motif qu'il reviendrait tardivement à remettre en cause la légalité d'un tarif passé : la requérante ne critique pas l'absence d'inclusion dans les charges de capital couvertes par le TURPE 2 des ces provisions ni la déduction des apports externes de ces mêmes charges, mais soutient que cette inclusion et cette déduction ont conduit à lui faire supporter le financement de certains actifs et qu'il aurait fallu en tenir compte lors de la détermination du périmètre des capitaux propres régulés.

Nous pensons, après réflexion, qu'Enedis a raison.

En effet, comme on l'a dit, la méthode de calcul des charges de capital par la CRE consiste à additionner le coût de la dépréciation des équipements et la rémunération de ce capital, laquelle doit permettre la couverture du coût du financement des investissements réalisés et inclure une marge raisonnable.

A cette fin, il lui faut identifier les actifs utilisés pour l'activité de distribution d'électricité, et les passifs figurant en contrepartie de ces actifs au bilan, qui doivent être regardés comme les sources de financement de ces actifs : les capitaux propres, mais aussi les éventuelles dettes financières (pour les équipements qui auraient été financés par Enedis par recours à l'emprunt), les comptes spécifiques représentant les droits des concédants, et les provisions pour renouvellement (passifs spécifiques là encore aux concessionnaires, correspondant à l'obligation pour ceux-ci d'assurer,

au nom notamment de la continuité du service public, le renouvellement des ouvrages qui devraient être remplacés en cours de concession, qui sont calculés comme la différence entre la valeur de remplacement et la valeur d'origine des actifs, et dont le montant des dotations passées au cours de l'exercice est directement intégré par la CRE au montant des charges de capital, dans une logique proche de celle consistant à intégrer les dotations aux amortissements).

Ainsi, parmi les passifs formant la contrevaletur des équipements exploités, certains correspondent à des sources de financements « sans coût » pour Enedis, soit parce que le financement a été directement pris en charge par les concédants (et la répercussion de cette prise en charge sur le concessionnaire, par l'exigence de redevances, a été neutralisée par la prise en compte des redevances dans les charges d'exploitation couvertes par les tarifs), soit parce que le financement a été assuré par Enedis mais a été intégralement couvert par les tarifs (c'est le cas en principe des renouvellements d'ouvrages par Enedis, financés par l'amortissement et par les provisions pour renouvellement, sous TURPE 4 et 5 du moins).

La CRE considère que l'exploitation à ses risques et périls du réseau par Enedis justifie l'application aux actifs en service, quel qu'ait été leur mode de financement, d'une marge sur actif, laquelle ne rémunère toutefois que ce risque. A cette marge, la CRE ajoute, pour obtenir la rémunération totale du capital utilisé pour fournir le service à l'utilisateur du réseau, le coût du financement par la dette financière – c'est-à-dire les intérêts des emprunts, calculés selon des modalités spécifiques depuis le TURPE 5 – mais aussi une rémunération propre aux investissements dont le financement a été effectivement supporté par Enedis, afin de tenir compte de ce qu'en immobilisant ainsi ces fonds, Enedis a renoncé à un flux immédiat d'argent pour un flux futur : c'est l'objet même de l'application du taux sans risque aux « capitaux propres régulés » que de déterminer cette rémunération. La CRE évalue le montant des investissements financés en propre par Enedis en retranchant de la BAR tout ce qui représente des financements dont le coût ultime n'a pas reposé sur Enedis.

Or il n'est pas sérieusement contesté que, comme le fait valoir Enedis, les TURPE 2 n'ont pas couvert les provisions pour renouvellement constituées au cours de la période tarifaire qu'ils visaient. Par suite, il nous semble qu'Enedis a bien supporté le coût de ces provisions. Dès lors, si et dans la mesure où ces provisions auraient depuis lors été utilisées pour « financer » comptablement, en complément des dotations aux amortissements, le renouvellement d'équipements par Enedis, le financement de ces actifs n'a, à hauteur des provisions pour renouvellement ainsi utilisées, pas été gratuit et le montant correspondant doit être regardé comme la contrevaletur d'un investissement effectué par Enedis, sur ses fonds propres. Dès lors, compte tenu de l'objet assigné par la CRE à la notion de capitaux propres régulés, il nous semble qu'Enedis est fondée à soutenir que la Commission a commis une erreur de droit en n'incluant pas, dans les capitaux propres régulés auxquels elle a appliqué le taux sans risque, le montant des provisions pour renouvellement constituées lors de la période TURPE 2 qui ont été effectivement affectées depuis lors à des investissements de renouvellement, lorsque les actifs ainsi renouvelés sont encore en service, et dans la mesure où leur valeur n'a pas encore été amortie (puisque

l'amortissement ultérieur est couvert par les tarifs et que la partie déjà amortie de l'actif sort de la BAR).

Indiquons que ces provisions, ayant été utilisées, n'apparaissent plus comme telles au bilan, la survaleur correspondante constatée lors du renouvellement effectif ayant été transférée dans les droits des concédants et les comptes spécifiques des concessions : il faudra donc les « pister », ce que le régulateur ne pourra pas faire seul : c'est à Enedis qu'il appartiendra d'établir une telle traçabilité – si vous aviez des doutes sur sa faisabilité, et par suite sur le montant exact des capitaux propres à réintégrer, une mesure supplémentaire d'instruction pourrait être envisagée avant dire droit. Soulignons aussi, d'une part, qu'il ne s'agit pas de juger que la CRE devrait nécessairement, sous peine d'aboutir à une sous-couverture des coûts de capital, traiter de cette manière les provisions quelle que soit la méthodologie suivie, mais seulement qu'eu égard à la méthode qu'elle a suivie, elle ne pouvait faire abstraction de ces éléments, et d'autre part, que cette erreur de droit n'est, en réalité, que la conséquence, non pas d'un vice qui serait inhérent à l'une ou l'autre des méthodes appliquées depuis 2005 par la CRE, mais de l'absence de permanence des méthodes, conduisant à des « trous dans la raquette ».

Un raisonnement identique vous conduira à accueillir le moyen tiré d'une erreur de droit à n'avoir pas inclus dans les CPR le montant des ouvrages remis à titre gratuit par les concédants au cours de la période du TURPE 2, pour leur part non encore amortie. En effet, dès lors que le montant de ces financements externes a été déduit des charges de capital, il nous semble que cette déduction équivaut à avoir fait payer ces ouvrages, et qu'elle ne peut être regardée comme compensée par l'intégration des actifs correspondants à la BAR à laquelle il a été fait application d'un taux de rémunération de 7,25%.¹

Les derniers moyens se rapportant aux charges de capital, s'ils concernent un élément crucial – le bêta de l'actif représentant, aux fins de calculer la marge pouvant être attendue de l'exploitation des actifs d'Enedis, la sensibilité de la valeur de l'actif de l'entreprise par rapport aux fluctuations du marché des actions, c'est-à-dire le coût d'opportunité du capital investi dans Enedis plutôt que dans d'autres investissements qui s'offriraient à un investisseur – ne donneront lieu, pour l'essentiel, qu'à un contrôle restreint de votre part.

Le niveau de 0,34 retenu par la CRE est ainsi critiqué comme insuffisant et comme méconnaissant, pour ce motif, le principe de couverture des coûts du gestionnaire. Toutefois, la CRE ne nous paraît pas avoir commis d'erreur manifeste d'appréciation en fixant à ce niveau le coefficient bêta, à une valeur située au milieu de l'intervalle préconisé par un rapport de conseil que la commission avait commandé en juillet 2016, et proche de celles retenues par les régulateurs d'autres pays européens, et alors notamment qu'il n'est pas justifié de ce que le réseau

¹ Soulignons que cette approche rejoint celle préconisée par le professeur d'économie Léautier, lors de son audition par la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les tarifs de l'électricité en 2015, qui estimait ainsi qu'il fallait rechercher si les provisions pour renouvellement et les amortissements des financements des concédants avaient été couverts par les tarifs, dans l'affirmative, ne pas rémunérer Enedis pour des investissements qu'elle n'a pas réalisés, et dans la négative, octroyer à Enedis une juste rémunération pour ses investissements.

français, exploité selon un régime concessif dans lequel l'identité du concessionnaire résulte de la loi elle-même et n'est pas régulièrement remise en jeu, requerrait nécessairement un coefficient supérieur à celui d'investissements exploités directement dans ces pays par leur propriétaire. Cette valeur n'est d'ailleurs pas très éloignée du niveau bas de la fourchette qu'avait sollicitée Enedis lors de l'élaboration du tarif. Quant à la méconnaissance du principe d'égalité dont se plaignent les requêtes, elle sera écartée, dès lors que la distribution d'électricité se trouve dans une situation objectivement différente, au regard du risque non diversifiable que présentent les investissements réalisés dans ce secteur, de celle du gaz mais aussi du transport d'électricité : les activités, les actifs, leurs caractéristiques, et les risques de l'exploitation sont différents.

Finissons-en avec ces questions relatives aux charges de capital en relevant, pour répondre au moyen tiré de ce que la CRE ne pouvait compétemment examiner la politique de dividendes décidée par l'actionnaire d'Enedis, que la Commission n'a pas méconnu sa compétence en rappelant la nécessité pour la société Enedis de disposer de moyens financiers suffisants aux fins de réaliser, conformément aux obligations lui incombant en vertu de la loi, les investissements nécessaires sur les réseaux, et en soulignant que la politique de dividendes décidée par l'actionnaire ne devrait pas obérer la capacité financière du GRD à réaliser ces investissements en contrepartie d'une rémunération versée par le TURPE tout au long de leur durée de vie. En particulier, la CRE n'a pas décidé de minorer les charges de capital couvertes au motif que la politique de distribution de dividendes de la société Enedis serait trop généreuse pour son actionnaire : elle a, à l'inverse, refusé d'accorder une hausse supplémentaire de la rémunération du capital qui viendrait augmenter, sans justification, les bénéfices de l'opérateur.

L'examen des moyens touchant aux charges de capital étant ainsi achevé, vous pourrez en venir à ceux portant sur les charges d'exploitation – nombreux, mais moins délicats juridiquement.

Les charges nettes d'exploitation comprennent les charges de fonctionnement (principalement composées des charges liées au système électrique, des achats externes, des dépenses de personnel et des impôts et taxes), déduction faite des recettes extratarifaires. Afin d'en déterminer le périmètre et le montant, la CRE, qui n'est plus dans une logique de coûts comptables complets, est partie du plan prévisionnel d'affaires fourni par Enedis et a analysé l'ensemble des postes de charges présentés par cet opérateur pour la période 2017-2020 afin, d'une part, d'inclure dans les charges couvertes par les tarifs l'ensemble des coûts nécessaires à l'exploitation des réseaux de distribution, et d'autre part, de s'assurer que les charges prévisionnelles retenues n'excèdent pas celles que l'on peut attendre d'un opérateur efficace.

Dans l'hypothèse où la trajectoire prévisionnelle de certaines charges se révélerait en-dessous de la réalité, pour des motifs indépendants de l'efficacité du gestionnaire, la mise en œuvre du mécanisme du compte de régularisation des charges et des produits (CRCP) permet d'y remédier – la contribution positive ou négative de l'apurement de ce compte à la variation annuelle de la grille tarifaire ne pouvant toutefois excéder 2 points.

Le mécanisme du CRCP, s'il permet ainsi de corriger de tels écarts, n'est toutefois pas un garde-fou suffisant ni la solution idoine en cas d'apparition d'un décalage significatif entre la trajectoire prévisionnelle de charges et de revenus et les produits et coûts effectivement constatés, emportant un déséquilibre global dans la couverture des coûts du gestionnaire pour des motifs qui ne tiendraient pas à son insuffisante efficacité. Dans l'hypothèse d'un tel écart, il appartient selon nous à la CRE, conformément à l'approche que vous avez retenue en matière de gaz dans votre décision du 7 novembre 2013, *Société TIGF* (n° 362092, T. pp. 621-622 sur ce point), de modifier, au besoin en cours de période tarifaire, le niveau et la structure des tarifs d'utilisation des réseaux.

Par ailleurs, lorsqu'un tel déséquilibre global, non couvert, a été constaté au cours d'une période tarifaire antérieure, il nous semble que la seule circonstance que la méthodologie retenue par la CRE soit tournée vers l'avenir et fondée sur des prévisions de recettes et de charges ne saurait conduire à retenir un principe d'indépendance totale des périodes tarifaires, et que la seule circonstance que l'écart de coûts se soit produit au cours d'une période précédente ne fait pas obstacle au rattrapage de la couverture de ces coûts par intégration aux charges de la période suivante.

Dès lors que la loi pose à l'article L. 341-2 du code le principe d'une couverture par les tarifs de « *l'ensemble des coûts supportés par les gestionnaires des réseaux dans la mesure où ces coûts correspondent à ceux d'un gestionnaire de réseau efficace* », nous ne voyons pas, en effet, comment il serait possible d'échapper à l'existence d'une telle obligation de rattrapage, alors que vous l'avez prétoriquement dégagée en matière de tarifs réglementés de vente d'électricité et que vous l'avez également reconnue en matière de tarifs d'utilisation des réseaux de transport de gaz dans votre décision *Société TIGF* précitée.

Toutefois, un tel rattrapage ne nous paraît constituer une obligation que dans l'hypothèse d'un déséquilibre significatif et global constaté au titre de la période tarifaire précédente et qui ne serait pas lié à une insuffisance d'efficacité du gestionnaire. En d'autres termes, l'insuffisante évaluation d'un type de charges donné lors du calcul de la trajectoire de charges prévisionnelle de la période précédente, par rapport aux charges effectivement constatées lors de cette période, ne saurait ouvrir droit automatique à rattrapage : seule une insuffisance de couverture des charges globales du gestionnaire, qui ne serait pas de son fait, implique un tel rattrapage.

Dans le cadre normatif ainsi précisé, votre degré de contrôle nous paraît pouvoir évidemment être celui de l'erreur de droit, lorsqu'il est soutenu qu'une catégorie de coûts n'aurait pas été prise en compte ou qu'elle aurait fait l'objet d'une méthodologie de calcul erronée dans son principe. En revanche, s'agissant du niveau de charges retenu, il nous semble que votre contrôle ne peut que se limiter à celui de l'erreur manifeste d'appréciation – plus encore, eu égard à la condition de légalité des tarifs posée par l'article L. 341-2 (couverture globale de l'ensemble des coûts nécessaires à l'exploitation dans la mesure où ils correspondent à ceux d'un gestionnaire efficace), il nous semble qu'une sous-estimation d'un type de coûts dans la trajectoire prévisionnelle peut être compensée par la surestimation du niveau d'une autre brique de coûts, de

sorte qu'une insuffisance d'évaluation d'un poste de coûts au sein des charges nettes d'exploitations ne saurait emporter la censure que lorsqu'elle emporte une sous-estimation globale et manifeste du niveau global de ces charges. A titre de comparaison, s'agissant des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution de gaz régis dans le code de l'énergie par des dispositions très similaires en termes de contraintes méthodologiques pesant sur la CRE, vous avez jugé que la rémunération d'un GRT de gaz naturel devait « *couvrir ses charges d'exploitation et ses charges d'investissement, prises dans leur ensemble, en tenant compte en outre des gains de productivité attendus d'un gestionnaire de réseau efficace* » (CE, 7 novembre 2013, *Société TIGF*, préc.).

En l'espèce, les critiques formulées par les requérants touchent aux coûts résultant du changement d'identité sociale du gestionnaire (abandon du nom ERDF pour celui d'Enedis), aux coûts résultant de la rémunération versée aux fournisseurs au titre de la gestion des clients en contrat unique, aux coûts liés à la récupération d'une aide d'Etat résultant d'une décision de la Commission européenne du 22 juillet 2015, aux coûts liés aux contrats d'achat de prestations conclus avec la société EDF, aux charges liées au fonds de péréquation de l'électricité, et enfin à la déduction du crédit d'impôt compétitivité emploi.

S'agissant de ce dernier point, nous estimons que la CRE a pu, sans erreur de droit, considérer que l'avantage fiscal lié à l'application du mécanisme du crédit d'impôt sur les sociétés dit « *compétitivité emploi* », au titre des salariés employés par Enedis répondant aux conditions posées par l'article 244 *quater* C du code général des impôts, devait être regardé, nonobstant sa nature de crédit d'IS, comme venant minorer le coût du personnel employé et comme devant être déduit pour le calcul des charges prévisionnelles nette de personnel de la société. L'Autorité des normes comptables préconise d'ailleurs la comptabilisation du CICE comme une réduction de charges de personnel.

S'agissant ensuite du changement d'identité sociale imposé par le régulateur, et annoncé le 31 mai 2016 par l'opérateur, il est soutenu que le TURPE 5 ne couvrirait pas les coûts exposés, à hauteur de 15 millions d'euros en 2016 et 10 millions d'euros en 2017, à raison de ce changement. Mais d'une part, la CRE a bien examiné ce poste de coût dans sa délibération et ne l'a pas omis : il n'y a en tout état de cause pas d'erreur de droit sur ce point. D'autre part, la CRE a constaté qu'Enedis avait provisionné 42 millions d'euros en 2015 au titre de ce changement d'identité sociale, et que la charge correspondante avait été couverte par le TURPE 4, qui avait largement surestimé les charges nettes d'exploitation de l'année 2015. Elle a estimé que les charges effectivement engagées, à hauteur de 25 millions d'euros, en 2016 et 2017 seraient ainsi intégralement couvertes par le produit correspondant à la reprise de cette provision et qu'il n'y avait donc aucune charge prévisionnelle nette liée à inclure dans le TURPE 5 à raison de ces charges. En tout état de cause, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'il résulterait d'une éventuelle insuffisance de couverture sur ce point une insuffisance manifeste du niveau global des charges nettes prévisionnelles d'exploitation prises en compte.

S'agissant ensuite de la récupération d'une aide d'Etat à laquelle la France a dû procéder en application d'une décision de la Commission européenne du 22 juillet 2015, ayant regardé comme incompatible avec le marché intérieur l'exonération d'IS dont avait bénéficié EDF à raison du reclassement en capitaux propres de provisions pour le renouvellement du réseau d'alimentation général constituées en 1997, il ressort des pièces du dossier qu'Enedis s'est acquittée en 2015 de sa quote-part à hauteur de 197 millions d'euros. Il est soutenu qu'à défaut d'avoir été prise en compte dans le TURPE 4, cette charge – que les requérants qualifient improprement de « charge d'impôt », alors qu'il s'agit du paiement d'une créance non fiscale correspondant à la récupération d'une aide d'Etat – devrait être couverte par le TURPE 5. Toutefois, comme on l'a dit, la logique ne nous paraît pas celle du rattrapage automatique, mais seulement celle d'un rattrapage en cas de déséquilibre global de la période tarifaire précédente, qui ne ressort pas ici. Au demeurant, si la philosophie même de la récupération des aides d'Etat ne nous semble pas s'opposer, par principe, à la répercussion d'une telle charge dans les tarifs, dès lors que la récupération vise à éliminer un avantage dont l'opérateur avait bénéficié et qui lui avait permis, le cas échéant, de réaliser un surcroît de bénéfice ou de sous-factoriser ses prestations à ses clients par rapport aux coûts qu'il aurait normalement dû exposer sans cette aide, une telle inclusion dans les TURPE ne saurait toutefois être admise qu'à la condition que l'avantage dont avait bénéficié l'opérateur du fait de cette aide corresponde à des sommes qui auraient dû, à l'époque, être couvertes par les tarifs d'accès aux réseaux. Or tel n'est pas le cas. Il ne nous semble pas que les TURPE doivent couvrir des coûts qu'EDF aurait dû financer avant la création de ces tarifs, à l'époque où ils étaient autofinancés par son activité globale. Vous pourrez donc écarter le moyen.

Concernant ensuite la prise en compte des contributions au Fonds de péréquation de l'électricité, sur le principe, nous trouvons un peu paradoxal d'inclure dans le TURPE les conséquences pour Enedis d'un mécanisme de péréquation qui a vocation à redistribuer, ex post, entre les gestionnaires de réseau les écarts constatés, du fait du calcul du TURPE à partir des charges d'exploitation d'Enedis, entre les recettes procurées par ces tarifs et les dépenses des autres gestionnaires de réseaux – mais nous comprenons en même temps l'enjeu de cette inclusion, au vu des méthodes aberrantes de fixation de ces contributions par les ministres compétents, aboutissant à faire peser tout le poids de la péréquation sur Enedis alors qu'il s'agit du gestionnaire qui devrait, d'une certaine façon, être le moins mis à contribution en proportion. Mais nous constatons en tout état de cause, d'une part, que les contributions postérieures au 1^{er} août 2017 seront intégralement prises en compte par les tarifs, via le CRCP, et d'autre part, que pour la péréquation tarifaire des années antérieures et le rattrapage lié à votre annulation contentieuse du 30 juillet 2015, la CRE a constaté, par une appréciation qui n'est pas entachée d'erreur manifeste et qui justifie en droit le refus du rattrapage, l'absence de déséquilibre global dans la couverture des charges par le TURPE 4. Par suite, le moyen sera écarté.

L'avant-dernière critique adressée aux charges d'exploitation porte sur coûts liés aux contrats d'achat de prestations de services généraux conclus avec la société EDF, en matière notamment de gestion des ressources humaines, de contrôle des risques et de gestion des systèmes d'information, qu'Enedis avait estimés à 45 millions d'euros par an sur l'ensemble de la période tarifaire et que la CRE n'a décidé de couvrir qu'à hauteur de 26 millions d'euros par an. La CRE

a fondé sa décision sur le « *principe d'indépendance auquel est soumis Enedis (article L.111-61 du code de l'énergie)* » et sur « *une identification trop imprécise du contenu ou des coûts de certaines prestations* ». Cette motivation, suffisante, n'est pas entachée d'erreur de droit. Or les requérants n'apportent pas d'éléments, notamment sur le contenu et le coût des prestations en cause, qui permettraient de conclure que le montant retenu serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

Enfin, s'agissant de la rémunération versée aux fournisseurs au titre de la gestion des clients en contrat unique, c'est-à-dire des contrats portant à la fois sur la fourniture mais aussi la distribution d'électricité et dans le cadre desquels le fournisseur agit dans cette mesure au nom et pour le compte du gestionnaire de réseau de distribution, il résulte de votre décision de Section *Société GDF Suez* du 13 juillet 2016 (n° 388150, p. 384) que les stipulations des contrats conclus entre le GRD et les fournisseurs d'électricité ne doivent pas laisser à la charge de ces derniers les coûts supportés par eux pour le compte du premier. Pour couvrir ces coûts, la délibération du 17 novembre 2016 prévoit l'intégration dans les charges d'exploitation d'Enedis, pour chaque client en contrat unique, de la somme d'un montant forfaitaire, fixé entre 7 et 200 euros selon la puissance souscrite, et du « *montant moyen de la rémunération du fournisseur* », et précise que ce montant moyen, qui n'est pas encore connu, fera l'objet d'un encadrement par une délibération ultérieure, à intervenir au cours de l'année 2017.

Les requérants soutiennent que la CRE a, d'une part, commis une irrégularité et méconnu sa compétence en renvoyant à une décision ultérieure et, d'autre part, méconnu le principe de couverture des coûts effectivement engagés, notamment en ce qu'elle aurait omis de prévoir la couverture des coûts engagés à ce titre lors de la précédente période tarifaire qui n'auraient pas été couverts.

Toutefois, la CRE n'a pas omis de prendre en compte ce type de coûts : elle a bien prévu leur couverture, mais par l'intermédiaire du compte de régulation des charges et des produits. Elle ne pouvait faire autrement, dès lors que le montant de ces rémunérations était entaché d'une trop grande incertitude pour pouvoir en faire une estimation prévisionnelle et l'intégrer dans la trajectoire de charges servant à la détermination du revenu prévisionnel autorisé. La délibération, dont la légalité doit s'apprécier à la date de son édicition, n'est donc pas entachée d'illégalité pour ce seul motif. Par ailleurs, les termes de la délibération nous paraissent pouvoir être interprétés comme prévoyant la prise en compte des versements qui interviendraient à compter du 1^{er} janvier 2017, pour l'apurement éventuel des rémunérations dues au titre du passé.

Soulignons toutefois qu'en régime de croisière, une fois le niveau des rémunérations devenu estimable, et dans l'hypothèse où celles-ci représenteraient une charge significative, le CRCP ne nous paraît pas constituer le véhicule adapté pour suppléer durablement à l'absence d'intégration du montant de cette catégorie de charges d'exploitation dans le calcul du revenu prévisionnel autorisé *ex ante* : dans une telle hypothèse, il nous semble que la bonne méthode serait que la CRE modifie pour l'avenir sa délibération afin de tenir compte de ces coûts dans la trajectoire prévisionnelle de charges.

A cet égard, si les requérants soulèvent aussi, de manière plus générale, à l'encontre du mécanisme du CRCP, un moyen tiré de ce que le plafonnement à 2 % de son apurement annuel serait contraire au principe de couverture de l'ensemble des charges effectivement supportées par le gestionnaire de réseau de distribution, il y a lieu de leur répondre, d'une part, que ce plafonnement ne conduit pas, par lui-même, à un défaut de couverture des charges dès lors que le solde qui ne serait pas apuré est reporté sur l'année suivante pour un montant qui fait l'objet d'une actualisation, et d'autre part, que conformément à l'approche que vous avez retenue en matière de gaz dans votre décision du 7 novembre 2013, *Société TIGF* (n° 362092, T. pp. 621-622 sur ce point), l'existence du CRCP n'exonère pas la CRE de l'obligation de modifier, au besoin en cours de période tarifaire, le niveau et la structure des tarifs, si elle constate qu'un écart significatif global s'est produit ou est susceptible de se produire entre le revenu autorisé du gestionnaire et ses coûts.

L'avant dernier bloc de contestations vous sortira avec bonheur la tête de ces comptes d'apothicaire, dès lors que les questions posées sont avant tout de droit. Est en effet critiquée la mise en place, par la CRE, de dispositifs de régulation incitative portant, d'une part, sur la qualité de la continuité d'alimentation en électricité, et d'autre part, sur la maîtrise des pertes d'électricité.

S'agissant de la continuité d'alimentation, le fondement légal du mécanisme mis en place par la CRE figure tout autant à l'article L. 341-3 du code de l'énergie, qui dispose que la CRE « *peut prévoir un encadrement pluriannuel d'évolution des tarifs et des mesures incitatives appropriées, tant à court terme qu'à long terme, pour encourager les gestionnaires de réseaux (...) de distribution à améliorer leurs performances, notamment en ce qui concerne la qualité de l'électricité, à favoriser l'intégration du marché intérieur de l'électricité et la sécurité de l'approvisionnement et à rechercher des efforts de productivité* », qu'à l'article L. 322-12 du même code, qui impose aux GRD une obligation de qualité de la desserte en électricité et prévoit qu'« *au cas où un gestionnaire de réseau de distribution ne respecte pas les niveaux de qualité, des pénalités peuvent également être mises en œuvre dans le cadre d'une régulation incitative, prévue à l'article L. 341-3* ».

C'est dans ce cadre que la CRE a défini un mécanisme de « bonus-malus » visant à inciter les GRD à assurer un niveau satisfaisant de continuité de l'alimentation, en prévoyant, d'une part, l'application de pénalités à verser aux consommateurs lorsque la fréquence des ruptures d'alimentation et leur durée moyenne excèdent des valeurs de référence fixées par sa délibération et, d'autre part, le versement aux gestionnaires d'une rémunération lorsque la continuité d'alimentation est supérieure aux valeurs de référence.

S'il est soutenu que la CRE a commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant des valeurs de référence telles que la probabilité de l'application de pénalités serait, au regard des niveaux de continuité d'alimentation observés lors des années écoulées, très supérieure à celle de l'atteinte

des valeurs de référence, vous pourrez écarter cette critique en relevant qu'en tout état de cause, la loi n'impose pas à la CRE d'instaurer un mécanisme d'incitation symétrique, comportant autant d'avantages en cas de respect des objectifs et que de désavantages en cas de méconnaissance de ceux-ci, et lui laisse notamment la faculté de n'instaurer qu'un mécanisme de pénalités. Par ailleurs, la CRE a pu, aux fins d'apprécier de la manière la plus fine possible la qualité de la continuité de l'alimentation, ne pas se contenter de l'indicateur de durée des coupures sur le réseau basse tension, qui faisait déjà l'objet d'un suivi lors de la précédente période tarifaire, et tenir compte d'autres indicateurs tels que la durée des coupures sur le réseau haute tension A et la fréquence des coupures sur l'ensemble des réseaux.

S'agissant ensuite du mécanisme de régulation incitative en matière de pertes d'électricité, les requérants critiquent d'abord l'absence de base légale au système de pénalités mis en place, à défaut de disposition comparable, pour les pertes, à celles de l'article L. 322-12 du code de l'énergie précité.

Rappelons que l'exploitation d'un réseau d'électricité génère toujours des pertes, pour des raisons tant techniques (« effet Joule », liée à la transformation d'une part de l'électricité en chaleur lorsqu'elle transite dans les réseaux ; et pertes dites « fer » dans les transformateurs) que non techniques (biais de comptage, erreurs de relevé des compteurs, fraude, etc.). Ces pertes constituent une part non négligeable des injections totales d'électricité d'Enedis (6% sur la période TURPE 4). L'article L. 322-9 du code fait obligation aux GRD de couvrir ces pertes par l'achat d'électricité.

En quoi consiste le mécanisme critiqué, brossé à gros traits ? La CRE a prévu que pour chaque année de la période tarifaire en cause, serait calculé ex post un montant de référence de charges de compensation de ces pertes, dont l'écart avec la trajectoire prévisionnelle initialement fixée serait intégralement couvert par les tarifs. En cas d'écart entre ce montant de référence et les charges réelles du gestionnaire au titre des achats d'électricité visant à couvrir ces pertes, elle a prévu que cet écart à la trajectoire fixée ne serait couvert qu'à hauteur de 80%. En d'autres termes, si le gestionnaire fait mieux que cette trajectoire normative, il conservera 20% de la différence, dans la limite de 40 millions d'euros par an, qui constitueront une rémunération de son efficacité. En revanche, s'il fait moins bien et si ses charges réelles sont supérieures au coût de référence, un cinquième de l'écart entre ces deux valeurs – là encore plafonné à 40 millions - restera à sa charge. En cas d'écart à la trajectoire qui s'expliquerait uniquement par une injection d'une quantité d'électricité plus importante que celle prévue, l'effet lié à cette évolution des transits sur le volume des pertes du GRD est intégralement pris en compte dans le CRCP.

Si la société Enedis soutient que la CRE a ainsi instauré un mécanisme de sanction sans base légale, le dispositif de modulation des tarifs ainsi institué ne nous paraît pas présenter un tel caractère, mais procéder simplement de la mise en œuvre de la réserve du « gestionnaire de réseau efficace » énoncée à l'article L. 341-2 du code, en limitant la couverture des coûts en cas d'écart à la trajectoire de coûts des pertes définie *ab initio* et en procédant de manière incitative comme l'y autorise l'article L. 341-3 du même code.

Par ailleurs, si les marges de manœuvre des GRD en matière de coûts de couverture des pertes sont effectivement limitées, elles ne sont pas inexistantes, contrairement à ce qui est soutenu, et le mécanisme ne transforme pas Enedis en fournisseur d'électricité en lui imposant d'exercer une activité de « trading ». Compte tenu de l'ampleur limitée des coûts laissés, en cas d'écart, à la charge des GRD, et des leviers dont les GRD disposent (optimisation du réseau et des transformateurs, techniques mises en œuvre pour acheter l'électricité), la délibération ne nous paraît entachée, ni d'erreur de droit, ni d'erreur manifeste d'appréciation. Enfin, la CRE n'a pas méconnu le principe de sécurité juridique en ne prévoyant pas de mesures transitoires à la mise en œuvre de ce mécanisme.

Nous en arriverons ainsi au bouquet final de moyens relatif à la structure des tarifs, dont nous vous épargnerons la plupart – dont aucun n'est fondé et qui sont souvent peu étayés, à l'instar de celui tiré d'une méconnaissance de l'article L. 341-4 du code de l'énergie – pour n'en évoquer plus particulièrement que deux.

Il est soutenu notamment que la CRE a méconnu sa compétence et commis une erreur de droit en prévoyant l'application d'une clause de rendez-vous à l'été 2019 concernant la structure des tarifs, alors qu'elle devait fixer des tarifs pour l'ensemble de la période tarifaire

Mais d'une part, si la pratique est à la fixation de tarifs sur une période pluriannuelle, donnant une visibilité aux opérateurs, la loi ne fixe aucune durée minimale d'application des tarifs. La CRE peut donc décider de fixer des tarifs pour une durée qui ne serait que de deux ans et non quatre. D'autre part, la CRE a bien fixé ici la structure tarifaire pour toute la période et s'est bornée à prévoir expressément – ce qui nous paraît de bonne administration afin d'assurer la conformité de la structure des tarifs à la règle de couverture des coûts de réseau engendrés par chaque utilisateur – la faculté d'une clause de rendez-vous, permettant, le cas échéant, d'adapter la structure des tarifs à l'issue de deux ans de mise en œuvre des TURPE 5 HTA-BT, soit à l'été 2019, dans l'objectif de « *prendre en compte les éventuels changements importants dans les modes d'utilisation ou les méthodes de dimensionnement des réseaux* ».

Il est aussi soutenu par la ministre que les délibérations attaquées méconnaissent l'obligation, prévue à l'article L. 315-3 du code de l'énergie, de prévoir un tarif spécifique pour les consommateurs participant à des opérations d'autoconsommation.

L'article L. 315-3 du code, créé par l'ordonnance n° 2016-1019 du 27 juillet 2016, nous semble être entré immédiatement en vigueur dès le lendemain de sa publication, sans attendre l'intervention du décret auquel l'article L. 315-8 a renvoyé la définition des conditions d'application du chapitre consacré à l'autoconsommation, dès lors que son application n'était pas manifestement impossible en l'absence de ce décret. Ces dispositions nous paraissent faire obligation à la CRE de prévoir une différenciation dans les tarifs entre les petits auto-consommateurs et les autres utilisateurs, mais pas nécessairement la mise en place de tarifs différents dans toutes leurs composantes. Or la CRE a bel et bien tenu compte de

l'autoconsommation dans la structure des tarifs : elle a mis en place, au titre de la prise en compte des coûts de la gestion clientèle des utilisateurs, une « composante de gestion » spécifique pour les « auto-producteurs ». Elle a ainsi différencié les tarifs selon que les consommateurs participent à des opérations d'autoconsommation. Eu égard à la pauvreté de l'argumentation de la ministre, qui ne développe guère son moyen et ne formule pas de critique précise sur cette différenciation, vous pourrez vous en tenir à ce constat pour écarter le moyen.

Enfin, la ministre soulève un dernier moyen, tiré de ce que les délibérations litigieuses ne prendraient pas en compte, en méconnaissance de l'obligation prévue par l'article L. 341-3 du code de l'énergie, ses orientations de politique énergétique.

Si un tel moyen est opérant (rapp., s'agissant de la disposition de l'article L. 452-3 du même code rédigée en des termes identiques pour les tarifs d'utilisation des réseaux gaziers, CE, 25 septembre 2015, *Société Storengy*, n° 369055, T. p. 700 sur ce point), l'obligation pesant sur la CRE à ce titre est minimale : elle doit seulement « prendre en compte » ces orientations, mais n'est nullement tenue de s'y conformer (CE, 13 mai 2016, *Société Direct Energie*, n° 375501, T. pp. 611-784-785 sur un autre point), ni de motiver expressément les raisons pour lesquelles elle s'en écarterait. En l'espèce, les délibérations litigieuses, qui mentionnent les orientations indiquées par la ministre, les prennent sans doute possible en compte, en particulier en ce qui concerne la maîtrise des pointes électriques, le rééquilibrage entre les parts puissance et énergie dans la structure des tarifs, ou encore le redressement du niveau de qualité de l'électricité acheminée. Le moyen sera donc écarté.

A l'issue de ce long examen, seul un moyen nous apparaît donc fondé : celui tiré de ce que la CRE a commis une erreur de droit en n'incluant pas dans les capitaux propres régulés, auxquels elle a appliqué le taux sans risque, le montant des reprises de provisions pour renouvellement constituées lors de la période « TURPE 2 » correspondant à des actifs en service, pour leur part non encore amortie, ainsi que la contrevaletur des ouvrages remis à titre gratuit par les autorités concédantes pendant la même période, là aussi pour leur part non encore amortie.

Ce moyen nous paraît de nature à n'emporter qu'une annulation partielle des délibérations. Certes, la divisibilité ne va pas entièrement de soi, dès lors que la prise en compte de la rémunération des passifs litigieux supposera de recalculer le niveau de l'ensemble des composantes tarifaires, afin, une fois le surcroît de charges prévisionnelles calculé, de re-ventiler entre elles la charge supplémentaire correspondante – d'ailleurs, votre décision du 28 novembre 2012 avait procédé à l'annulation totale de la délibération fixant les TURPE 3 pour erreur de droit. Toutefois, la délibération attaquée ne se borne pas à arrêter un niveau de tarifs : elle établit aussi et d'abord la méthodologie d'élaboration de ces tarifs et leurs principes d'évolution ; or sur ces points, l'essentiel de la délibération n'est pas affecté et pourra être maintenu. N'est en cause en l'espèce qu'une annulation « en tant que ne pas ». Par ailleurs, vous avez déjà annulé partiellement une décision tarifaire, en ce que les tarifs qu'elle fixait comportait un élément de

calcul illégal (v. CE, 16 novembre 2016, *Société Advanced technical fabrication*, n° 397908 398394 399351, T. pp. 608-609-955, pour l'annulation d'une décision du comité économique des produits de santé fixant les tarifs de vente au public de certains produits en ce que les tarifs fixés comportaient une part de baisse destinée à compenser les effets d'une annulation contentieuse).

Mais toute partielle que ce sera votre annulation de la délibération du 17 novembre 2016, ainsi que de la délibération du 19 janvier 2017 en tant qu'elle a décidé qu'il n'y avait pas lieu de modifier la première délibération sur les points annulés, la portée rétroactive qui devrait, en toute orthodoxie, être la sienne emporterait des conséquences qui nous sembleraient disproportionnées. En particulier, aux fins de remédier aux effets d'une illégalité somme toute modérés du point de vue du gestionnaire et de la continuité du service public à laquelle la couverture des charges du capital contribue indirectement en favorisant l'investissement, dès lors que les tarifs établis sans tenir compte de cette rémunération n'auront été appliqués que sept mois et que son montant est à comparer au total des 13,5 milliards annuels couverts par le TURPE, l'adoption de nouveaux tarifs rétroactifs aboutirait à mettre en branle la mécanique très lourde et coûteuse, par comparaison, de la facture rectificative à l'égard des millions de consommateurs d'électricité de France.

Dans ces conditions, nous vous invitons, dans le cadre de votre jurisprudence AC !, à déroger au caractère rétroactif de votre annulation et à ne lui conférer qu'un effet abrogatif, sous réserve des éventuelles actions contentieuses déjà engagées. Par ailleurs, afin de laisser à la CRE le temps nécessaire pour identifier les actifs concernés, calculer le surcroît de rémunération correspondant et faire à nouveau tourner ses calculs pour le répartir sur la structure tarifaire, vous différerez l'effet de votre décision de trois mois. Indiquons que les TURPE 4, outre qu'ils ne nous paraissent pas remis en vigueur par une simple annulation « en tant que ne pas », ne couvriraient pas plus la rémunération de ces investissements.

La société Enedis ayant été seule à soulever le moyen que vous accueillerez, il y a lieu de faire droit à ses conclusions au titre de l'article L. 761-1 du CJA. Aucun des moyens soulevés par les autres requérants n'ayant été accueilli, vous rejetterez en revanche les conclusions qu'ils présentent au même titre (rapp. CE, 13 juin 2005, *Ville de Chevreuse*, n° 276481, T. pp. 1053-1058, concl. J-H. Stahl), de même que celles de l'UFC-Que choisir, simple intervenante. Vous rejetterez aussi les conclusions de la CRE tendant au prononcé d'une amende pour recours abusif contre Enedis.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet de la requête de la Fédération CFE-CGC Energies ;
- à l'admission des interventions de l'UFC-Que choisir et de l'ANODE ;

- à l'annulation de la délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 17 novembre 2016 portant décision sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans les domaines de tension HTA et BT en tant que, pour la détermination de la rémunération du capital investi, elle n'a pas inclus dans les « capitaux propres régulés », auxquels elle a appliqué le taux sans risque, le montant des reprises de provisions pour renouvellement constituées sous l'empire de la délibération relative aux tarifs dits « TURPE 2 » qui ont été utilisées pour le remplacement effectif d'actifs inclus dans la base d'actifs régulés, pour leur part non encore amortie, ainsi que la contrevaletur des ouvrages remis à titre gratuit par les autorités concédantes pendant la même période, pour leur part non encore amortie ;
- à l'annulation de la délibération prise par cette même autorité le 19 janvier 2017 portant décision sur la demande de la ministre chargée de l'énergie d'une nouvelle délibération sur ces tarifs, en tant qu'elle a décidé qu'il n'y avait pas lieu de modifier sa première délibération sur les points énoncés à l'alinéa précédent ;
- à ce que ces annulations ne prennent effet qu'à compter d'un délai de trois mois, et à ce que les effets produits par ces délibérations antérieurement à ces annulations soient regardés comme définitifs, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la décision à intervenir contre les actes pris sur leur fondement ;
- à ce que l'Etat verse à la société Enedis 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées par la Commission de régulation de l'énergie (Etat) et par l'UFC-Que Choisir au titre des mêmes dispositions, ainsi que des conclusions présentées par cette Commission tendant au prononcé d'une amende pour recours abusif ;
- et enfin, au rejet du surplus des conclusions des requêtes de la société Enedis, de la société EDF et de la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer.