

**Assemblée du contentieux
Séance du 4 mai 2018
Lecture du 18 mai 2018**

CONCLUSIONS

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public

Dans sa monumentale « Fée Electricité » de 1937, Raoul Dufy illustre le bouleversement technique et social du monde par cette énergie. Sous les yeux des dieux de l'Olympe et de 110 grands scientifiques – de Thalès de Milet à Pierre et Marie Curie, transports, usines, chantiers, villes, éclairage, mais aussi cinéma ou bal populaire, tout se transforme et semble rendu possible par la magie du flux électrique, dans un subtil mélange de mouvement, de vitesse joyeuse et de sérénité bleutée.

Plus de quatre-vingts ans après, l'électricité n'a rien perdu de son rôle premier. Elle est même devenue plus indispensable encore à notre mode de vie et au fonctionnement de notre économie moderne. En 2016, la France a ainsi consommé plus de 446 TWh d'électricité, répartis entre plus de 32 millions de sites résidentiels et 5 millions de sites non résidentiels. Le caractère vital et non substituable de cette énergie particulière se traduit, à l'article L. 121-1 du code de l'énergie, par la consécration du « *droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité* », dont l'approvisionnement est garanti en vertu de cet article sur « *l'ensemble du territoire national* ».

De ce caractère essentiel et vital de l'électricité, faut-il pour autant déduire la nécessité d'un encadrement de son prix ?

Si le maintien de cette réglementation en dépit de la libéralisation générale des prix par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 s'inscrivait dans un contexte de monopole public de l'électricité, concentrant production, transport, distribution, vente aux consommateurs finals, importation et exportation, le cadre juridique et économique dans lequel elle est mise en œuvre a profondément changé depuis vingt ans, sous l'influence de l'Union européenne et ses « paquets énergie » successifs.

La désintégration verticale de l'ancien monopole électrique conduit à distinguer désormais entre quatre segments d'activités, dont la situation concurrentielle diffère et entre les acteurs desquels sont réparties les responsabilités du « service public de l'électricité » défini à l'article L. 121-1 du code de l'énergie.

D'abord, la production d'électricité. Si cette activité est libéralisée, la place d'EDF y demeure singulière, du fait de l'exploitation du parc nucléaire historique, qui représente aujourd'hui encore plus de 72 % de la production française d'électricité. Les producteurs d'électricité, notamment EDF, « contribuent », en vertu de l'article L. 121-3 du code de l'énergie, à la réalisation de la mission de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité, impliquant en particulier de « *garantir l'approvisionnement des zones du territoire non interconnectées au réseau métropolitain continental* ». Les charges qui découlent de cette mission font l'objet d'une compensation par l'Etat.

Le transport et la distribution d'électricité, ensuite, par le biais de réseaux publics qui constituent des monopoles naturels gérés respectivement, dans le cadre de concessions de service public, par RTE et par Enedis et les entreprises locales de distribution. Ces activités ne sont pas libéralisées et n'ont pas vocation à l'être. Les tarifs d'utilisation de ces réseaux publics (les « TURPE »), calculés de manière transparente et non discriminatoire, sont fixés au niveau national par la Commission de régulation de l'énergie, en vertu des articles L. 341-2 et suivants du code de l'énergie.

Enfin, l'activité de vente-fourniture d'électricité aux clients finals, progressivement ouverte à la concurrence depuis février 1999 et dont la libéralisation est en principe achevée.

Production et fourniture d'électricité ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Aussi, afin de neutraliser l'impact concurrentiel, sur son activité de fourniture, de la « rente nucléaire » d'EDF, la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (dite « loi NOME ») a mis en place le dispositif dit de « l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique » (ARENH). Codifié à l'article L. 336-1 du code de l'énergie, ce mécanisme, dont la finalité est « *d'assurer la liberté de choix du fournisseur d'électricité tout en faisant bénéficier l'attractivité du territoire et l'ensemble des consommateurs de la compétitivité du parc électronucléaire français* », ouvre à tous les fournisseurs d'électricité du marché français, pour une période transitoire courant jusqu'au 31 décembre 2025, un accès à l'électricité d'origine nucléaire d'EDF, certes limité en termes de quantité, mais à des conditions de prix équivalentes à celles dont bénéficie cet opérateur, reflétant les coûts économiques de production de ce parc.

Depuis le 1^{er} juillet 2007, tous les consommateurs – quels que soient leur statut et leur puissance souscrite – sont éligibles aux offres de marché en vertu de l'article L. 331-1 du code de l'énergie. Mais ils sont loin d'avoir tous opté pour de telles offres, et moins nombreux encore à avoir changé de fournisseur.

Ainsi, selon l'état des lieux réalisé par la CRE dans le cadre de l'observatoire des marchés de détail de l'électricité du 4^e trimestre 2016, sur les 32 millions de sites résidentiels, seuls 4 550 000 étaient fournis au 31 décembre 2016 en offre de marché par des fournisseurs dits « alternatifs » (et 10 000 en offre de marché par les fournisseurs dits « historiques »), les plus de 27,5 millions de sites restants étant aux tarifs réglementés. Quant aux sites non résidentiels, si 1,5 millions d'entre eux sont désormais passés à marche forcée en offre de marché (dont 675 000 auprès des fournisseurs historiques), ils étaient encore plus de 3,4 millions à être fournis aux tarifs réglementés.

En effet, s'il a été supprimé pour les autres sites depuis le 1^{er} janvier 2016, le bénéfice des tarifs réglementés de vente de l'électricité demeure ouvert aux consommateurs finals domestiques et non domestiques pour leurs sites de consommation situés en métropole continentale souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, en vertu de l'article L. 337-7 du code de l'énergie, ainsi que pour leurs sites situés dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental (Corse et outre-mer), quelle que soit alors leur puissance, en vertu de l'article L. 337-8 du même code.

La fourniture de l'électricité à ces tarifs n'est pas seulement un droit pour ces consommateurs lorsqu'ils le demandent : elle constitue une mission relevant du service public de l'électricité et pesant sur les opérateurs historiques. L'article L. 121-5 du code de l'énergie dispose ainsi que « *La mission de fourniture d'électricité consiste à assurer, en favorisant la maîtrise de la demande, la fourniture d'électricité, sur l'ensemble du territoire, aux clients bénéficiaires des tarifs réglementés de vente dans les conditions prévues aux articles L. 337-4 à L. 337-9. L'électricité est fournie par le raccordement aux réseaux publics ou, le cas échéant, par la mise en œuvre des installations de production d'électricité de proximité (...). / Cette fourniture concourt à la cohésion sociale, au moyen de la péréquation nationale des tarifs. / Cette mission incombe à Electricité de France ainsi que, dans leur zone de desserte, aux entreprises locales de distribution chargées de la fourniture (...)* ».

Afin de concilier cette réglementation des prix avec la libéralisation du marché de détail de l'électricité, la loi a progressivement substitué au principe de couverture des coûts complets d'EDF par ces tarifs une nouvelle méthode de détermination de ceux-ci par empilement de briques de coûts. En vertu de l'article L. 337-6 du code de l'énergie dans sa rédaction issue de la loi de transition énergétique pour la croissance verte, les tarifs réglementés de vente d'électricité sont aujourd'hui « *établis par addition du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique [l'ARENH], du coût du complément d'approvisionnement au prix de marché, de la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité [c'est-à-dire des tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution - TURPE] et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale de l'activité de fourniture* ».

Mais cette recherche par le législateur d'une méthodologie de fixation des tarifs garantissant leur « contestabilité » par les fournisseurs alternatifs d'électricité n'a pas suffi à satisfaire ces derniers, qui remettent aujourd'hui en cause le principe même de ces tarifs. Pour la première fois, par les présentes requêtes, régulièrement formées par la société Engie et par l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) à l'encontre de la décision interministérielle du 27 juillet 2017 fixant ces tarifs à compter du 1^{er} août 2017 (et respectant les prescriptions de l'article R. 411-1 du CJA contrairement à ce que soutient en défense la CRE), ce n'est pas d'une contestation du niveau de ces tarifs que vous avez à connaître, mais de la compatibilité de cette réglementation des prix de vente de l'électricité avec l'objectif de libéralisation du marché de détail de l'électricité poursuivi par la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

Les interventions en défense de la société EDF et de l'Union nationale des entreprises locales d'électricité et de gaz, qui ont intérêt au maintien de la décision attaquée, sont recevables.

La question de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne d'un encadrement des prix de l'énergie ne vous est pas inconnue.

Par une décision du 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie* (n° 370321, au Recueil), votre Assemblée du contentieux s'est en effet penchée sur la compatibilité des tarifs réglementés de vente du gaz naturel, prévus par les articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie, avec la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, qui n'interdit pas expressément toute intervention publique sur les prix, mais pose (et impose) à son article 3 l'objectif de réaliser « *un marché du gaz naturel concurrentiel* » et encadre les finalités et modalités des actions étatiques susceptibles de l'entraver.

Dans un arrêt *ANODE* du 7 septembre 2016 (aff. C-121/15), précisant sa précédente jurisprudence *Federutility* du 20 avril 2010 (aff. C-265/08), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit, d'une part, que l'intervention d'un Etat membre consistant à imposer à certains fournisseurs, dont le fournisseur historique, de proposer au consommateur final la fourniture de gaz naturel à des tarifs réglementés constitue, par sa nature même, une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel prévue au 1 de l'article 3 de la directive du 13 juillet 2009, et que cette entrave subsiste alors même que cette intervention ne fait pas obstacle à ce que des offres concurrentes soient proposées à des prix inférieurs à ces tarifs par tous les fournisseurs sur le marché. La Cour de justice a précisé, d'autre part, que le 2 du même article, lu à la lumière des articles 14 et 106 du TFUE ainsi que du protocole sur les services d'intérêt général, permet aux Etats membres d'apprécier si, dans l'intérêt économique général, il y a lieu d'imposer aux entreprises intervenant dans le secteur du gaz des obligations de service public portant sur le prix de fourniture du gaz, sous réserve que toutes les conditions que cet article énonce, et notamment la non-discrimination, soient satisfaites et que soit le principe de proportionnalité.

Tirant les conséquences de ces réponses, vous avez jugé qu'en imposant à certains fournisseurs de proposer au consommateur final la fourniture de gaz naturel à des tarifs réglementés, les articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie constituaient une entrave à la réalisation du marché du gaz naturel concurrentiel prévue par cette directive, ne pouvant être admise qu'à la triple condition de répondre à un objectif d'intérêt économique général, de ne porter atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de cet objectif et notamment durant une période limitée, et enfin, d'être clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable. Examinant si ces conditions étaient satisfaites, vous avez répondu par la négative, en vous arrêtant au constat de l'absence de poursuite d'un objectif d'intérêt économique général, qu'il soit tiré de la sécurité d'approvisionnement, de la cohésion territoriale et sociale, ou de la garantie d'un prix raisonnable.

La grille d'analyse ainsi dégagée des paragraphes 1 et 2 de l'article 3 de la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 s'agissant du gaz naturel est transposable à l'examen de la compatibilité de tarifs réglementés de vente de l'électricité avec les objectifs de la directive du même jour concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, dont les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 sont rédigés en des termes strictement identiques. Si l'article 3 de la directive « *électricité* » comporte en outre un paragraphe 3 prévoyant que les Etats membres « *veillent à ce que tous les clients résidentiels et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises (...) aient*

le droit de bénéficier du service universel, c'est-à-dire du droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires. Pour assurer la fourniture d'un service universel, (ils) peuvent désigner un fournisseur de dernier recours », cette disposition, qui précise en outre qu'elle est mise en œuvre « d'une manière transparente et non discriminatoire et n'empêche pas l'ouverture du marché », ne nous paraît pas conduire à retenir une grille d'analyse différente de la compatibilité avec les objectifs fixés par la directive d'une réglementation des prix telle celle en cause, mais poser l'existence d'un droit à l'électricité et conforter l'invocabilité de l'objectif de garantir un prix raisonnable pour les petits consommateurs.

Ainsi, dans un arrêt *Enel Produzione SpA* du 21 décembre 2011 (aff. C-242/10), rendu sous l'empire de la directive « électricité » du 26 juin 2003, la Cour de justice avait déjà dit pour droit que les obligations de service public que l'article 3, paragraphe 2, de cette directive permettait d'imposer aux entreprises devaient respecter le principe de proportionnalité et ne pouvaient, dès lors, « *porter atteinte à la libre fixation du prix de la fourniture de l'électricité que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif d'intérêt économique général qu'elles poursuivent* ».

Le Conseil constitutionnel n'a pas appliqué une autre grille d'analyse dans sa décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, lorsqu'il a censuré comme manifestement incompatibles avec l'objectif d'ouverture du marché concurrentiel de l'électricité fixé par la directive de 2003 les dispositions de cette loi (depuis lors réintroduites par une loi non déferée) permettant à des consommateurs ayant quitté les tarifs réglementés d'y revenir, au motif qu'elles « *ne se bornent pas à appliquer les tarifs réglementés aux contrats en cours mais imposent aux opérateurs historiques du secteur de l'énergie, et à eux seuls, des obligations tarifaires permanentes, générales et étrangères à la poursuite d'objectifs de service public* ».

Grille d'examen de la compatibilité d'une réglementation des prix de détail avec les objectifs de la directive électricité semblable à celle applicable au gaz naturel, donc. Et comme en matière de gaz, constat que les tarifs réglementés constituent une entrave à la réalisation du marché de l'électricité concurrentiel prévue par cette directive.

Toutefois, là s'arrête l'analogie avec le gaz naturel.

En effet, à la différence de ce dernier, l'électricité constitue, comme vous l'avez expressément relevé dans votre décision du 19 juillet 2017, un bien de première nécessité, non substituable, distribué dans l'ensemble du territoire (contre seulement un tiers des communes pour le gaz) et alimentant tous les foyers et entreprises (soit plus de 37 millions de sites de consommation, contre environ 11 au millions pour le gaz, étant précisés que ces sites au gaz sont également consommateurs d'électricité). De plus, la problématique de l'approvisionnement se présente sous un autre visage. D'une part, car l'électricité ne se stocke pas – ou très difficilement – et l'équilibre offre-demande doit pouvoir être assuré à tout moment par la mise en œuvre de capacités de production supplémentaires. D'autre part, car la question de l'investissement dans cette production se pose en des termes différents. Enfin, car la France est exportatrice nette d'électricité. La dépendance française en matière d'approvisionnement électrique n'est donc pas vis-à-vis des importations, mais plutôt vis-à-vis du parc de production nucléaire domestique.

En l'absence de transposition automatique de la solution de non-conformité dérogée pour le gaz en juillet dernier, il vous faut aujourd'hui examiner dans le détail, au regard des caractéristiques propres à l'électricité et éclairés par les éléments issus de l'enquête à la barre conduite par la 9^e chambre, si la réglementation des tarifs posée aux articles L. 337-4 à L. 337-9 du code de l'énergie répond à un objectif d'intérêt économique général, si elle ne porte atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de cet objectif et, à supposer que les deux premiers tests soient passés avec succès, si elle est clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable.

Pour que la première condition soit satisfaite, il faudra, d'une part, un objectif d'intérêt économique général, et d'autre part, que la mesure en cause le poursuive effectivement – ou, pour reprendre l'expression de la Cour, qu'elle puisse être regardée comme y « *répondant* ». C'est aux Etats membres qu'il appartient librement, dans le respect du droit de l'Union, « *de définir quels sont les objectifs d'intérêt économique général qu'ils veulent poursuivre en imposant des obligations de service public* ». Dans ses arrêts *ANODE* et *Federutility*, la Cour de justice a reconnu, parmi les objectifs susceptibles de justifier, dans leur principe, des entraves au marché intérieur du gaz, la sécurité d'approvisionnement, la cohésion sociale et territoriale, et le maintien du prix de fourniture au client final à un niveau raisonnable. Si elle ne s'est pas prononcée sur l'admissibilité d'un objectif du maintien de ce prix à un niveau stable, il nous semble que s'agissant du bien de première nécessité non substituable qu'est l'électricité, un tel objectif est, au regard de la large liberté reconnue aux Etats membres dans la définition des objectifs d'intérêt économique général, susceptible de justifier une entrave à la libre fixation des prix. Mais il ne suffit pas d'invoquer un objectif d'intérêt économique général pour que la réglementation puisse être regardée comme y répondant : votre décision du 19 juillet 2017 l'illustre avec sévérité, puisque les tarifs du gaz n'ont pas franchi cette première étape.

Le respect de la seconde condition, tenant à la proportionnalité de la mesure et dont la frontière avec la poursuite d'un objectif d'intérêt économique général n'est pas toujours clairement tracée, implique quant à lui, éclairé par l'arrêt *ANODE*, non seulement que la mesure en cause soit susceptible de « garantir » la réalisation de l'objectif d'intérêt économique général envisagé mais aussi que la durée de l'intervention étatique sur les prix soit « *limitée à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi* », qu'il n'existe pas des mesures permettant également d'assurer cet objectif en entravant moins la réalisation d'un marché ouvert de l'électricité, et que la méthode d'intervention mise en œuvre n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. En particulier, la Cour de justice juge que « *l'exigence de nécessité requiert d'identifier, en principe, la composante du prix (...) sur laquelle une intervention serait nécessaire afin d'atteindre l'objectif envisagé par l'intervention étatique* » et que le champ des bénéficiaires doit être lui aussi limité au strict nécessaire.

Enfin, au titre de la troisième condition, selon laquelle l'intervention étatique doit prévoir des obligations de service public clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantir un égal accès des entreprises de l'Union aux consommateurs, l'article 3 de la directive dispose notamment que les Etats membres « *s'abstiennent de toute discrimination pour ce qui est des droits et des obligations* » des entreprises d'électricité. La CJUE a déduit des dispositions identiques de la directive « gaz » que le système de désignation des entreprises

chargées d'obligations de service public ne pouvait exclure *a priori* aucune des entreprises opérant dans le secteur de la distribution du gaz. L'exigence est transposable à l'électricité.

La théorie finie, passons aux travaux pratiques. Pour éviter les allers-retours, nous examinerons un par un les objectifs invoqués devant vous par l'Etat (cohésion, prix stables et raisonnables, sécurité d'approvisionnement), en étudiant à chaque fois la satisfaction de ces différents critères.

*

En premier lieu, le ministre soutient que les tarifs réglementés de vente de l'électricité répondent à l'objectif d'intérêt économique général de cohésion sociale et territoriale.

Cohésion sociale, d'abord, en ce que ces tarifs bénéficient de droit, pour les « petits » sites de consommation de France métropolitaine continentale, et pour l'ensemble des sites des zones non interconnectées, à tous les consommateurs qui en font la demande, quels que soient leurs habitudes de consommation, leur situation financière, leur historique de paiement ou encore le canal (internet ou autre) par lequel ils souscrivent leur contrat, alors que certaines offres de marché sont plus basses pour ceux qui souscrivent leur contrat par internet, ou qui acceptent le prélèvement automatique, ou encore que certains fournisseurs demanderaient la constitution d'une garantie aux personnes ayant connu des incidents de paiement.

Cohésion territoriale, ensuite, en ce que les tarifs réglementés de vente sont, pour une même catégorie, identiques en tout point du territoire, quelles que soient la situation géographique et les conditions naturelles de la région où se situe le site de consommation, et en particulier dans les zones non interconnectées (Corse et outre-mer).

S'agissant de la cohésion sociale, il est exact que le mécanisme des tarifs réglementés garantit à tous les consommateurs visés aux articles L. 337-7 et L. 337-8 leur droit d'accès à l'électricité, et ce à un tarif qui, pour une même catégorie et une même option, ne différencie pas selon le profil des intéressés. Par ailleurs, si le défaut de paiement peut entraîner la résiliation du contrat d'un client aux TRV, le fournisseur historique est dans l'obligation de souscrire immédiatement un nouveau contrat à ces tarifs avec le client défaillant si celui-ci le demande. Le droit de bénéficier de ces tarifs n'est donc pas seulement tarifaire : c'est aussi un droit d'accéder à un bien de première nécessité, à travers l'obligation pour le fournisseur historique de conclure à ces tarifs un contrat de fourniture d'électricité avec le client qui le demande. Par suite, les tarifs réglementés de vente de l'électricité peuvent être regardés comme répondant à un objectif de cohésion sociale.

Encore faut-il notamment, pour qu'un tel objectif puisse justifier l'atteinte à la réalisation du marché concurrentiel de l'électricité qui en résulte, que la mesure soit limitée dans le temps au strict nécessaire.

Sur ce point, l'atteinte de l'objectif de cohésion sociale ne nous paraît pas imposer que la réglementation des prix soit permanente, non seulement sans aucune borne dans le temps, mais aussi sans aucune clause de réexamen périodique de sa nécessité au regard de l'évolution des besoins, des pratiques et des marchés.

Or d'une part – et ce que nous dirons ici vaudra tout autant au regard des autres objectifs à examiner –, les dispositions de l'article R. 337-21 du code de l'énergie, prévoyant que « *Les tarifs réglementés de vente d'électricité font l'objet d'un examen au moins une fois par an* », ne sauraient, dès lors qu'elles ne concernent en réalité que le niveau de ces tarifs, permettre de réputer que ceux-ci font l'objet d'un réexamen régulier de leur nécessité ni, par suite, d'échapper au constat de leur caractère permanent. En effet, la Cour de justice a précisé, dans son arrêt *ANODE*, en réponse au Gouvernement français qui faisait valoir que la fixation annuelle des tarifs du gaz valait révision périodique, que « *la fixation d'une durée maximale pour les tarifs adoptés ne saurait constituer une telle limitation, dans la mesure où ce mécanisme ne vise qu'une révision périodique du niveau de ces tarifs et ne concerne pas la nécessité et les modalités de l'intervention publique sur les prix en fonction de l'évolution du marché du gaz* ».

Quant au fait que le dispositif de l'ARENH, déjà évoqué, dont le prix est pris en compte par la méthodologie de détermination des tarifs en ce qu'il constitue l'une des composantes normales de coûts d'un fournisseur d'électricité, ne soit mis en place en vertu de l'article L. 336-8 du code de l'énergie qu'à titre transitoire jusqu'au 31 décembre 2025, et qu'il doive faire, depuis fin décembre 2015, l'objet d'une évaluation tous les cinq ans, il ne saurait davantage conduire à réfuter le caractère permanent des tarifs litigieux. En effet, l'évaluation ainsi prévue par la loi ne porte que sur le bien-fondé et les modalités du dispositif d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique. Si cette évaluation devra porter notamment sur son incidence sur le marché de gros, ou encore son « *impact sur le développement de la concurrence sur le marché de la fourniture d'électricité et la cohérence entre le prix des offres de détail et le prix régulé d'accès à l'électricité nucléaire historique* », il ne s'agit que d'examiner les incidences de l'ARENH sur les offres de marché des alternatifs et sur leur capacité et nécessité de s'approvisionner en électricité par le biais de l'ARENH. La loi n'a pas prévu d'évaluer l'incidence de ce mécanisme sur les tarifs réglementés de vente – ce qui aurait d'ailleurs peu de sens – et moins encore, de réviser la nécessité et les modalités de la réglementation de ces tarifs. La seule conséquence d'une fin de ce dispositif au 31 décembre 2025 sera la modification de la méthodologie de construction de ces tarifs par suppression de l'une des briques de coûts actuelles et l'expansion de celle d'approvisionnement sur le marché, mais aucune circonstance de droit ou de fait n'impliquera alors nécessairement un véritable réexamen du principe même de ces tarifs.

Ainsi, la réglementation dont les ministres ont fait application par l'acte attaqué nous paraît constituer un dispositif permanent, sans clause de rendez-vous, allant au-delà du nécessaire au regard de l'objectif de cohésion sociale.

Encore faudrait-il aussi, toujours au titre de la proportionnalité, que des mesures moins contraignantes ne soient pas susceptibles de garantir également l'atteinte de cet objectif.

Or tel ne nous paraît pas le cas.

D'une part, des mesures ciblées telles que la tarification sociale dite « produit de première nécessité », mentionnée à l'ancien article L. 337-3 du code de l'énergie, remplacée depuis le 1^{er} janvier 2018 par le « chèque énergie », applicable quels que soient le fournisseur et l'offre souscrite, permettent d'éviter que les difficultés financières fassent obstacle à l'approvisionnement nécessaire en électricité des plus vulnérables, et d'assurer que la facture énergétique ne grève pas excessivement le budget des ménages défavorisés.

D'autre part, le droit de tous d'accéder à l'électricité, entendu comme la garantie qu'aucun consommateur puisse se voir refuser par tous les fournisseurs la conclusion d'un contrat, peut être garanti par l'instauration d'un mécanisme de fournisseur de dernier recours, expressément autorisée par le paragraphe 3 de l'article 3 de la directive au titre du service universel et moins restrictive de concurrence que le dispositif général des tarifs réglementés actuels.

La lutte contre d'éventuelles discriminations tarifaires peut aussi passer par des mesures moins restrictives, la plupart déjà existantes. Certaines sont générales, telles que la prohibition du refus de vente sans motif légitime de l'article L. 122-1 du code de la consommation. D'autres sont propres à l'électricité, à l'instar de l'obligation pesant en vertu de l'article L. 332-5 du code de l'énergie sur l'ensemble des fournisseurs d'électricité de proposer des barèmes de prix identiques pour l'ensemble des clients souscrivant une puissance égale ou inférieure à 36 kilovoltampères raccordés au réseau électrique continental.

Enfin, le champ d'application personnel des TRV nous paraît aller au-delà du strict nécessaire pour atteindre l'objectif de cohésion sociale. En effet, en ce que ces tarifs bénéficient à tous les sites de consommation souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kVA, ils bénéficient non seulement aux clients domestiques, à des professions libérales, à des artisans et à des petites entreprises, mais aussi aux « petits » sites de consommation de grandes entreprises.

Par suite, les TRVE nous paraissent échouer au test de proportionnalité au regard de l'objectif de cohésion sociale, qui n'est donc pas de nature à justifier l'atteinte à la réalisation d'un marché concurrentiel qu'ils représentent.

Qu'en est-il de la cohésion territoriale ?

Il est certain que les TRVE répondent à un tel objectif, que l'avocat général P. Mengozzi définissait dans ses conclusions sur l'arrêt *ANODE* comme le fait de « *permettre un accès universel et égal (à l'énergie) sur l'ensemble du territoire d'un État membre* » et « *d'éviter une situation dans laquelle certaines régions d'un pays, par exemple en raison de leur situation géographique ou de leurs conditions naturelles, seraient privées de cet accès* ».

En métropole, tout d'abord, les tarifs réglementés sont effectivement identiques en tout point du territoire continental. Si cette indépendance à l'éloignement du site de consommation tient plus particulièrement à l'une des briques de coût de ces tarifs – celle correspondant aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, fixés selon le principe du timbre-poste, cette circonstance, sur laquelle nous reviendrons au stade de l'examen de la proportionnalité de la mesure, n'ôte rien au constat selon lequel les TRV sont effectivement identiques sur tout le territoire métropolitain et peuvent être regardés comme répondant à un objectif de cohésion territoriale dans cette mesure.

C'est surtout dans les zones non interconnectées au territoire métropolitain continental que la contribution des tarifs réglementés à la cohésion territoriale est la plus évidente.

En effet, conformément au principe de péréquation posé à l'article L. 121-5 du code de l'énergie, les consommateurs de ces zones se voient proposer, pour une même catégorie tarifaire, c'est-à-

dire pour une même tension de raccordement et une même puissance souscrite, des tarifs de base similaires à ceux de la métropole. Ainsi, l'article R. 337-18 de ce code prévoit que le tarif dit bleu est proposé aux consommateurs finals pour tout site situé en France métropolitaine, raccordé en basse tension et dont la puissance maximale souscrite est inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, ainsi que pour tout site situé en outre-mer lorsqu'il est raccordé en basse tension, et que le tarif dit vert est proposé aux consommateurs finals pour tout site raccordé en haute tension, situé dans une zone non interconnectée au réseau métropolitain continental, ou situé en métropole continentale et dont la puissance maximale souscrite est inférieure ou égale à 36 kilovoltampères. Si les options tarifaires proposées peuvent ensuite varier pour tenir compte de caractéristiques moyennes de consommation différentes selon les clients et des signaux de prix envoyés par les parcs de production de chaque territoire, la construction et le niveau du tarif de base sont identiques. Quant aux tarifs qui ne sont proposés qu'aux seuls consommateurs de ces zones, qu'il s'agisse de tarifs mis en extinction au niveau métropolitain pour des motifs de libéralisation du marché (tarif jaune), ou de tarifs conçus dès l'origine comme propres aux ZNI (tarif spécifique pouvant être proposé aux consommateurs finals de Guyane et de La Réunion dont la puissance souscrite est inférieure à 3 kilovoltampères pour des sites isolés raccordés en basse tension à un micro réseau non raccordé lui-même au réseau public de distribution principal), ils sont construits selon la même méthode et évoluent comme en métropole.

Les TRV ont pour objet et pour effet de neutraliser, pour les consommateurs finals, la forte majoration du prix de revient de l'électricité dans ces zones liée à leur situation géographique et à l'incidence des conditions naturelles sur les coûts de production et d'acheminement, en leur proposant un tarif calculé en tenant compte, d'une part, du coût d'approvisionnement métropolitain continental, par le parc nucléaire et le marché de gros auxquels ces territoires n'ont pas accès, au lieu du coût d'approvisionnement qu'ils subissent, et d'autre part, d'un coût d'utilisation des réseaux de transport et de distribution lui aussi péréqué¹. Les surcoûts d'EDF non couverts par les tarifs dans ces zones sont pris en compte au titre de la compensation des charges imputables aux missions de service public qui lui sont assignées, en application des articles L. 121-6 et suivants du code.

Si les tarifs réglementés de vente répondent à un objectif de cohésion territoriale, sont-ils pour autant proportionnés ?

Le caractère permanent de ce dispositif et l'absence de toute clause de rendez-vous sur la nécessité et les modalités de cette réglementation vont certainement au-delà du nécessaire – y compris pour les ZNI, dans lesquelles, si l'existence de surcoûts génériques est appelée à durer, la poursuite de l'objectif de cohésion territoriale n'interdit pas de se poser périodiquement la question des TRV. D'ailleurs, dans ces zones, le fort développement des énergies renouvelables

¹ Concrètement, pour les consommateurs finals des ZNI, les tarifs réglementés se traduisaient en 2010 par l'inclusion dans le tarif client d'un coût de l'énergie de l'ordre de 51,7 euros par mégawattheure, au lieu des 122 à 315 euros effectivement constatés dans ces régions. Plus récemment, dans une consultation publique du 17 février 2016 sur la méthodologie de construction des tarifs réglementés dans ces zones, la CRE indiquait que les coûts de fourniture dans les ZNI étaient de l'ordre de cinq fois plus importants que ceux de la métropole continentale, et les coûts d'acheminement, de l'ordre de une fois et demie plus importants. Les surcoûts de fourniture dans ces zones, c'est-à-dire la différence entre les coûts de production et de gestion de la clientèle dans les ZNI et les recettes associées à la part fourniture du TRV non couverts par les tarifs, étaient estimés pour 2015 à 1,77 milliards d'euros.

depuis 2008 a modifié le paysage de la production, et des projets d'ouvrages de stockage d'électricité sont en cours de montage : la situation n'y est donc pas figée pour l'éternité.

Sur le point de savoir ensuite si, quant à leur contenu et non à leur durée, des mesures moins attentatoires à la réalisation d'un marché concurrentiel permettraient également d'atteindre l'objectif de cohésion territoriale, il résulte de l'interprétation donnée par la CJUE que les seules composantes de prix de vente au détail sur lesquelles il est justifié d'agir au titre de cet objectif sont celles susceptibles de varier significativement selon le lieu du site de consommation.

Or l'harmonisation nationale du coût de l'acheminement de l'électricité est d'ores et déjà assuré par les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE), qui reposent sur le principe du « timbre-poste », impliquant une tarification de l'accès au réseau indépendante de la distance. L'utilisation de ces réseaux s'opère ainsi à des tarifs uniques pour tout le territoire (métropolitain comme ultramarin), quel que soit le fournisseur et quel que soit le contrat (tarifs réglementés ou offre de marché) de son client. Ces tarifs d'utilisation suffisent en eux-mêmes à garantir que le prix de revient de l'électricité pour un fournisseur ne dépend pas, pour sa partie acheminement, de la distance parcourue par l'électricité entre le site d'injection et le site de soutirage. Les offres de marché ne sauraient, dès lors, du point de vue du coût d'acheminement, varier selon la situation géographique du consommateur. Par suite, point n'est besoin de TRV au titre de ces coûts – que l'on soit sur le continent ou dans les zones non interconnectées.

Quant à la composante de prix correspondant au coût de l'approvisionnement répercuté par le fournisseur dans le prix de vente au détail de l'électricité, il convient de distinguer, au regard de la proportionnalité du dispositif, entre la métropole et les ZNI.

En ZNI, pour les motifs déjà avancés, la situation géographique du site de consommation a une incidence certaine sur le prix de revient de l'électricité fournie, compte tenu des coûts de production très élevés (production en général assumée par le fournisseur lui-même). Agir, au sein du prix facturé au consommateur final, sur la brique du coût d'approvisionnement des tarifs apparaît donc nécessaire à l'atteinte de l'objectif de cohésion territoriale poursuivi. Certes, il serait envisageable, pour atteindre le même objectif, de supprimer les TRV tout en gardant, au bénéfice des producteurs, la compensation au titre du service public des surcoûts de production génériques dans les ZNI, permettant ainsi d'abaisser le coût de revient de l'électricité produite pour ces producteurs et par suite, le coût de l'électricité fournie au consommateur final. Toutefois, outre que la compensation est a posteriori et qu'une telle mesure fait donc le pari de la vertu, nous notons que, dans son arrêt *ANODE* (point 59), la CJUE a elle-même envisagé, au titre de la cohésion territoriale, des mesures telles que « *l'imposition de prix applicable seulement à certaines catégories de clients se trouvant dans des zones reculées et identifiées selon des critères géographiques objectifs* », et le paragraphe 7 de l'article 3 de la directive dispose que les Etats membres « prennent des mesures pour protéger les clients finals dans les régions reculées ». Toutes les catégories de consommateurs étant affectées par la problématique des surcoûts géographiques, le champ d'application personnel des TRV dans ces zones peut sembler n'aller pas au-delà du nécessaire. Les requérants ne contestent d'ailleurs pas le principe de TRV dans les zones non interconnectées, dont ils admettent au contraire la nécessité.

Dans ces conditions, les tarifs réglementés dans ces zones – s'ils avaient été bornés dans le temps - nous auraient paru passer le test de nécessité. Et dès lors qu'EDF est, en pratique, le seul

opérateur présent, et que les requérants ne réclament pas de se voir imposer cette obligation, faire peser la mission de service public correspondante sur les seuls opérateurs historiques ne nous paraît pas contraire au principe de non-discrimination.

Toutefois, ces tarifs touchent aussi le continent. Or dans les zones interconnectées de métropole, il n'existe pas de nécessité d'agir, au titre de la cohésion territoriale, sur la brique de coût liée à l'approvisionnement, qui se fait au même coût sur tout le territoire concerné (c'est-à-dire au prix de l'ARENH ou au prix du marché de gros). Grâce à l'interconnexion des réseaux, et compte tenu de la fongibilité de l'électricité, tout site de production de métropole ou toute importation peut fournir tout site de consommation où qu'il se trouve : il n'existe pas de zone du continent où les consommateurs seraient fournis par un site de production déterminé, dont les coûts seraient supérieurs au reste du territoire métropolitain, et les éventuels problèmes de congestion sont des questions de coût d'acheminement, non de production. En outre, l'appel des capacités de production ne dépend pas en principe, à l'heure actuelle, de la situation géographique des sites de consommation, mais de l'ordre de préséance économique.

Par ailleurs, il ne ressort pas des pièces du dossier que d'autres composantes de coûts, notamment les coûts de commercialisation, seraient significativement affectées par la situation géographique au point que l'absence de péréquation générale par les TRV entraînerait un renchérissement de l'électricité pour certains consommateurs posant un problème financier d'accès à l'électricité.

Enfin et en tout état de cause, tous les fournisseurs sont, comme on l'a dit, tenus en vertu de l'article L. 332-5 du code d'élaborer, pour les clients souscrivant une puissance égale ou inférieure à 36 kilovoltampères, des offres de marché dont les barèmes de prix sont identiques pour l'ensemble des clients raccordés au réseau électrique continental.

Dès lors, compte tenu de l'existence tant du dispositif des TURPE que de l'article L. 332-5 du code, des mesures moins contraignantes que les tarifs réglementés existent déjà en métropole pour atteindre l'objectif de cohésion territoriale.²

Faute de passer avec succès le test de proportionnalité, ce n'est donc pas l'objectif de cohésion territoriale qui justifiera, ZNI mises à part, l'atteinte au marché qu'emporte la réglementation litigieuse.

*

Le ministre invoque, en deuxième lieu, un double objectif d'intérêt économique général tenant à la garantie d'un prix raisonnable et stable de l'électricité pour le consommateur final.

La garantie d'un prix raisonnable ne nous convainc pas.

² Soulignons que, si les fournisseurs alternatifs ne sont pas ou très peu présents dans les zones de desserte (qui ne représentent qu'une part très faible de la consommation nationale) des entreprises locales de distribution, cette situation n'apparaît pas due à une stratégie commerciale mais à des difficultés d'ordre technique, faute d'une harmonisation des systèmes d'information au sein des différents gestionnaires de réseau, et en tout état de cause la présence des seuls opérateurs historiques dans ces quelques zones n'implique pas que les prix de ces opérateurs soient nécessairement réglementés.

En effet, la méthodologie de construction de ces tarifs n'a pas pour objet ou pour effet de garantir que le niveau auquel ils sont fixés demeure raisonnable pour le consommateur et ne dépasse pas un certain plafond de soutenabilité. Le point de vue qu'elle adopte et les intérêts qu'elle a pour principal objet de prendre en compte sont ceux des fournisseurs : les alternatifs, en assurant la contestabilité de ces tarifs, et dans une moindre mesure les historiques, grâce à la clause de sauvegarde dégagée par votre jurisprudence, évitant la fixation d'un niveau artificiellement bas. Les tarifs réglementés sont d'ailleurs, en l'état actuel, supérieurs aux offres de marché.

Certes, en ce qu'elle prévoit « une rémunération normale de l'activité de fourniture », la méthodologie de fixation des tarifs s'oppose à ce que ceux-ci incluent, aux détriments du consommateur, une marge excessive et, par suite, déraisonnable. Par ailleurs, en ce qu'il retient au titre des coûts de commercialisation un niveau correspondant à ceux d'un fournisseur d'électricité au moins aussi efficace qu'EDF dans son activité de fourniture des clients ayant souscrit aux tarifs réglementés, l'article R. 337-19 du code permet d'éviter des abus sur le montant de cette composante de prix. Enfin, les TRV constituent en pratique une référence par rapport à laquelle les offres de marché se positionnent.

Toutefois, rien ne permet de plafonner ces tarifs en cas d'accroissement du prix de revient de l'électricité fournie : si le niveau des briques de coûts prévues à l'article L. 337-6 du code augmente, les tarifs augmenteront aussi pour couvrir ces coûts, sans « plafond » pour le consommateur. Un examen permet d'ailleurs de constater qu'en moyenne, sur la décennie passée, ces tarifs ont augmenté de plusieurs points chaque année.

Certes, à défaut d'être raisonnablement bas pour le client, le niveau des TRV est sans doute « raisonnable » ou équilibré du point de vue de la conciliation des intérêts du fournisseur historique avec ceux des consommateurs.

Toutefois, à la lumière de l'arrêt *Federutility* de la CJUE, le caractère raisonnable du niveau du prix qu'un Etat membre peut avoir pour objectif de garantir doit s'apprécier du point de vue du seul consommateur et de sa protection, et non du fournisseur ou de la collectivité dans son ensemble..

Nous notons d'ailleurs que cet objectif ne vous avait pas davantage convaincu s'agissant des tarifs réglementés de vente du gaz naturel, au motif que les dispositions de l'article L. 445-3 du code prévoyaient la couverture de l'ensemble des coûts supportés par les fournisseurs historiques, quel que soit leur niveau, et qu'elles s'appliquaient de manière permanente, et non pendant les seules périodes durant lesquelles ce prix serait excessif.

Mais s'ils ne nous paraissent pas répondre à un objectif de prix raisonnable, la contribution des tarifs réglementés à la stabilité du prix de vente de l'électricité pour le consommateur final nous paraît en revanche devoir être admise.

En effet, les prix spot ou au comptant de l'électricité sur les marchés de gros sont, en raison notamment de l'absence de stockage, de la nécessité d'un équilibre réel à tout instant entre offre et demande, des facteurs externes (par exemple météorologiques, tel qu'un pic de froid augmentant la consommation ou une absence de vent réduisant la production éolienne) pouvant influencer brutalement sur l'une ou l'autre, et des liens avec le prix des combustibles fossiles et du

marché du carbone, très volatiles. A titre d'illustration, selon l'observatoire des marchés de gros de l'électricité, au premier trimestre 2016, les prix des marchés spots (hors périodes de pointe) avoisinaient les 29 € / MWh, en réduction de 29 % par rapport au quatrième trimestre 2015, en raison d'une baisse des prix des combustibles fossiles et du quota de CO2, puis ont remonté fortement dans un contexte particulier de disponibilité nucléaire historiquement basse, liée à l'exigence par l'ASN d'opérations de maintenances et de contrôles, et atteint, au premier semestre 2017, 54 €/MWh en moyenne, avant de rechuter au second semestre 2017 à la suite de la normalisation de la situation du parc nucléaire, pour s'établir à près de 34 €/MWh. Si les prix à terme sont moins volatils, les prix sur le marché de gros spot influent sur le coût d'approvisionnement des fournisseurs qui y recourent et, par suite, sur le prix de revient de l'électricité qu'ils vendent au client final. Dès lors, la composante de coût correspondante dans la construction des offres de marché est susceptible – nous disons bien : susceptible – de varier significativement.

Or les tarifs réglementés, s'ils évoluent une fois par an, sont construits par empilement de briques de coûts dont certaines présentent une forte inertie et qui ne dépendent pas ou peu de la volatilité des marchés de gros.

Ainsi, la composante – qui représente 30% de la facture TTC du consommateur final - liée aux tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité, fixés par la CRE, n'est pas sujette à cette volatilité. La brique de coût correspondant au prix de l'AREHN, inchangé depuis 2012 à 42 € / MWh, est lui aussi un élément fort de stabilité. Or elle représente 27 % du tarif réglementé de vente hors taxes. Quant à la brique de coût du complément d'approvisionnement, elle est calculée, en vertu de l'article R. 337-19 du code et des précisions méthodologiques apportées par la CRE, en fonction des caractéristiques moyennes de consommation et des prix de marché à terme constatés sur les 24 derniers mois. De plus, l'importance relative, au sein de la part approvisionnement, entre l'ARENH et le complément d'approvisionnement sur le marché est fixée en fonction du profil de consommation des clients et ne varie pas selon le niveau des prix sur les marchés de gros. Enfin, les coûts de commercialisation évoluent lentement, et la rémunération « normale » de l'activité de fourniture est fixée par référence aux marges de fournisseurs européens comparables.

Par ailleurs, l'article R. 337-20-1 du code de l'énergie prévoit que la CRE « *veille à ne pas exposer la structure des tarifs (...) à des changements brusques ou à une instabilité susceptibles de nuire à la lisibilité des signaux tarifaires pour les consommateurs ou de conduire à des évolutions de factures d'amplitudes excessives au fil de périodes successives.* »

Dès lors, il doit être admis que, compte tenu de leurs caractéristiques, les tarifs réglementés de vente de l'électricité répondent à l'objectif de stabilité des prix de vente au détail pour les consommateurs finals.

Cette contribution à la stabilité des prix est également indirecte, en ce qu'une partie des offres de marché à prix fixes proposées aux consommateurs sont indexées sur l'évolution des TRV, qui constituent une référence rassurante pour les clients.

Toutefois, l'atteinte à la réalisation d'un marché concurrentiel qui résulte de cette réglementation ne nous paraît pas limitée au strict nécessaire pour atteindre l'objectif ainsi poursuivi.

D'abord, car en termes temporels, le caractère permanent de la réglementation litigieuse – que nous avons vu lorsque nous avons examiné l'objectif de cohésion – et l'absence de révision périodique obligatoire de sa nécessité et de ses modalités nous semblent disproportionnés.

En effet, pour que l'instabilité des prix justifie, au nom de l'intérêt économique général, une intervention étatique sur le prix de vente au détail de l'électricité, il ne suffit pas de constater que les prix de marché varient : il faut, nous semble-t-il, que cette instabilité soit telle qu'elle porte atteinte, compte tenu du niveau des pics de prix constatés, à l'accès de tous à ce produit de première nécessité non substituable, ou qu'elle nuise gravement à la compétitivité et la croissance de l'économie en empêchant toute prévisibilité pour les entreprises du coût de l'énergie utilisée, ou encore qu'elle empêche le bon fonctionnement du marché lui-même, en ne permettant pas aux consommateurs d'opérer un choix éclairé entre les différentes offres ni d'interpréter les signaux de prix. Dès lors, la logique même d'une intervention sur les prix pour un motif tiré de la protection du consommateur final contre leur instabilité implique d'évaluer périodiquement l'état du marché et son évolution prévisible, afin de constater si et dans quelle mesure il est toujours nécessaire de réglementer les prix pour contrer cette instabilité et protéger le consommateur.

Si le ministre soutient que les caractéristiques de l'offre et de la demande sur les marchés de gros de l'électricité ne sont pas appelées à évoluer significativement dans les prochaines années, et que la forte volatilité de ces marchés est, par suite, elle aussi appelée à perdurer, il convient de noter, d'une part, que cela ne justifie pas l'absence de toute clause de rendez-vous – fût-elle lointaine – pour réexaminer périodiquement la nécessité d'une intervention de l'Etat sur les prix, d'autre part, que les caractéristiques de l'offre et de la demande d'électricité ne sont pas immuables et évoluent avec les avancées technologiques mais aussi les politiques publiques ou encore les pratiques de consommation, et enfin – et surtout – que l'instabilité des prix contre laquelle il convient de prémunir le consommateur est celle des prix de fourniture au détail.

Or les conditions de répercussion de la volatilité des prix de gros sur celle des prix facturés aux consommateurs dans le cadre des offres de marché dépendent de nombreux facteurs et l'ampleur de cette répercussion n'est pas une donnée mathématique à la formule universelle: cette transitivité de la volatilité n'étant pas une fatalité, il y a donc lieu de l'examiner périodiquement. La permanence de la réglementation litigieuse est donc bien excessive.

A cet égard, si les ministres s'étaient effectivement préoccupés d'examiner l'évolution – dans le passé récent, comme dans un futur proche – des prix de détail pour les consommateurs finals ne bénéficiant pas des tarifs réglementés afin d'examiner la nécessité de la réglementation en litige, ils auraient constaté au 27 juillet 2017 que les offres de marché proposées aux consommateurs finals n'avaient pas présenté, au cours de la période immédiatement antérieure, un caractère excessivement instable, et que les prévisions n'accréditaient pas une perspective d'instabilité excessive pendant la période couverte par la décision attaquée. Au contraire, les offres de marché à prix fixe, de plus en plus souvent proposées sur une durée pluriannuelle – même si une telle durée reste encore minoritaire – se développent.

A ceux qui objecteraient que les offres de marché sont aujourd'hui peu volatiles car tenues par la corde de rappel des tarifs réglementés et qu'il serait impossible de prévoir ce qui se produirait en leur absence, il y a lieu de faire observer que la suppression au 31 décembre 2015 des tarifs

réglementés pour les gros consommateurs non domestiques ne s'est pas à ce stade traduite par une instabilité grave et soudaine de leur facture d'électricité qui pénaliserait la croissance française.

Indépendamment de ce problème de permanence, la réglementation en cause ne satisfait pas davantage aux exigences que la Cour de justice fait découler du principe de proportionnalité quant à la nécessité de cibler les seules composantes de prix frappées d'instabilité, à l'absence de mesures moins restrictives de concurrence permettant également d'atteindre l'objectif poursuivi, et à la mise en balance de l'atteinte portée à la concurrence par rapport au bénéfice qui en résulte eu égard à la raisonnable volatilité des marchés de détail actuels que nous venons d'évoquer.

En effet, l'importante composante « acheminement » des coûts d'un fournisseur, c'est-à-dire le TURPE, est la même pour une offre de marché ou pour une offre aux tarifs réglementés. La stabilité qu'elle apporte à ces tarifs est donc également présente dans la structure de coûts d'un fournisseur proposant des offres de marché. Les taxes sont également les mêmes qu'un consommateur soit en offre de marché ou aux TRV. Or ces charges de réseau et ces taxes constituent, à elles seules, près de 60% du montant de la facture moyenne d'un consommateur.

S'agissant ensuite de la protection contre la volatilité des marchés de gros liée, dans la construction des TRV, à la brique de l'ARENH et à sa stabilité, la volatilité contre laquelle il est nécessaire de protéger le consommateur est une volatilité à la hausse. Or cette brique de coûts vise à répliquer, dans les tarifs réglementés, une faculté dont disposent jusqu'en 2025 les fournisseurs alternatifs de s'approvisionner en électricité d'origine nucléaire à un prix régulé et stable depuis 2012. Par suite, de deux choses l'une : soit les prix de gros sont volatils mais restent inférieurs au coût de l'ARENH et les fournisseurs s'approvisionnent exclusivement ou presque auprès du marché, moins cher, de sorte que l'éventuelle volatilité des prix ne pénalise alors pas le consommateur ; soit les prix d'approvisionnement sur les marchés passent au-dessus du prix de l'ARENH, et les fournisseurs alternatifs ont alors intérêt à souscrire des volumes à ce titre, le prix stable de l'ARENH constituant alors un plafond de coût d'approvisionnement et une protection. L'ARENH n'a ainsi pas seulement un effet stabilisateur dans la construction des tarifs : il constitue aussi un élément de stabilité des prix de détail en offres de marché en cas de hausse des prix sur le marché de gros. Certes, le volume total auquel les fournisseurs peuvent ainsi accéder est plafonné à 100 TWh/ an, mais depuis la mise en place du dispositif il n'a jamais été saturé.

Par ailleurs, en cas de dérapage des prix de détail liée à une situation manifestement anormale ou de circonstances exceptionnelles et conduisant à des hausses de prix excessives, le Gouvernement dispose déjà de la faculté d'intervenir de manière temporaire et encadrée sur les prix, afin de protéger le consommateur. L'article L. 410-2 du code de commerce prévoit ainsi qu'il peut adopter, par décret en Conseil d'Etat dont la durée de validité ne peut excéder six mois, « *contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé.* » Un tel outil, activable de manière temporaire en cas de constat effectif d'une envolée anormale des prix qui compromettrait l'accès de tous à l'électricité, est moins attentatoire aux objectifs de la directive qu'une réglementation des prix permanente quel que soit l'état du marché.

Enfin, si l'envolée significative des prix n'était pas conjoncturelle, mais structurelle, et si l'utilisation de l'AREHN était saturée, cette hausse des prix finirait par affecter également, à la hausse, le niveau des tarifs réglementés de vente, en ce qu'elle emporterait alors une hausse de la part « complément d'approvisionnement » de ces tarifs. Ou elle emporterait un réexamen du volume consacré à l'AREHN, qui jouerait alors son rôle stabilisateur des offres de marché déjà évoqué, relativisant l'apport comparatif des tarifs réglementés de vente à la stabilité des prix.

Au demeurant, si l'Etat entendait un jour, dans des circonstances particulières – qui ne sont pas celles des marchés aujourd'hui – d'instabilité excessive mais durable des prix de détail pénalisant les consommateurs, intervenir sur ces prix, une telle réglementation pourrait se satisfaire d'un simple plafonnement applicable aux seuls consommateurs en offre variable - à l'instar du plafonnement institué au profit d'une large partie des foyers en contrat à prix variables au Royaume-Uni – plutôt que d'une offre tarifaire générale. Et même dans cette dernière hypothèse, elle n'impliquerait en tout état de cause d'agir que sur la seule composante de prix correspondant à l'approvisionnement sur le marché de gros, et non sur toutes les composantes de prix comme le système actuel des TRV. Le présent dispositif va donc trop loin.

Quant à EDF, l'avantage pour le consommateur final tenant à la stabilité des coûts de son électricité d'origine nucléaire ne dépend pas du caractère réglementé des tarifs : que cet opérateur alimente ses clients selon une offre de marché ou aux TRV, ses coûts seront les mêmes. Or les clients ne sont pas captifs d'un fournisseur : les petits consommateurs ont, en vertu des dispositions combinées du code de l'énergie et des articles L. 224-14 et L. 224-15 du code de la consommation, la liberté de changer de fournisseur et de résilier leur contrat, sans frais ou pénalité de résiliation, et les clients peuvent donc toujours quitter l'offre de marché d'un alternatif pour rejoindre l'offre de marché de l'opérateur historique. A cet égard, la capacité du parc nucléaire français – dont les coûts n'ont pas la volatilité du marché de gros – à assurer plus de 72% de la production d'électricité française (exprimée en GWh), laquelle dépassait en 2016 la consommation intérieure totale, est un facteur de stabilité indépendant de l'existence d'une réglementation des prix de fourniture.

Dans ces conditions, l'apport à la stabilité des prix pour le consommateur final offert par les TRV ne nous paraît pas strictement proportionné à l'atteinte permanente et générale que cette réglementation porte à la réalisation du marché concurrentiel de l'électricité. Et quand bien même vous surmonteriez les obstacles que nous n'avons pu franchir, nous ne voyons guère comment échapper au constat du caractère discriminatoire de ce dispositif, qui draine vers l'opérateur historique des millions de consommateurs rassurés par l'estampille « tarifs d'Etat » qu'il offre, laquelle nous paraît constituer moins une obligation pénalisante qu'un avantage concurrentiel.

*

En dernier lieu, le ministre soutient que les tarifs réglementés de vente contribuent à la réalisation de l'objectif de sécurité d'approvisionnement en électricité de la France grâce au concours essentiel qu'ils apporteraient au financement du parc de production nucléaire d'EDF, lui-même décisif pour la sécurité et l'indépendance électriques françaises.

Le raisonnement est le suivant. Le parc nucléaire assure plus de 72% de la production française d'électricité et représente 48% de la puissance maximale installée. Il permet à la France d'être exportatrice nette d'électricité, indépendante énergétiquement. Par ailleurs, il ne dépend pas

d'aléas climatiques. En dépit de la politique de diversification des sources d'énergie, cette prédominance et ce rôle dans la souveraineté électrique française perdureront dans les décennies à venir. Or l'exploitation du parc nucléaire sur l'ensemble du cycle de vie des centrales a un coût, qui inclut non seulement la rémunération des capitaux investis, mais aussi l'entretien des installations, le coût de la prolongation de leur durée d'exploitation et un coût annoncé de démantèlement et de gestion des déchets. Ce coût repose exclusivement sur EDF, suppose une visibilité de long terme et doit être couvert par cet opérateur, quel que soit l'état des marchés de l'électricité, notamment le prix de l'électricité à court terme sur les marchés de gros.

En ce qu'ils sont construits selon une logique d'empilement de briques de coûts incluant une composante correspondant à l'ARENH, dont le prix est représentatif des conditions économiques de production de l'électricité des centrales nucléaires historiques, et en ce qu'ils ne peuvent en tout état de cause être fixés à un niveau artificiellement bas qui imposerait à EDF de vendre à perte (cf. CE, 18 mai 2016, *Société Direct Energie*, n° 386810, T. p. 786), les tarifs réglementés garantiraient à EDF de couvrir une partie des coûts liés à l'exploitation de ce parc. Ils contribueraient ainsi à garantir à long terme la pérennité du parc nucléaire français, que des offres de fourniture moins chères basées sur les prix du marché seraient insuffisantes à assurer.

Par ailleurs, ces tarifs participeraient à la sécurité d'approvisionnement en ce qu'ils sont construits pour inciter les consommateurs à réduire leur consommation en période de pointe et ainsi, contribueraient à une meilleure maîtrise de la demande d'électricité.

Ces arguments ne parviennent pas à nous convaincre – même s'ils pointent un préoccupant dysfonctionnement du modèle actuel.

Loin de nous, en effet, l'idée de nier la contribution essentielle de la production d'électricité d'origine nucléaire à la sécurité d'approvisionnement de la France, qui constitue l'un des objets du service public de l'électricité défini aux articles L. 121-1 et suivants du code de l'énergie.

Vous avez notamment, dans votre avis *Beligaud* du 29 avril 2010 (n° 323179, p. 126, concl. M. Guyomar), jugé que les ouvrages de production d'électricité d'EDF d'une puissance supérieure à 40 mégawatts, auxquels sont assignées des contraintes particulières pour assurer l'équilibre, la sécurité et la fiabilité de l'ensemble du système d'approvisionnement électrique, doivent être regardés comme directement affectés au service public. Dans votre décision du 12 avril 2013 *Fédération FO Energie et mines* (n° 329570, p. 94), vous avez jugé qu'au regard de la contribution du parc nucléaire à la production électrique en France, indispensable à l'approvisionnement métropolitain, la société EDF, qui exploite la totalité de ce parc, est chargée, à ce titre, d'une mission d'intérêt général répondant à un besoin essentiel du pays.

Loin de nous également l'idée de minimiser la question de la couverture des coûts de prolongement de la durée de vie des centrales comme du provisionnement du coût de leur démantèlement, alors qu'un récent rapport d'information parlementaire³ a souligné le décalage entre les provisions dotées par EDF à ce titre (350 millions d'euros par tranche, partiellement

³ Rapport d'information AN n° 4428 du 1^{er} février 2017 pour la mission d'information relative à la faisabilité technique et financière du démantèlement des installations nucléaires de base, de M. J. Aubert et Mme B. Romagnan.

couvertes par des actifs dédiés) et celles dotées par les exploitants des autres pays européens (entre 900 millions et 1,3 milliards d'euros par réacteur à démanteler).

Loin de nous, surtout, un aveuglement sur les défaillances du modèle électrique européen actuel, élaboré sans tenir compte du bouleversement induit par le développement d'énergies renouvelables subventionnées et aboutissant à l'incapacité des marchés de gros à fournir des signaux de prix propres à inciter aux investissements de long terme.

En effet, l'ouverture et le fonctionnement du système électrique européen ont été conçus dans le cadre d'un paradigme économique de coûts marginaux où la production d'électricité était essentiellement thermique ou nucléaire. Le principe est le suivant : les capacités de production d'électricité sont mobilisées pour répondre en temps réel à la demande selon un ordre dit « ordre de préséance économique », déterminé selon les coûts marginaux de production à court terme, les unités ayant les coûts les plus bas étant appelées en premier. Le prix de marché est déterminé par le coût marginal de la dernière unité appelée, c'est-à-dire par celle dont les coûts marginaux de production sont les plus élevés. Cette tarification assure en principe aux centrales ayant des coûts marginaux plus bas de fonctionner en permanence et de bénéficier d'une rente dite inframarginale leur permettant de progressivement rentabiliser leurs investissements de base très coûteux, et aux centrales de pointe de couvrir leurs dépenses d'investissements grâce à la rente de rareté que constitue le prix élevé de l'électricité en période de pointe.

Le développement des énergies renouvelables depuis le début des années 2000 – conjugué à un contexte de moindre demande d'électricité en période de crise économique – a bouleversé ce mécanisme. Ces énergies, dont les investissements de départ ont été massivement subventionnés par les pouvoirs publics des Etats européens dans une perspective environnementale, présentent des caractéristiques très différentes des énergies conventionnelles : d'une part, l'éolien et le solaire ont des coûts fixes importants mais des coûts marginaux nuls, d'autre part, ces sources d'énergie sont intermittentes, enfin, les capacités de production sont situées dans des zones souvent éloignées des foyers de consommation et qui ne correspondent pas au maillage « classique » des réseaux de transport. La conséquence en est que, lorsqu'elles fonctionnent, ces installations créent des congestions, inondent le marché d'une électricité dont le coût marginal est nul, bénéficient d'un droit d'injection prioritaire et percutent l'ordre de préséance économique, mais que ces capacités n'étant qu'intermittentes et l'électricité n'étant en l'état actuel des sciences pas stockable, leur développement ne permet en tout état de cause pas de se passer des capacités de production conventionnelles. Celles-ci sont toujours nécessaires à la satisfaction de la demande et à la sécurité d'approvisionnement mais ne bénéficient plus de la même rente inframarginale car sont repoussées d'un cran dans l'ordre d'appel des capacités de production. Il arrive ainsi que les prix de l'électricité sur les marchés de gros soient négatifs (sans pour autant que le consommateur en ressente le bienfait sur sa facture, compte tenu de l'alourdissement de la fiscalité énergétique et du financement des obligations de service public). Dans le même temps, la baisse du prix du charbon dans le contexte d'exploitation du gaz de schiste nord-américain et les dysfonctionnements du marché du carbone rendent la construction et l'exploitation de centrales à charbon plus rentables que le maintien de l'exploitation de centrales au gaz conventionnelles, fermées ou mises sous cocon. Si le nucléaire n'est pas aussi touché que le gaz, dans la mesure où il reste, dans l'ordre de préséance économique, devant le charbon, sa rentabilité se trouve elle aussi affectée.

Dès lors, les prix constatés sur les marchés de gros – qui donnent le « la » des offres de marché de détail les plus basses – n’envoient pas des signaux en matière d’investissement cohérents avec les besoins de long terme du système électrique. Si cette situation devait perdurer, l’Europe courra le risque d’être confrontée un jour à un problème d’approvisionnement en électricité d’une quantité et d’une qualité suffisantes.

Toutefois, si les économistes ont alerté sur cette situation, à l’instar du rapport du commissariat général à la stratégie et à la prospective sur « La crise du système électrique européen », ils n’envisagent pas la réglementation du prix de détail de l’électricité comme une des solutions à ces difficultés, mais avancent d’autres pistes : la soumission aux règles du marché des énergies renouvelables devenues matures et la fin de leur subventionnement, l’élargissement de l’intégration du marché européen de l’électricité au très court terme et au long terme, la révision du rôle des coûts marginaux en tant que piliers de ce marché, le développement des mécanismes de capacité permettant de garantir la sécurité d’approvisionnement, ou encore le recours aux contrats à long terme.

En effet, les tarifs réglementés de vente de l’électricité ne nous paraissent pas pouvoir être regardés comme répondant, pour les motifs avancés par le ministre tenant à la composante liée à l’ARENH que ces tarifs comportent, à l’objectif de garantir la sécurité d’approvisionnement en électricité du territoire national.

D’une part, le rôle premier de la brique de coût correspondant au prix de l’ARENH dans la fixation de ces tarifs n’est pas de garantir à EDF la couverture à long terme des coûts de ses centrales et la vente au détail de son électricité à un prix suffisant au regard de ces coûts. La logique de la méthodologie d’empilement est d’abord de retenir une structure de prix comparable à celle des fournisseurs alternatifs dans l’élaboration de leurs offres de marché, afin d’éviter les ciseaux tarifaires et de garantir la contestabilité des tarifs réglementés par ces fournisseurs, et à ce titre, de tenir compte du coût pour ceux-ci d’un recours théorique à l’ARENH pour s’approvisionner en électricité et alimenter leurs clients. Ce n’est que parce que le prix de l’ARENH est lui-même fixé par référence aux conditions de coûts d’EDF, de manière à égaliser les avantages entre les fournisseurs d’électricité mais aussi à permettre que l’accès des fournisseurs alternatifs à cette électricité ne se fasse pas selon des modalités financières obérant la capacité d’EDF à faire face à ses engagements de long terme, que l’intégration aux tarifs réglementés d’une composante de prix « ARENH » aboutit, en pratique, à permettre la couverture d’une partie de ces coûts par ces tarifs.

D’autre part, outre que cette contribution des tarifs à la pérennité du parc nucléaire français apparaît très détournée et indirecte, elle n’est pas contraignante. Les consommateurs sont libres de choisir leur fournisseur, d’en changer et de souscrire des offres de marché. A tout moment les quelque 30 millions de sites fournis aux tarifs réglementés peuvent décider de les quitter. L’on ne saurait davantage soutenir que ces tarifs, par leur niveau et leur stabilité, donneraient à l’opérateur historique EDF des garanties de long terme propres à soutenir la politique d’investissement nécessaire à la sécurité d’approvisionnement, dès lors non seulement que les consommateurs ne sont pas tenus d’opter pour ces tarifs, mais aussi que la souscription d’un contrat de fourniture aux tarifs réglementés ne les engage pas sur une durée donnée. On est donc très loin du « lien direct » qu’exige, selon les conclusions de l’avocat général Mengozzi P.

Mengozzi sur l'arrêt *ANODE*, l'aptitude d'une intervention d'Etat sur les prix à atteindre l'objectif d'intérêt économique général allégué.

Rien ne permet donc de garantir une contribution minimale précise des TRV à la couverture des coûts du parc nucléaire ni le caractère de long terme d'une telle contribution. Rien, si ce n'est l'immobilisme naturel des clients aux TRV de l'opérateur historique, captifs de fait à défaut de l'être de droit. L'invocation de cet objectif revient donc, en réalité, à se prévaloir de ce que l'inertie des petits consommateurs bénéficiant des tarifs réglementés sur le marché de détail, liée à leur confiance en la puissance publique (qui fixe ces prix) et l'opérateur historique (qui les alimente), permet en pratique de remédier à certaines difficultés de couverture des coûts sur le secteur de la production et le marché de gros et de subventionner l'activité de production d'EDF. Mais une telle contribution de fait ne saurait permettre de regarder les TRVE comme justifiés par l'objectif de sécurité d'approvisionnement.

A cet égard, s'agissant des tarifs réglementés de vente du gaz naturel, vous avez écarté l'invocation d'un objectif similaire en relevant d'une part, que la circonstance que le principal fournisseur historique s'approvisionne de manière prépondérante par le biais de contrats à long terme, qui couvraient 88 % de la consommation totale de ses clients en France en 2013, constitue un simple état de fait, ne résultant pas d'une obligation mise à sa charge, et d'autre part, que les consommateurs sont libres d'opter pour une offre de marché, proposée le cas échéant par un fournisseur qui s'approvisionnerait de manière prépondérante à court terme, si bien qu'aucune disposition ni aucune obligation contractuelle ne garantit le volume de la demande de gaz fournie aux tarifs réglementés par le biais de contrats à long terme.

Ajoutons à ces considérations que, si les tarifs réglementés de vente d'électricité avaient eu pour objectif de garantir à EDF des recettes suffisantes pour couvrir les coûts du parc nucléaire et ainsi, assurer la sécurité de l'approvisionnement, l'on voit mal pourquoi la loi aurait prévu, comme c'est le cas, que ces tarifs doivent également être proposés par les entreprises locales de distribution, qui n'exploitent pas de telles centrales.

Si vous avez interprété, dans une décision du 18 mai 2016 *Société Direct Energie* (n° 386810, T. p. 786), les dispositions combinées des articles L. 337-5 et L. 337-6 du code de l'énergie comme s'opposant à ce que les tarifs réglementés soient fixés à un niveau artificiellement bas, inférieur aux coûts comptables complets de la fourniture de l'électricité à ces tarifs, incluant les frais financiers, et si la réserve d'interprétation tenant à l'interdiction d'imposer à EDF de vendre de l'électricité à perte nous paraît devoir, pour des motifs de protection de la liberté d'entreprendre des fournisseurs historiques, être conservée dans le cadre issu de la loi de transition énergétique il s'agit d'une clause de sauvegarde visant seulement à éviter une marge négative, sans garantir un niveau de rémunération des capitaux propres engagés, et qui n'a pas vocation à faire des TRV un dispositif de financement pérenne par EDF des coûts du parc nucléaire ou un outil de résolution du problème de couverture à long terme des coûts de ces centrales sur l'ensemble de leur cycle de vie.

Ces tarifs n'ont pas non plus vocation à masquer les difficultés rencontrées par le mécanisme de l'ARENH, dans un contexte de bas prix de marché de gros ayant conduit en 2016 les alternatifs à se fournir entièrement sur ce marché. Il faudra peut-être repenser ce dispositif, car il peut permettre aux fournisseurs alternatifs de se comporter en « passagers clandestins » du risque de

l'investissement nucléaire, au profit par exemple d'un développement du co-investissement, mais la réglementation des prix de vente de l'électricité aux clients finals n'est selon nous pas la solution.

Si les pouvoirs publics estiment que le parc nucléaire contribue au service public de l'électricité au titre de la sécurité d'approvisionnement, c'est l'ensemble des consommateurs d'électricité français qui bénéficie alors de cette contribution et il n'est pas de raison d'en faire reposer le financement sur les seuls petits consommateurs fournis aux tarifs réglementés.

En matière électrique, la sécurité d'approvisionnement est aujourd'hui juridiquement assurée par d'autres voies que les tarifs réglementés : par les capacités des installations de production d'électricité elles-mêmes, par les gestionnaires des réseaux publics de transport et de distribution qui doivent assurer le développement du réseau et l'équilibre général du système et acheminer l'électricité sur l'ensemble du territoire, et par l'institution du mécanisme de capacité qui fait obligation aux fournisseurs d'électricité de démontrer chaque année qu'ils sont en mesure de couvrir la consommation de leurs clients pendant les périodes de pointe.

Quant à l'invocation de la contribution des tarifs à la sécurité d'approvisionnement par une incitation à la maîtrise de la demande en période de forte consommation via une structure tarifaire intégrant des préoccupations d'horosaisonnalité, elle est beaucoup trop indirecte pour prospérer.

Dans ces conditions, l'objectif de sécurité d'approvisionnement ne nous paraît pas pouvoir être retenu, sans qu'il soit besoin de vous interroger par suite sur la proportionnalité de la mesure.

*

A l'issue de cette analyse, notre point d'arrivée est le suivant. Si une réglementation des prix dans les seules zones non interconnectées est justifiée, la décision attaquée nous paraît difficilement divisible sur ce point, et l'entrave à la réalisation du marché concurrentiel de l'électricité que constitue le dispositif général et national des tarifs réglementés de vente de l'électricité n'est pas proportionnée aux objectifs d'intérêt économique général poursuivis. Ce dispositif n'est, par suite, pas compatible avec les objectifs fixés par la directive 2009/72/CE et les requérants sont fondés à se prévaloir de cette incompatibilité et à soutenir que ces dispositions ne pouvaient, sans méconnaître les objectifs de la directive, servir de base légale à la décision attaquée.

Si vous nous suivez, vous annulerez cette décision.

En principe, une telle annulation devrait être immédiate et rétroactive.

S'agissant d'une annulation résultant d'une méconnaissance du droit de l'Union européenne, la faculté d'en moduler les effets dans le temps ne peut être utilisée qu'à titre exceptionnel et en présence d'une nécessité impérieuse, en vertu de la jurisprudence *Association France Nature Environnement* du 28 juillet 2016 (aff. C-379/15) de la CJUE. Tel est bien le cas ici.

D'une part, en effet, l'annulation de la décision attaquée aurait en principe pour conséquence de faire revivre rétroactivement les dispositions de la décision du 28 juillet 2016 relative aux tarifs

réglementés de vente de l'électricité applicables à compter du 1^{er} août 2016, laquelle était entachée de la même illégalité au regard des objectifs poursuivis par la directive.

D'autre part, une annulation rétroactive remettrait en cause la validité des contrats de fourniture conclus aux tarifs que cette décision avait fixés, mais aussi de ceux conclus en offre de marché dont le prix est déterminé par référence à ces tarifs. A cet égard, la situation n'est pas celle d'une annulation « classique » d'un arrêté tarifaire pour insuffisance de niveau, dont la conséquence devrait être l'adoption d'un nouvel arrêté et des rattrapages de facturation pour les consommateurs : l'exécution de votre décision d'annulation ne pourrait, compte tenu de ses motifs, se traduire par l'adoption d'aucun arrêté tarifaire, de sorte que l'ensemble de ces contrats se trouveraient privés de toute clause de prix et, plus fondamentalement, que l'inconventionnalité, révélée par votre décision, de la réglementation à leur fondement devrait en principe conduire à écarter son application. Dès lors que vous avez, s'agissant des tarifs du gaz, qui ne concernaient « que » neuf millions de consommateurs, estimé que les incertitudes graves qu'une annulation rétroactive du décret du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel ferait naître sur la situation contractuelle passée de ces consommateurs et la nécessité impérieuse de prévenir l'atteinte au principe de sécurité juridique qui en résulterait, justifiaient de regarder comme définitifs les effets produits par ce décret, la situation de l'électricité nous paraît relever d'un *a fortiori*, s'agissant d'une annulation qui priverait rétroactivement de clause de prix tous les contrats de fourniture aux tarifs réglementés conclus pour plus de trente millions de sites de consommation, sans compter tous ceux conclus en offre de marché à des prix indexés sur ces tarifs.

En revanche, il n'y a pas lieu de différer la prise d'effets de votre décision, qui pour l'avenir seront inexistantes, compte tenu de l'intervention de la décision du 31 janvier 2018 fixant de nouveaux tarifs réglementés à compter du 1^{er} février 2018, qui n'a pas été attaquée.

Au final, l'annulation que vous prononcerez sera donc, s'agissant de la décision du 27 juillet 2017, platonique, mais elle sera loin d'être sans douleur, puisqu'elle révélera l'incompatibilité de ces tarifs avec la directive du 13 juillet 2009 et impliquera que le législateur, à qui il appartient déjà de tirer les conséquences de votre décision du 19 juillet 2017 sur le gaz naturel, se saisisse de la question de l'électricité – notamment par l'instauration d'un fournisseur de dernier recours.

Terminons par quelques mots sur le projet de refonte de la directive du 13 juillet 2009 en cours de discussion.

Si le Conseil a, dans sa séance du 18 décembre 2017, substantiellement assoupli, s'agissant de la faculté des Etats membres d'intervenir sur les prix, le projet de la Commission, qui excluait toute action autre que temporaire et au bénéfice des seuls ménages les plus vulnérables, il n'y a pas inséré un blanc-seing pour les tarifs réglementés, qui remettrait en cause l'analyse qui vient d'être conduite, et la France apparaît aujourd'hui, avec ses tarifs réglementés généraux et permanents, une exception parmi ses principaux voisins européens.

Le projet ainsi modifié se borne en effet, à l'article 5, à codifier en matière d'électricité la jurisprudence *Federutility* et *ANODE* de la Cour de justice et les critères qu'elle a dégagés. Le projet pose ainsi le principe de prix de fourniture basés sur le marché et subordonne notamment la faculté pour les Etats membres de recourir, par dérogation, à des interventions publiques dans

la fixation des prix de fourniture à des conditions tirées de ce que ces interventions poursuivent un intérêt économique général, soient clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables, garantissent aux entreprises d'électricité de l'Union un égal accès aux consommateurs, n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'intérêt économique général poursuivi, et soient limitées dans le temps et proportionnées en ce qui concerne leurs bénéficiaires. Les considérants du projet de directive éclairent même cet article d'une lumière plus restrictive, en ce qu'ils exigent la caractérisation de « *circonstances bien définies* » telles qu'une « *forte limitation de la fourniture d'électricité, se traduisant par des prix de l'électricité nettement plus élevés que la normale, ou en cas de défaillance du marché lorsque les interventions des autorités de régulation et des autorités de concurrence se sont révélées inopérantes* » et que « *de telles situations auraient des répercussions disproportionnées sur les ménages* ». Nous y voyons pour notre part un écho à la situation britannique, où face à de fortes variations de prix et dans un contexte différent du paysage électrique français un plafonnement des prix a été introduit pour les contrats à prix variable souscrits par les ménages, mais non une validation de mesures de réglementation générales et permanentes telles que le dispositif français. L'analyse que vous mènerez sera donc encore valable demain, si le projet ainsi amendé par le Conseil est adopté par le Parlement européen.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'admission des interventions de la société EDF et de l'Uneleg ;
- à l'annulation de la décision du 27 juillet 2017 par laquelle le ministre de la transition écologique et solidaire et le ministre de l'économie et des finances ont fixé les tarifs réglementés de vente de l'électricité ;
- à ce que les effets produits par la décision du 27 juillet 2017 soient regardés comme définitifs, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées ;
- à ce que l'Etat verse à la société Engie et à l'ANODE 3 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- et au rejet des conclusions présentées par la société EDF au titre du même article.