

N°s 424573, 424576 – Société Engie

N°s 424586, 424589, 424590 – ANODE

N° 431902 - Associations « UFC – Que choisir » et « Consommation, logement et cadre de vie »

9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 9 octobre 2019

Lecture du 6 novembre 2019

## Conclusions

**Mme Emilie Bokdam, rapporteur public**

*« Une démonstration définitive a rejeté parmi les rêves l'antique ambition de la quadrature du cercle. Heureux les géomètres, qui résolvent de temps à autre telle nébuleuse de leur système; mais les poètes le sont moins; ils ne sont pas encore assurés de l'impossibilité de quarrer toute pensée dans une forme poétique ».* Prolongeant ou détournant Paul Valéry, nous pourrions dire que les ministres fixant les tarifs réglementés de vente de l'électricité, et toutes les personnes – régulateur et juge compris – ayant à faire au droit régissant ces tarifs sont tout aussi – sinon plus – malheureux. Car la loi leur interdit de renoncer tout à fait à atteindre la quadrature du cercle tarifaire et leur impose, au contraire, de s'en approcher autant que possible.

En matière de tarifs, ce n'est pas à la transcendance de Pi que se heurte le tarificateur, mais à la notion tout à la fois évanescence et exigeante de contestabilité. Le problème n'est pas, ici, de projeter l'aire du disque sur un carré de surface équivalente, mais de projeter les coûts des fournisseurs alternatifs sur la construction de la grille tarifaire de l'opérateur historique.

Les présentes requêtes illustreront, chacune à sa manière, les difficultés ou paradoxes de cet exercice. Si elles ont en commun d'être dirigées contre des décisions interministérielles fixant les tarifs réglementés de vente de l'électricité, elles émanent de personnes aux intérêts divergents. Vous êtes ainsi saisis, sous les cinq premiers numéros, portant sur les tarifs applicables à compter du 1<sup>er</sup> août 2018, par des concurrents d'EDF (la société Engie, d'une part, et l'ANODE, association regroupant des fournisseurs d'électricité « alternatifs » à l'opérateur historique, d'autre part) qui contestent le niveau selon eux trop faible de ces tarifs au regard des coûts des fournisseurs alternatifs, et sous le sixième numéro, relatif aux tarifs applicables à compter du 1<sup>er</sup> juin 2019, par des associations de consommateurs regardant les tarifs comme trop élevés au regard des véritables coûts d'EDF.

Jusqu'à la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (dite loi « NOME »), les tarifs réglementés de vente de l'électricité étaient fixés en fonction des seuls coûts des opérateurs historiques. L'article 4 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité prévoyait ainsi en son II que ces tarifs *« sont définis en fonction de catégories fondées sur les caractéristiques intrinsèques des fournitures, en fonction des coûts liés à ces fournitures. (...) »*

*Matérialisant le principe de gestion du service public aux meilleures conditions de coûts et de prix mentionné à l'article 1er, les tarifs réglementés de vente d'électricité couvrent l'ensemble des coûts supportés à ce titre par Electricité de France et par les distributeurs non nationalisés ».*

A la fin des années 2000, la fixation des tarifs réglementés de vente de l'électricité au niveau des coûts comptables complets d'EDF est toutefois apparue constituer un frein au développement d'une réelle concurrence sur le marché de détail de la fourniture d'électricité aux consommateurs finals, compte tenu du caractère intégré de cet opérateur sur la filière électrique et du niveau des prix sur le marché de gros. Sa position sur le marché amont de la production (en particulier le contrôle de la totalité des unités de production nucléaire, appelées en permanence, et de 77% des capacités hydrauliques) permet en effet à EDF de fournir ses clients avec l'électricité de base qu'il produit lui-même, et ainsi, de ne pas s'approvisionner sur le marché de gros européen, au niveau duquel le prix de vente s'aligne théoriquement, non sur les coûts de production du parc français, mais sur les coûts de la dernière unité de production appelée sur la plaque continentale européenne interconnectée, au coût marginal le plus élevé. La fixation des tarifs réglementés au niveau des coûts d'EDF permettait ainsi de faire bénéficier les usagers éligibles à ces tarifs de la compétitivité du parc nucléaire déjà amorti de cet opérateur, tandis que les concurrents d'EDF sur les marchés de la fourniture, en tant que « commercialisateurs purs » ne disposant pas de capacités de production propres, ne pouvaient se procurer l'électricité nécessaire à l'alimentation de leurs clients que sur les marchés de gros, par des enchères ou par des contrats de gré à gré conclus avec EDF en tant que « producteur », à un prix alors supérieur aux coûts comptables de production d'EDF.

Pour remédier à ces difficultés et faciliter le développement d'une réelle concurrence sur l'activité de la fourniture, le législateur a décidé en 2010 d'agir tant sur l'amont que sur l'aval, en jouant à la fois sur les facultés d'approvisionnement des fournisseurs alternatifs et sur les modalités de construction des tarifs réglementés d'EDF.

Ainsi, la loi NOME a instauré le mécanisme de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH), dans le but 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. Prévu aux articles L. 336-1 et suivants du code de l'énergie, ce dispositif ouvre à tous les opérateurs fournissant des consommateurs finals résidant sur le territoire métropolitain continental, un accès à l'électricité produite par le parc nucléaire historique d'EDF, consenti à des conditions économiques (en principe) équivalentes à celles résultant pour EDF de l'utilisation de ses centrales. Le prix de l'ARENH est resté, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, inchangé et s'élève à 42 €/ MWh, tandis que le volume maximal global d'électricité pouvant être ainsi cédé a été fixé, tous opérateurs confondus, à 100 térawattheures par an, soit environ 25% de la production annuelle du parc nucléaire historique – la loi énergie climat récemment adoptée portant ce plafond à 150 TWh à compter de 2020. La CRE détermine le volume cédé à chaque fournisseur en fonction de la consommation prévisionnelle de ses clients pendant les heures de faible consommation nationale. Les quantités d'électricité ainsi cédées au titre de l'ARENH sont livrées par périodes d'une durée d'un an, les demandes des fournisseurs s'effectuant à l'occasion de deux guichets (les 16 novembre et 16 mai), correspondant à des périodes de livraison commençant le 1<sup>er</sup> janvier et le 1<sup>er</sup> juillet. Il en résulte, d'une part, qu'à chaque instant T, deux périodes de livraison

d'ARENH se superposent, et d'autre part, que seule l'une de ces périodes de livraison correspond à l'année civile servant de référence pour le plafonnement de l'ARENH. Les quantités livrées servent à alimenter tant les grands que les petits consommateurs.

De 2011 à 2014, le prix de l'ARENH était inférieur au niveau des prix de gros et le dispositif donnait lieu à une livraison annuelle totale de l'ordre de 60 à 70 TWh. De fin 2014 à fin 2016, l'approvisionnement par l'AREHN est en revanche devenu moins intéressant qu'un approvisionnement sur les marchés de gros, compte tenu de la chute des prix sur ces derniers. Le désintérêt pour l'ARENH était tel qu'en 2016, aucune quantité n'a été livrée au titre de ce dispositif. Depuis 2017, la remontée des prix sur les marchés de gros a rendu l'AREHN, dont le prix est resté inchangé depuis 2012 en dépit des signaux d'alerte d'EDF sur le fait que ce prix devenu trop bas ne reflète plus les coûts économiques réels liés à son parc – à nouveau attractif pour les fournisseurs alternatifs. L'année 2019 a ainsi vu, pour la première fois, sous le double effet de l'accroissement des parts de marché des alternatifs et du nombre de ces fournisseurs, les demandes d'AREHN dépasser le plafond de 100 TWh. Il en est résulté un écrêtement (ou rationnement) des volumes d'AREHN attribués à ces fournisseurs au titre de cette année, par rapport à celui auquel la consommation prévisionnelle de leurs clients leur donnerait droit.

Le mécanisme de l'AREHN a été instauré pour une période en principe transitoire allant jusqu'au 31 décembre 2025, dans l'objectif d'inciter les fournisseurs alternatifs à se doter d'ici cette date de capacités de production de base.

Si le législateur avait eu en 2010 pleine confiance dans l'efficacité de l'AREHN et l'avait estimé suffisant pour lever, en donnant à tous les fournisseurs un accès à une électricité bon marché aux fins d'assurer la fourniture de leurs clients hors période de pointe, tous les obstacles au développement d'une offre concurrente compétitive face à EDF, il lui aurait suffi de s'arrêter là et il n'aurait pas été besoin, pour permettre l'émergence d'une concurrence, de mettre un terme à la fixation des tarifs réglementés au niveau des coûts d'EDF. Mais telle n'a visiblement pas été l'analyse du législateur.

La loi NOME a, en effet, prévu un basculement progressif, dans un délai s'achevant au plus tard fin 2015, de la méthodologie de fixation des tarifs réglementés de vente au niveau des coûts comptables complets d'EDF vers une construction par empilement de briques de coûts.

Depuis la fin de cette période, les tarifs réglementés sont ainsi établis, aux termes de l'article L. 337-6 du code de l'énergie, « *par addition du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément d'approvisionnement au prix de marché, de la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale de l'activité de fourniture* ». Les travaux préparatoires de la loi NOME, bien que fort peu développés sur ce point, révèlent que le législateur a ainsi entendu mettre un terme au phénomène de ciseau tarifaire qui résultait d'une tarification au niveau des coûts d'EDF, identifier précisément tous les éléments de la facture, et assurer que « *tous les fournisseurs alternatifs auront la possibilité effective de concurrencer les tarifs réglementés proposés par EDF* ».

L'article R. 337-19 du code est venu préciser cette méthode et le contenu de ces différentes briques.

Ainsi, s'agissant du coût d'approvisionnement en électricité, cet article prévoit que le coût de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique est *« déterminé en fonction du prix de l'ARENH appliqué au prorata de la quantité de produit théorique calculée en application de l'article R. 336-14, compte tenu, le cas échéant, de l'atteinte du volume global maximal d'électricité nucléaire historique »*, tandis que le coût du complément d'approvisionnement sur le marché est calculé *« en fonction des caractéristiques moyennes de consommation et des prix de marché à terme constatés »*.

Pour résumer en termes simples le fonctionnement de ces deux premières briques, le code de l'énergie prévoit la détermination, par sous-catégorie de clients, de la consommation prévisionnelle de cette sous-catégorie pendant certaines heures creuses de l'année, représentatives des heures de faible consommation nationale. Ces heures sont considérées – hors cas particulier de l'atteinte du plafond de 100 TWh – comme correspondant à une électricité de base alimentée par le mécanisme de l'ARENH, au prix de l'ARENH, et la proportion de la consommation correspondant à ces heures dans la consommation totale du profil sert à déterminer, en structure, la part de l'approvisionnement provenant de l'ARENH attribuée à ce profil. Le coût de la brique correspondante résulte ainsi du produit des volumes concernés par le prix de l'ARENH. Le surplus de la courbe de charge restant à approvisionner après ces volumes d'ARENH est, quant à lui, réputé approvisionné au prix du marché, tel que constaté sur les marchés à terme.

A ces deux briques « AREHN » et « coût du complément d'approvisionnement sur le marché », s'ajoute le coût d'acquisition des garanties de capacité (c'est-à-dire des garanties que le fournisseur dispose des capacités nécessaires à la couverture de la consommation électrique de ses clients en périodes de pointe).

L'article R. 337-19 précise encore, d'une part, que le coût d'acheminement de l'électricité est déterminé en fonction des TURPE, et d'autre part, que les coûts de commercialisation pris en compte pour le calcul des tarifs *« correspondent aux coûts de commercialisation d'un fournisseur d'électricité au moins aussi efficace qu'Electricité de France dans son activité de fourniture des clients ayant souscrit aux tarifs réglementés de vente de l'électricité »*. Le décret n'explicite pas, en revanche, la détermination de la *« rémunération normale de l'activité de fourniture »*, mais indique seulement qu'elle est affectée à la part proportionnelle du tarif.

Enfin, si l'article R. 337-19 prévoit que la détermination du niveau des tarifs s'opère, pour chaque catégorie tarifaire, par l'addition des coûts que nous venons d'énumérer, il dispose que cette fixation s'effectue *« sous réserve de la prise en compte des coûts de l'activité de fourniture de l'électricité aux tarifs réglementés d'EDF et des entreprises locales de distribution »*.

Vous jugez qu'il résulte de ces dispositions et de celles des articles L. 337-5 et L. 337-6 du code que les tarifs réglementés ne peuvent être fixés à un niveau artificiellement bas, inférieur aux coûts comptables complets de la fourniture de l'électricité à ces tarifs par EDF, incluant

les frais financiers, mais sans garantie d'un niveau de rémunération des capitaux propres engagés. La méthode des « briques de coûts » ne saurait donc imposer à EDF de vendre à perte.

Si les coûts de revient de la fourniture d'électricité par EDF constituent ainsi un plancher sous lequel les tarifs ne sauraient descendre, les briques servant à la détermination des tarifs ne nous paraissent donc pas renvoyer aux coûts d'EDF mais bien, afin de rendre possible la « contestabilité économique » effective de ces tarifs par d'éventuels concurrents, aux coûts qui pourraient être exposés par un opérateur alternatif théorique (et nous ajoutons : efficace) pour fournir la clientèle alimentée à ces tarifs.

A cet égard, si l'Autorité de la concurrence a, à de nombreuses reprises (notamment dans ses avis n° 14-A-14 du 26 septembre 2014, n° 15-A-18 du 14 décembre 2015 et n° 19-A-07 du 25 mars 2019), exprimé sa profonde divergence avec cette approche de la contestabilité transparaissant tant dans la pratique de la CRE que dans vos décisions, en faisant valoir qu'en droit de la concurrence, un tarif « contestable » est un tarif calculé par empilement de la totalité des coûts pertinents de l'opérateur dominant et qu'il serait contraire à la logique économique de fixer les tarifs réglementés par référence aux coûts d'opérateurs alternatifs moins efficaces qu'EDF, cette approche ne nous semble pas pouvoir résister à la lecture des textes.

Certes, l'Autorité relève que le coût de l'AREHN reflète en principe les coûts économiques de production de l'électricité nucléaire d'EDF et que le coût du complément d'approvisionnement sur le marché pourrait aussi être regardé comme une approximation des coûts de production du parc non nucléaire d'EDF, si l'on fait l'hypothèse qu'EDF a en permanence la possibilité d'arbitrer entre autoconsommation et vente de sa production sur les marchés de gros, en fonction des prix constatés sur les marchés à terme. Mais outre que la vérification de cette hypothèse n'est pas établie, la terminologie même de la loi comme du décret nous semblent laisser peu de place au doute quant à la structure et au niveau de coûts servant de référence. Cette terminologie renvoie, pour les briques relatives au coût d'approvisionnement, aux modalités d'achat d'un opérateur alternatif, par l'AREHN et par le marché, et la prise en compte des coûts d'EDF n'est évoquée par l'article R. 337-19 qu'à titre de « réserve » globale, et non de cible. Si la brique « coûts de commercialisation » renvoie bien aux coûts d'EDF, sa rédaction s'inscrit néanmoins, là aussi, dans la perspective de la détermination des coûts d'« un opérateur » alternatif fictif, qui serait « au moins aussi efficace qu'EDF ».

Bien sûr, ce choix méthodologique n'est pas toujours dans l'intérêt premier et immédiat des consommateurs fournis aux TRV et ne permet pas de leur garantir les prix les plus bas possibles – vous avez d'ailleurs, dans votre décision d'Assemblée du 18 mai 2018 *Société Engie et ANODE* (n° 413688, 414656, au Recueil), constaté que la législation sur les TRV ne pouvait être regardée comme visant à garantir au consommateur un prix raisonnable de la fourniture de l'électricité.

En ce que leur construction les rend partiellement sensibles à l'évolution des prix sur le marché, la méthodologie de l'empilement de coûts ne garantit pas davantage une totale stabilité des tarifs, mais seulement, comme l'a relevé cette même décision, une « relative

stabilité ». Cette stabilité, que votre décision a liée à la faculté méthodologique de « maîtriser chacune des composantes du prix », ne protège en particulier pas les consommateurs d'évolutions haussières qui seraient déconnectées de l'évolution des coûts de fourniture d'EDF.

Le dépassement du plafond de l'ARENH constitue l'une de ces hypothèses. Jusqu'en 2019, elle était d'école. Elle est aujourd'hui réalité.

Ainsi qu'on l'a dit, l'article R. 337-19 du code prévoit en effet que le coût de l'AREHN « *est déterminé en fonction du prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique appliqué au prorata de la quantité de produit théorique calculée en application de l'article R. 336-14, compte tenu, le cas échéant, de l'atteinte du volume global maximal d'électricité nucléaire historique fixé par l'article L. 336-2.* »

Si l'on peut débattre grammaticalement sur le point de savoir si le « compte tenu » s'applique à la quantité théorique d'ARENH, au prorata de cette quantité, ou à la détermination du coût de l'accès régulé lui-même, ce débat nous paraît quelque peu stérile car le résultat final nous semble être le même.

Lorsque le volume des demandes dépasse le plafond de l'ARENH, la CRE ne peut satisfaire la totalité des demandes d'ARENH des fournisseurs. Par suite, les volumes d'AREHN étant insuffisants pour alimenter la totalité de la consommation prévisionnelle en heures creuses des clients, la proportion d'AREHN dans l'approvisionnement de chaque profil de consommation sera nécessairement moindre que celle qui résulterait de la quantité théorique d'ARENH attribuée à ce profil. Dès lors, il est logique que la structure de coûts servant à la détermination du tarif soit calculée par application de l'AREHN au prorata du volume ainsi rationné.

Par ailleurs, la part de la courbe de charge qui aurait théoriquement dû être approvisionnée via l'ARENH mais se trouve atteinte par ce rationnement devra être alimentée par un surcroît d'approvisionnement sur les marchés de gros. Il en résulte une augmentation, en prorata, de la part correspondant à la brique « coût du complément d'approvisionnement sur le marché », sans qu'il soit nécessaire pour l'article R. 337-19 de le préciser, cette incidence résultant nécessairement de la réduction de la brique AREHN. Pour peu que l'achat des volumes nécessaires à cet approvisionnement s'opère « en urgence », à un moment où la formation des prix sur les marchés a intégré la saturation du plafond de l'ARENH, impliquant un déséquilibre supplémentaire entre l'offre et la demande au détriment de cette dernière, cet approvisionnement complémentaire s'opérera à un prix à terme nettement plus élevé que ceux constatés en moyenne, sur plus longue période, dans les mois ayant précédé l'atteinte de ce plafond. C'est, à côté de l'effet « structure », l'effet « prix » de l'atteinte du plafond de l'ARENH. Ne tenir aucun compte de ce renchérissement du coût du complément d'approvisionnement sur les marchés, en raisonnant comme si les volumes supplémentaires considérés avaient fait l'objet d'un approvisionnement progressif au long cours, reviendrait à ignorer la réalité des coûts nécessairement exposés par un opérateur alternatif en cas de dépassement de l'AREHN, à l'aune desquels il élabore ses offres tarifaires. Encore faut-il déterminer la période raisonnable pour la détermination de ce complément de prix : trop

longue, elle est susceptible de mettre à mal la contestabilité, trop courte, elle risque d'exagérer les incidences de la saturation de l'ARENH aux détriments du consommateur.

Enfin, si la contestabilité des tarifs réglementés, entendue comme la fixation de ceux-ci à un niveau préservant la faculté effective pour les opérateurs alternatifs de proposer des offres à un prix inférieur ou égal aux TRVE, constitue l'objectif sous-jacent à la méthode d'empilement des briques de coûts retenue par le législateur, elle n'est pas inscrite en tant que « principe » dans la loi et il serait illusoire de considérer qu'elle pourrait et devrait être assurée à tout moment, pour tout opérateur, et pour toute offre tarifaire de marché.

D'une part, comme le relève le ministre en défense, la méthode de fixation des TRVE repose sur des blocs de coûts pouvant chacun a minima être répliqué par un opérateur efficient, mais il ne faut pas confondre reproductibilité des TRV et garantie de couverture des coûts engagés par l'ensemble des types d'offres (à prix variables, à prix indexés sur les TRVE ou à prix fixes pour une durée d'un an, deux ans ou trois ans) proposées par les fournisseurs alternatifs, ni garantie des coûts correspondant à toutes les stratégies commerciales ou d'approvisionnement qu'ils sont susceptibles de retenir.

D'autre part, tandis que les coûts d'un opérateur alternatif varient en permanence, les TRV ne sont fixés que périodiquement. L'article R. 337-21 du code prévoit seulement qu'ils font l'objet d'un examen au moins une fois par an. Même en cas de révision infra-annuelle, ils ne peuvent être ajustés en permanence au niveau effectif des coûts d'un opérateur alternatif efficient.

Il ne saurait toutefois s'en déduire que tout décalage se produisant en cours de période tarifaire serait un produit fatal du système des TRVE, ne devant pas donner lieu à correction. Au contraire, il nous semble que, lorsqu'un décalage prolongé et significatif entre les évaluations et prévisions de coûts ayant servi à la détermination par la CRE d'une ou plusieurs briques entrant dans la construction des TRVE se produit au cours d'une période tarifaire en cours, dans des proportions telles que le niveau de ces tarifs ne permet plus de les regarder comme fixés de façon à couvrir globalement l'ensemble des coûts mentionnés à l'article L. 337-6 du code, une révision de ces tarifs doit être engagée au plus vite afin de rétablir une contestabilité minimale.

En revanche, la notion de « rattrapage » du passé, qui s'impose en cas de non couverture par les tarifs des coûts d'EDF effectivement constatés au cours de la période tarifaire écoulée (CE, 7 décembre 2016, *ANODE*, n° 393729), nous paraît de pertinence beaucoup plus douteuse en cas de niveau insuffisant des tarifs pour assurer leur contestabilité. En effet, alors qu'un rattrapage lié aux coûts comptables complets d'EDF permet de remédier aux effets de l'insuffisance tarifaire passée en comblant les « trous » que celle-ci a occasionnée dans ses comptes, au regard de ses recettes et de ses dépenses, un « rattrapage » du passé en cas d'écart significatif du niveau des tarifs perçus par EDF par rapport aux coûts d'un opérateur alternatif ne ferait selon nous pas sens. Le renchérissement de la facture en résultant, d'une part, ne permettrait pas de remédier aux effets passés de l'absence de contestabilité des tarifs pendant une période donnée, d'autre part, conduirait à fixer les tarifs à un niveau artificiellement supérieur à celui résultant des coûts encourus par un opérateur alternatif pour la période d'application du tarif, et enfin, augmenterait la marge d'EDF tout en faussant les signaux de

prix sur le marché de détail et en n'incitant aucun opérateur (ni historique, ni alternatif) à l'efficacité.

Au regard du cadre ainsi tracé et précisé, vous pourrez examiner d'abord les cinq requêtes dirigées par l'ANODE et la société Engie contre les décisions des ministres chargés de l'économie et de l'énergie du 27 juillet 2018 ayant fixé les tarifs réglementés de vente d'électricité applicables à compter du 1<sup>er</sup> août 2018 aux consommateurs résidentiels en France métropolitaine continentale, aux consommateurs non résidentiels en France métropolitaine continentale, ainsi que les tarifs jaunes et verts applicables aux consommateurs en France métropolitaine continentale.

La plupart des moyens soulèvent des critiques communes à ces différents tarifs, qu'il s'agisse des bleus « résidentiels », des bleus « non résidentiels », des jaunes et des verts.

Le moyen tiré de ce que la procédure serait irrégulière faute qu'il ait été établi que la CRE et le Conseil supérieur de l'énergie aient bénéficié d'un délai suffisant pour formuler leurs propositions et rendre leurs avis, qui n'est pas fondé, ne mérite pas qu'on s'y attarde. Le moyen tiré de ce que l'autorité aurait dû préalablement définir les conditions d'utilisation des fichiers clients de l'opérateur historique pour éviter toute utilisation abusive ne pourra également qu'être écarté, cette question étant distincte de la fixation des TRV et n'étant pas un préalable légal à leur fixation. Nous en venons donc directement au cœur des requêtes, relatif à la méthode suivie pour fixer les tarifs litigieux.

Nous rappellerons à cet égard que, s'il vous incombe de contrôler les actes du régulateur sectoriel et les décisions ministérielles de fixation des tarifs, et s'il vous appartient notamment de censurer, le cas échéant, saisis de moyens en ce sens, les méconnaissances de la loi et de la réglementation encadrant les tarifs qui résulteraient d'une inexacte interprétation et application de celles-ci, ou encore, toujours sur le terrain de l'erreur de droit, les éventuels vices de méthode et les erreurs de raisonnement qui entacheraient la méthodologie suivie, vous ne pouvez en revanche qu'exercer un contrôle restreint, limité l'erreur manifeste d'appréciation, lorsqu'est en cause la fixation du niveau d'un paramètre donné, la recherche d'un certain équilibre, ou encore lorsque la loi et le règlement laissent place à divers choix techniques. Si vous contrôlez juridictionnellement l'autorité de régulation, vous ne sauriez vous substituer à elle.

Il est soutenu que les tarifs fixés par les décisions attaquées ne peuvent être contestés par les fournisseurs alternatifs, en méconnaissance des articles L. 337-4 et L. 337-6 du code de l'énergie et des objectifs de la directive 2009/72/CE. La loi ne consacrant aucun principe de « contestabilité » en tant que tel, vous réinterpréterez ce moyen, contestant que les briques de coûts aient été évaluées à un niveau reflétant les coûts qui seraient exposés par un opérateur alternatif pour fournir les clients éligibles aux TRV, comme tiré d'une violation des dispositions de l'article L. 337-6 du code, interprétées à la lumière de l'objectif poursuivi par le législateur et de la directive, et comme tiré d'erreurs manifestes d'appréciation dans la fixation de divers paramètres techniques.

La première critique porte sur le calcul de la brique « coût du complément d'approvisionnement sur le marché ».



L'article R. 337-19 prévoit que ce coût est calculé en fonction des prix de marché à terme constatés. La CRE a retenu en l'espèce un prix lissé, calculé par référence aux prix sur les marchés à terme observés pour une livraison 2018 au cours des deux années précédant l'année d'entrée en vigueur des tarifs. Cette hypothèse de calcul reflète les coûts qu'exposerait, en vue d'alimenter un client d'un profil de consommation donné, un fournisseur adoptant une stratégie d'approvisionnement progressif au cours des vingt-quatre mois précédant la livraison de l'électricité. La CRE a ainsi reconduit pour la période tarifaire couverte par les décisions litigieuses la même durée de lissage que celle utilisée pour ses précédentes propositions et qu'elle avait retenue, à l'issue d'une consultation publique lancée le 16 février 2016, comme représentative de la moyenne des stratégies d'approvisionnement des fournisseurs pour leurs clients résidentiels et petits professionnels.

Pour critiquer cette période de 24 mois, à leurs yeux trop longue, la société Engie et l'ANODE font valoir qu'elle ne refléterait pas les coûts d'approvisionnement effectivement supportés par les fournisseurs alternatifs, en ce qu'elle ne correspondrait pas à leurs pratiques d'approvisionnement au fur et à mesure de l'acquisition de nouveaux clients, et que les fournisseurs, en particulier les nouveaux entrants, ne seraient pas en mesure d'anticiper 24 mois à l'avance l'évolution de leur clientèle.

Mais d'une part, comme le relève à juste titre le ministre de l'économie en défense, les blocs de coûts du tarif visent à être répliquables mais n'ont pas à s'adapter à l'ensemble des pratiques d'approvisionnement des fournisseurs, résultant de l'arbitrage risques/rentabilité de chacun. Quant aux difficultés propres aux nouveaux entrants, l'article L. 337-6 ne prévoit pas la prise en compte de leurs coûts d'entrée spécifiques.

D'autre part, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'une stratégie d'approvisionnement progressif sur une période longue ne serait pas répliquable par les fournisseurs alternatifs. Dans contexte marqué par une instabilité haussière des prix sur les marchés de gros, une telle progressivité peut au contraire, en permettant à un fournisseur de limiter son exposition à la volatilité des prix sur le marché de gros de l'électricité, paraître prudente et surtout, elle semble possible, compte tenu de la relative prévisibilité de l'évolution du portefeuille sur les segments de masse des clients résidentiels et des petits professionnels pour un fournisseur d'offres de marché. En défense, la CRE indique d'ailleurs qu'une telle stratégie aurait été effectivement mise en œuvre par certains opérateurs présents sur le marché en 2018.

Enfin, les tarifs intègrent, au sein de la composante correspondant à la rémunération normale de l'activité de fourniture, la couverture du risque de devoir supporter des coûts supplémentaires d'approvisionnement du fait d'erreurs de prévision de l'évolution du portefeuille.

Par suite, la méthode suivie ne nous paraît ni entachée d'erreur de droit, ni d'erreur manifeste d'appréciation en ce qu'elle calcule le complément d'approvisionnement sur le marché par référence à une stratégie d'approvisionnement progressif sur 24 mois.

La deuxième critique porte sur le coût d'approvisionnement en garanties de capacité, que la CRE a fixé sans prendre en compte la hausse des prix de ces garanties déjà révélés au moment

de sa délibération par les enchères concernant des années de livraison postérieures à 2018. Cette omission ne permettrait pas de regarder les coûts d'acquisition des garanties de capacité ainsi retenus comme représentatifs des coûts d'un opérateur alternatif et comme assurant, par suite, la contestabilité des tarifs, dès lors que les fournisseurs proposant à leurs clients des offres fixes dépassant la période de livraison en cours devront couvrir dans leurs offres le coût des garanties portant sur les années 2019 et suivantes.

La CRE a calculé le coût d'acquisition des garanties de capacité en se fondant sur la moyenne des prix révélés lors des deux enchères du 9 novembre 2017 et du 14 décembre 2017, au cours desquelles se sont échangées des garanties de capacités à livrer au cours de l'année 2018. Elle n'a en revanche pas tenu compte des prix très supérieurs révélés lors d'enchères tenues en 2018, avant l'adoption des tarifs litigieux, mais pour des garanties de capacité à livrer en 2019.

Or d'une part, l'objectif de contestabilité des tarifs n'implique pas qu'ils puissent être effectivement concurrencés par tout type d'offre tarifaire, mais seulement qu'ils puissent l'être par certaines. Or, si les fournisseurs commercialisant des offres de marché à prix fixe doivent, lors de la conclusion d'un contrat, intégrer dans leurs prix de détail l'augmentation du coût de fourniture qu'ils anticipent du fait de l'augmentation du prix des garanties de capacité au cours de la période, parfois pluriannuelle, couverte par ces offres, sauf à devoir comprimer leurs marges, il n'en va pas de même des offres de marché à prix variable, pour lesquelles l'absence d'anticipation des coûts de capacité de l'année 2019 dans les grilles tarifaires de 2018 n'affecte donc pas la contestabilité, en 2018, des tarifs. Quant aux fournisseurs proposant des offres de marché à prix indexés sur les TRV, leurs marges se rétablissent dès que les hausses des coûts liés aux garanties de capacité ont été répliquées dans ces tarifs.

D'autre part, le niveau des briques de coûts doit seulement être fixé de manière à couvrir les coûts de fourniture de l'électricité à la date à laquelle les tarifs sont adoptés et pendant la période couverte par ces tarifs. Les décisions tarifaires en cause ne fixent que le point de départ de cette période (le 1<sup>er</sup> août 2018) et non la fin de celle-ci. Or à la date à laquelle ces tarifs ont été adoptés, et pour toute la période courant jusqu'à la fin de l'année 2018, le coût de l'approvisionnement en capacité retenu par la CRE correspondait au coût des garanties de capacité pour cette année.

Certes, dès juillet 2018, il était acquis compte tenu des prix déjà révélés par les enchères, que le coût d'approvisionnement en capacité correspondant à l'alimentation d'un client en électricité au cours de l'année 2019 serait supérieur à celui retenu pour 2018 et utilisé pour fixer les tarifs. Il eût été loisible à la CRE, notamment pour éviter d'éventuels à-coups du niveau des tarifs, d'intégrer cette hausse dès sa proposition tarifaire de juillet 2018, soit sous la forme d'une actualisation au 1<sup>er</sup> janvier 2019, soit sous la forme d'un calcul du coût d'approvisionnement en capacité sur la base d'une moyenne 2018-2019 anticipant un chevauchement de la période tarifaire engagée le 1<sup>er</sup> août 2018 avec l'année de livraison 2019. Mais ce chevauchement étant purement éventuel et n'ayant rien de certain, il ne saurait être fait grief à la CRE et aux ministres de n'avoir pas en juillet 2018 procédé ainsi.

En revanche, la contrepartie de cette réponse nous semble être l'affirmation d'un devoir pour les autorités compétentes, lorsqu'elles constatent que l'évolution significative d'une des briques de coûts qu'elle n'avait pas anticipée conduit à regarder le niveau des tarifs comme ne respectant plus la méthodologie fixée aux articles L. 337-6 et R. 337-19 du code, et le niveau global des TRV, comme n'assurant plus la contestabilité des tarifs, d'engager au plus vite une révision de ces tarifs de façon à résorber cet écart.

Les critiques suivantes portent sur la construction et l'évaluation de la brique « rémunération normale de l'activité de fourniture ».

D'abord, sur le principe, il est soutenu que la CRE a commis une erreur de droit en déterminant cette rémunération selon une méthode confondant les notions de coût et de marge, et en prenant en compte des risques dont l'objet n'est pas de rémunérer les capitaux engagés par l'investisseur pour l'activité de fourniture.

Mais ayant constaté que l'activité de fourniture nécessitait l'investissement de très peu de capitaux et l'exposition d'importantes charges, de sorte que l'utilisation du MEDAF conduirait à une rémunération quasi nulle et insuffisante, le régulateur a pu s'orienter en conséquence vers une méthode d'évaluation de la rémunération normale de cette activité de nature à couvrir les risques associés à l'activité de fourniture (et plus spécifiquement ceux qui ne sont pas déjà couverts par les charges incluses dans les coûts commerciaux). C'est ce que la CRE appelle la « marge à risque ».

Il est ensuite soutenu que, dans son évaluation du risque, pour un fournisseur, de devoir supporter des coûts d'approvisionnement supplémentaires du fait d'erreurs de prévision de l'évolution du portefeuille, la CRE a retenu un taux de volatilité de la clientèle trop faible, en particulier pour les nouveaux entrants devant partir « de zéro ».

La CRE a évalué le coût de couverture de ce risque en se fondant sur l'hypothèse d'une part, que les fournisseurs faisaient des prévisions constantes sur l'évolution de leur portefeuille et ajustaient leur politique d'approvisionnement au fur et à mesure de leurs « re-prévisions », d'autre part, que l'évolution réelle du portefeuille évoluait autour de sa moyenne avec un écart-type de 3% par an par rapport aux prévisions réalisées par les fournisseurs, et enfin, sur la base d'une volatilité des prix de marché à terme de 20% par an. La CRE a sans erreur de droit pris comme référence la situation des fournisseurs déjà présents sur le marché, à l'exclusion des difficultés propres aux nouveaux entrants. Par ailleurs, il ne ressort pas des pièces du dossier que la CRE aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant, au vu des données à sa disposition, un écart-type de 3%. Dans ces conditions, le moyen sera écarté.

Il est encore soutenu, s'agissant cette fois de l'évaluation du risque lié à l'approvisionnement en capacité, que la méthode suivie par la CRE serait entachée d'erreur manifeste et/ou d'erreur de droit en ce qu'elle ne tient compte que des incidences d'erreurs de prévision de la consommation du portefeuille clients de l'opérateur, et non des erreurs de prévision du prix de la capacité liées à la volatilité de ce prix. Mais par ce risque, la CRE a cherché à tenir compte de l'incidence des erreurs de prévision de portefeuille commises par les opérateurs dans leur stratégie d'approvisionnement en capacité précédant la période de livraison, et à couvrir

l'écart entre le prix d'acquisition lissé sur les enchères précédant cette période et le coût résultant d'une adaptation au fil de l'eau de leurs acquisitions de capacité liés aux nouvelles prévisions de portefeuilles. Le moyen critique en réalité l'absence d'anticipation de la volatilité des prix en capacité pour les périodes ultérieures : il nous paraît rejoindre dès lors l'argumentation déjà examinée et écartée, et relève d'une question non de marge, mais d'évaluation des charges d'exploitation.

Quant à l'absence de prise en compte du risque d'atteinte, au cours de la période tarifaire, du plafond de l'ARENH et d'écèlement des volumes ARENH en résultant, elle n'entache pas davantage la méthode suivie d'erreur de droit.

D'abord, car si ce que la société Engie entend ainsi contester serait une inexacte évaluation des charges d'exploitation elles-mêmes, vous pourrez lui objecter, d'une part, qu'en cas de dépassement effectif de l'AREHN, les tarifs devront être nécessairement révisés si ce dépassement emporte une évolution significative des coûts, et qu'ainsi, ce surcoût sera intégré dans les tarifs une fois qu'il se produira effectivement et sera déterminable.

Ensuite, car seuls les fournisseurs commercialisant des offres de marché à prix fixe doivent intégrer lors de l'élaboration de leurs prix de détail l'augmentation du coût d'approvisionnement qu'ils anticipent du fait de l'atteinte du volume global maximal d'électricité nucléaire historique au cours de la période couverte par ces offres fixes. En terme de risque, le coût de couverture d'une éventualité d'écèlement des volumes AREHN n'a de sens que pour ces offres. A l'inverse, un fournisseur proposant une offre à prix variable ou indexé sur les TRV n'encourt pas de risque de voir sa marge comprimée en cas d'écèlement de l'AREHN, car le prix de ses offres s'ajustera à l'évolution de ses coûts d'approvisionnement. Dès lors, l'absence de prise en compte du coût du risque d'atteinte du plafond de l'AREHN, pour la fixation des tarifs applicables à la période antérieure à l'atteinte du plafond, ne fait pas obstacle à la faculté pour un opérateur concurrent d'EDF de proposer, au cours de cette période, des offres à des prix égaux ou inférieurs aux TRV. Il ne compromet donc pas l'objectif de contestabilité, qui n'implique pas répliquabilité par tous les types d'offres possibles.

Au final, il n'y a donc pas de vice de méthode. Et il ne ressort pas des pièces du dossier que le taux de marge de 3,5 % retenu par la CRE serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

Les critiques adressées à la brique « rémunération normale de l'activité de fourniture » ayant toutes été écartées, vous en arriverez à celle, plus principielle, adressée à la brique « coûts de commercialisation », dont l'article R. 337-19 du code prévoit qu'ils correspondent aux coûts de commercialisation d'un fournisseur d'électricité au moins aussi efficace qu'EDF dans son activité de fourniture des clients ayant souscrit aux TRV. La requérante soulève une exception d'illégalité et d'inconventionnalité de ces dispositions, qui méconnaîtraient selon elle les articles L. 337-4 et L. 337-6 du code de l'énergie et les objectifs de la directive 2009/72/CE en ce qu'elles ne se référeraient pas aux coûts d'un opérateur alternatif et ne respecteraient pas l'objectif de contestabilité des tarifs.

Toutefois, face à la diversité des stratégies et des coûts commerciaux des fournisseurs alternatifs rendant impossible l'identification d'une stratégie-type, mais aussi compte tenu de

ce que les tarifs n'ont pas vocation à faire supporter aux consommateurs des coûts qui proviendraient d'insuffisances d'efficacité des opérateurs alternatifs, le pouvoir réglementaire a pu, sans méconnaître la loi et la directive, retenir dans la construction des tarifs réglementés des coûts de commercialisation égaux à ceux d'EDF. Cette hypothèse d'un opérateur aussi efficace qu'EDF en termes de coûts de commercialisation ne poserait de difficulté au regard de la recherche d'une contestabilité des tarifs et d'une construction par référence aux coûts d'un opérateur alternatif que dans le cas où les coûts de commercialisation d'EDF seraient par construction nécessairement et structurellement inférieurs à ceux de tout opérateur alternatif quel qu'il soit et quelle que soit son efficacité. Or, il n'apparaît pas que tel serait le cas au regard des indications de la CRE faisant valoir, d'une part, que l'hétérogénéité des pratiques des fournisseurs alternatifs est telle qu'elle rend impossible l'identification d'un standard au sein de celles-ci, d'autre part, que certains de ces fournisseurs présentent des coûts très compétitifs ou ont opté pour une politique de gestion très peu coûteuse, et enfin que si EDF ne réalise pas de prospection active pour acquérir des nouveaux clients elle engage cependant des coûts de commercialisation, liés notamment à sa politique de gestion des appels. La seule affirmation selon laquelle EDF n'aurait pas besoin de démarcher de nouveaux clients ne suffit ainsi pas à établir que le niveau global des coûts commerciaux d'EDF ne serait pas reproductible.

L'ensemble des critiques adressées à la méthode et au niveau des tarifs ayant été écartés, le moyen tiré de ce que les décisions attaquées placeraient l'opérateur historique en situation automatique d'abus de position dominante sur le marché de détail, en raison de tarifs non contestables, subira mécaniquement le même sort.

La requête de l'ANODE comporte un dernier moyen, propre aux décisions par lesquelles les ministres ont fixé les tarifs bleus non résidentiels en France métropolitaine continentale, ainsi que les tarifs jaunes et verts. En réalité, le débat porte sur l'interprétation restrictive retenue par les ministres de votre décision d'Assemblée du 18 mai 2018.

L'Assemblée du contentieux a jugé qu'en ce qu'elles sont applicables à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, les dispositions du code de l'énergie instituant les TRV vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs d'intérêt économique général qu'elles poursuivent, qu'elles sont, par suite, incompatibles avec les objectifs de la directive 2009/72/CE et ne pouvaient, dès lors, servir de base légale à la décision du 27 juillet 2017 fixant le niveau de ces tarifs. Vous en avez déduit l'annulation de cette décision « *en ce qu'elle est applicable à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères* ».

Si la formulation dans le dispositif d'une annulation « en ce que.... [suivis d'un motif d'illégalité] » plutôt que d'une annulation « en tant que ... [suivis d'un périmètre clair d'annulation] » n'est pas d'un maniement aisé en exécution, tout comme d'ailleurs, l'annulation d'une décision dans la mesure où elle est applicable à certaines personnes lorsque la délimitation de son champ d'application ne résulte pas du texte annulé, mais d'autres dispositions instituant ce régime et fixant un périmètre illégal, les destinataires de votre décision ne se sont pas trompés sur un point : vous n'avez pas entendu annuler tous les tarifs,

mais seulement annuler la décision fixant les tarifs réglementés en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> août 2017 en tant que cette décision s'appliquait à certaines entreprises pour lesquelles le bénéfice de ces tarifs ne se justifie pas.

Mais de quelles entreprises s'agit-il ?

Bien que vous ayez, dans cette décision, énoncé que « *le critère de la puissance électrique souscrite par site comme critère d'éligibilité à ces tarifs n'apparaît pas pertinent pour les sites non résidentiels appartenant à des grandes entreprises* », nous ne croyons pas que vous ayez entendu viser par là les grandes entreprises au sens du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique (c'est-à-dire les seules entreprises qui, n'étant ni des microentreprises, ni des PME, ni des entreprises intermédiaires, emploient plus de 5000 personnes ou ont un chiffre d'affaires excédant 1,5 milliards d'euros ou un total de bilan dépassant 2 milliards d'euros) et que vous ayez limité à ces seules entreprises le constat du champ d'application disproportionné de la réglementation tarifaire au regard de l'objectif d'intérêt général de protection du consommateur.

D'une part, en effet, la mention de ce que le critère de la puissance électrique – critère d'éligibilité aux TRV des entreprises – n'est pas « *pertinent pour les sites non résidentiels appartenant à des grandes entreprises* » doit être replacée dans son contexte. Elle suit immédiatement l'affirmation selon laquelle « *la similarité des profils de consommation et des enjeux justifie seulement que les consommateurs domestiques et les professionnels ayant une faible consommation d'électricité, tels que les artisans, commerçants et professions libérales, soient traités de manière identique* ». En évoquant les sites résidentiels appartenant à des grandes entreprises, après avoir évoqué la similarité de conditions des particuliers et des artisans, commerçants et professions libérales, vous n'avez pas entendu viser la catégorie INSEE des grandes entreprises par distinction avec les autres catégories que sont les micro-entreprises, les PME et les ETI (entreprises de taille intermédiaire), mais avez simplement utilisé l'adjectif « grand » dans son sens commun par opposition à « petit ».

D'autre part, l'article 3 de la directive 2009/72, ne prévoit l'instauration d'un service universel que pour les clients résidentiels et les petites entreprises entendues comme celles employant moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 10 M €, et les considérants de cette directive n'envisagent l'imposition par les Etats membres d'obligations de service public et de prix raisonnables que pour les citoyens de l'Union « *et lorsque les Etats membres le jugent opportun* » pour les petites entreprises. Certes, ces dispositions ne font pas par elles-mêmes obstacle à l'application de prix de référence pour la fourniture d'électricité à des entreprises qui ne seraient pas des petites entreprises au sens des critères précités, mais la CJUE a en revanche dit pour droit, ainsi que vous l'avez rappelé en 2018, qu'une réglementation des prix n'est conforme aux objectifs fixés par la directive qu'à la condition notamment de ne porter atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif d'intérêt économique général qu'elle poursuit et que l'exigence de proportionnalité n'est en règle générale pas respectée si des tarifs réglementés bénéficient de manière identique aux particuliers et aux entreprises. Or au regard de l'objectif de poursuite d'une stabilité des prix de vente de l'électricité aux fins de protection des seuls petits consommateurs – rappelons en effet que pour les professionnels souscrivant une

puissance supérieure à 36 kVA, les tarifs réglementés ont été supprimés depuis quelques années et que ces entreprises pour lesquelles la consommation et le prix de l'électricité constituent pourtant un enjeu de coût important sont aujourd'hui, quelle que soit leur taille et leur chiffre d'affaires, toutes soumises aux éventuelles volatilités des offres de marché) – les grandes entreprises au sens de l'INSEE ne nous paraissent pas les seules entreprises à disposer d'une surface financière, d'un pouvoir de négociation, d'une capacité de réaction et d'analyse des offres ou encore d'une politique de maîtrise et de suivi de leurs coûts tels que la « protection » des TRV est à leur égard injustifiée. En particulier, si l'on peut hésiter sur le cas des entreprises moyennes (bien que nous aurions plutôt tendance à ne pas les assimiler aux consommateurs domestiques), il nous semble en revanche pas douteux que l'application des TRV à toutes les entreprises de taille intermédiaire (employant entre 250 et 5000 personnes, et réalisant un chiffre d'affaires compris entre 50 millions et 1,5 milliards d'euros) va au-delà du nécessaire : pour la généralité de ces entreprises aussi, le critère de la puissance souscrite n'apparaît pas pertinent.

Si les décisions attaquées aujourd'hui n'avaient rien dit de leur champ d'application, vous auriez réitéré l'annulation partielle retenue par votre décision d'Assemblée. Mais les ministres ont entendu prendre les devant.

Il résulte des articles 1<sup>er</sup> des décisions du 27 juillet 2018 relatives aux tarifs bleus « non résidentiels » et aux tarifs jaunes et verts, combinées aux annexes de la délibération de la CRE auxquelles ces décisions renvoient, que ces tarifs sont mis en extinction pour les sites résidentiels des grandes entreprises (ce qui implique uniquement l'absence de souscription de nouvelles offres) mais que « *les sites non résidentiels appartenant à des grandes entreprises qui sont fournis aux tarifs réglementés peuvent conserver leur tarif dès lors qu'ils ne modifient pas leur option ou leur puissance souscrite.* » L'article 2 de ces mêmes décisions précise qu'on entend par grande entreprise toute entreprise répondant aux critères d'une grande entreprise au sens du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, c'est-à-dire les seules entreprises qui, n'étant ni des microentreprises, ni des PME, ni des entreprises intermédiaires, emploient plus de 5000 personnes ou ont un chiffre d'affaires excédant 1,5 milliards d'euros ou un total de bilan excédant 2 milliards d'euros. Autrement dit, les décisions attaquées permettent à toutes les entreprises sous ces seuils de continuer, pour leurs sites souscrivant une faible puissance électrique, à bénéficier des tarifs réglementés sans limitation de durée, et permettent aux entreprises dépassant ces seuils de conserver et même de renouveler à option et puissance inchangées leurs contrats en cours, seule l'application de ces tarifs à de nouveaux contrats étant exclue.

L'ANODE soutient que les décisions du 27 juillet 2018 méconnaissent les objectifs de la directive en ce que, d'une part, elles maintiennent le bénéfice des tarifs réglementés pour les sites non résidentiels des grandes entreprises couverts par un contrat en cours ou renouvelés tacitement, et d'autre part, elles retiennent une définition trop étroite des grandes entreprises et sont ainsi applicables à des consommateurs pour lesquels le maintien des tarifs viole le droit de l'Union.

Compte tenu de ce qui précède, ce second point est fondé : les critères retenus par les ministres, calqués sur la définition de la catégorie des grandes entreprises au sens de la statistique économique, ne permettent pas de limiter l'atteinte concurrentielle que constitue l'application des TRV aux seules entreprises pour lesquelles une réglementation aussi protectrice que pour les particuliers serait justifiée et nécessaire.

La première critique de l'ANODE est elle aussi fondée. En effet, dans l'hypothèse où des dispositions législatives ou réglementaires se révèlent incompatibles avec des règles du droit de l'Union européenne, il appartient aux autorités administratives nationales – c'est-à-dire ici à la CRE et aux ministres – de ne pas faire application de ces dispositions tant qu'elles n'ont pas été modifiées. Or laisser inappliquées, dans la mesure où elles incluent dans leur champ des entreprises pour lesquelles l'atteinte portée aux objectifs de la directive est injustifiée et disproportionnée, les dispositions de l'article L. 337-7 du code en vertu desquelles les TRV « *bénéficient, à leur demande, aux consommateurs finals domestiques et non domestiques pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères* », n'implique pas de seulement refuser l'application de ces tarifs à la souscription de nouveaux contrats par ces entreprises et de laisser, en revanche, leur application aux contrats en cours se poursuivre indéfiniment et se renouveler tant que leur option et leur puissance ne sont pas modifiées, comme l'ont fait les ministres. En particulier, la situation ne nous paraît similaire à celle d'une mise en extinction douce et indéfinie d'un tarif supprimé pour l'avenir telle celle organisée par les dispositions de l'article R. 337-20, qui ne sauraient en tout état de cause être invoquées pour justifier de faire perdurer une méconnaissance du droit de l'Union.

Certes, il résulte de cette inapplicabilité « en tant que » de graves difficultés et surtout de grandes incertitudes pour les contrats en cours concernés. Les conséquences d'une annulation pour les contrats eux-mêmes ne sont guère claires : la solution d'inapplication de la décision tarifaire à ces consommateurs aboutit en principe à refuser à ces contrats toute nouvelle fixation de tarifs, mais en résulte-t-il qu'ils sont entièrement privés de prix – ce qui nous semble le cas, au motif que les décisions tarifaires étant tout aussi illégales au regard du droit de l'Union, leur application devrait elle aussi être écartée dans cette mesure – et deviennent ainsi inapplicables, ou en découle-t-il le maintien, aux seuls contrats en cours tant qu'ils n'ont pas été renouvelés, de l'application des anciens tarifs que la décision tarifaire nouvelle avait abrogés? Lorsque vous avez, par votre décision du 18 mai 2018, tiré les conséquences de l'illégalité de la réglementation des TRV en ce qu'elle avait un champ d'application excessif, vous avez annulé les décisions fixant le niveau des TRV en ce qu'elles étaient applicables à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, sans procéder, comme vous y aviez pourtant été invités, à une quelconque modulation des effets dans le temps et à une sanctuarisation des contrats en cours. Votre Assemblée a donc estimé que, compte tenu du champ limité de cette annulation, il n'y avait pas lieu de raisonner comme en matière de gaz, pour lequel vous aviez fondé l'application de la jurisprudence *AC!* sur la crainte des « *incertitudes graves qu'une annulation rétroactive ferait naître sur la situation contractuelle passée* » des consommateurs et sur « *la nécessité impérieuse de prévenir l'atteinte au principe de sécurité juridique qui en résulterait* ». Dès lors que l'annulation rétroactive des tarifs du 27 juillet 2017 n'a fait l'objet d'aucune modulation ni d'aucun aménagement, et alors qu'est en cause une méconnaissance du droit de l'Union ne pouvant donner que très exceptionnellement lieu à modulation, nous voyons mal comment les ministres pourraient efficacement invoquer



le principe de sécurité juridique pour justifier d'ouvrir, comme le font les décisions aujourd'hui en cause, un droit indéfini au maintien des TRV aux contrats de « grandes » entreprises en cours et continuer d'édicter des tarifs applicables à ces contrats. Or c'est précisément ce qui a été décidé dans les actes attaqués. Ajoutons que ces motifs nous paraissent aussi constituer un obstacle à ce que vous procédiez en 2019, alors que vous ne l'avez pas fait par le passé pour une illégalité et une annulation semblables et alors qu'aucune des parties ne le demande aujourd'hui, une modulation des effets dans le temps de l'annulation à prononcer.

Reste à déterminer le périmètre de cette annulation. Deux options s'ouvrent à vous. La première serait de prononcer une annulation dont la formulation reproduirait, *mutatis mutandis*, celle de votre décision d'Assemblée, avec ses ambiguïtés, et d'annuler ainsi les décisions litigieuses « en ce qu'elles s'appliquent, d'une part, à toutes les entreprises employant moins de 5 000 personnes, réalisant moins de 1,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires et présentant un total de bilan inférieur à 2 milliards d'euros, et d'autre part, aux entreprises dépassant ces seuils disposant d'un contrat en cours tant que la puissance et l'option de ce contrat n'est pas modifiée ». Cette formulation, qui peut se prévaloir d'un auguste précédent, présente un double attrait : ne pas fixer vous-mêmes les limites en dehors desquelles les tarifs ne sont plus justifiés – limites dans lesquelles entre en effet une appréciation – tout en garantissant qu'après votre annulation, le champ d'application des décisions attaquées, s'il est entouré d'un certain flou, se trouve en principe purgé de tout excès. Mais elle présente, de ce fait même, l'inconvénient d'une portée incertaine. L'autre option consisterait à annuler, dans les annexes, l'ensemble des mentions permettant le maintien du bénéfice des tarifs pour les sites non résidentiels des grandes entreprises ayant un contrat en cours tant que l'option et la puissance n'en sont pas modifiées, ainsi que l'article 2 des décisions attaquées définissant les grandes entreprises selon les critères du décret de 2008. Il s'agirait d'une annulation plus nette et propre. Dès lors que plus rien ne resterait dans les décisions attaquées pour limiter leur champ d'application, elle aurait certes pour effet paradoxal d'aboutir à une décision dont ce champ serait plus vaste après qu'avant et qui serait strictement identique à celui dont vous avez constaté en 2018 l'illégalité partielle. Mais le dispositif de votre décision devrait alors être lu à la lumière de ses motifs et de l'objet que les ministres avaient conféré aux décisions litigieuses (fixer les tarifs mais aussi en préciser le champ et tirer les conséquences de votre décision d'Assemblée) : il ne s'agirait donc pas d'une annulation sèche n'impliquant aucune mesure d'exécution. C'est cette option que nous privilégions.

Notons que pour l'avenir, la question est fort heureusement réglée. La loi énergie et climat a, dans le cadre de la nouvelle directive, adopté une solution très restrictive réservant le bénéfice des TRV aux seules micro-entreprises (moins de 10 employés et de 2 millions euros de chiffre d'affaires) et imposant la résiliation d'ici le 31 décembre 2020 des contrats en cours des autres entreprises.

La dernière requête vous est présentée par les associations « UFC-Que choisir » et « Consommation, logement et cadre de vie ». Elle est dirigée contre les décisions interministérielles du 28 mai 2019 fixant les tarifs réglementés de vente de l'électricité applicables à compter du 1<sup>er</sup> juin 2019 aux différents profils de consommateurs et les tarifs de cession de l'électricité aux entreprises locales de distribution, mais aussi contre les décisions

implicites par lesquelles les ministres ont implicitement approuvé les propositions de tarifs de la CRE.

Le référé-suspension dont le dépôt de cette requête en annulation s'était accompagnée ayant été rejeté pour défaut d'urgence, vous statuerez quant à vous urgemment.

En vertu de l'article L. 337-4 du code, la CRE transmet aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie ses propositions motivées de tarifs réglementés de vente d'électricité. La décision est réputée acquise en l'absence d'opposition de l'un des ministres dans un délai de trois mois suivant la réception de ces propositions.

Par une délibération du 7 février 2019, la CRE a proposé aux ministres de l'économie et de l'énergie une évolution du niveau moyen des tarifs de 7,7% HT (soit 5,9% TTC) pour les tarifs bleus professionnels et résidentiels en métropole comme dans les ZNI, de 6% HT pour les tarifs jaunes et bleus + et de 10,7% pour les tarifs verts, ces hausses étant dues en grande partie aux effets de la réplication, dans la structure et le niveau des TRV, du rationnement de l'ARENH et à la hausse des prix de l'électricité sur les marchés de gros.

Tirant les conséquences du dépassement, lors du guichet du 21 novembre 2018, du plafond de l'ARENH et de l'écrêtement des volumes répartis entre les fournisseurs au titre de 2019 par rapport au volume théorique auquel ils pouvaient en principe prétendre, la CRE a en effet répliqué les effets de cet écrêtement dans la structure et le niveau des coûts d'approvisionnements servant au calcul des TRV, en réduisant la part d'approvisionnement à l'ARENH à due proportion de l'écrêtement des volumes appliqué aux fournisseurs alternatifs. Elle a calculé le complément d'approvisionnement en énergie sur le marché rendu nécessaire, pour un alternatif, par cet écrêtement des volumes ARENH, en retenant un prix de 59,4 €/MWh, correspondant au prix moyen du produit calendaire base 2019 entre le 30 novembre (date à laquelle le niveau d'écrêtement a été communiqué aux fournisseurs) et le 21 décembre 2018.

La délibération indiquait que le mouvement tarifaire proposé avait vocation à s'appliquer aussi tôt que possible et le premier jour d'un mois calendaire, soit au plus tôt le 1<sup>er</sup> mars 2019 et au plus tard le 1<sup>er</sup> juin 2019.

Vous n'avez pas connaissance de la date exacte de réception de cette délibération par les ministres, mais il n'est pas contesté par ces derniers qu'elle est intervenue avant le 28 février 2019 et qu'ainsi, des décisions tarifaires étaient déjà réputées acquises au cours du mois de mai 2019, impliquant un mouvement tarifaire au 1<sup>er</sup> juin suivant lorsque, par plusieurs décisions expresses du 28 mai 2019, entrées en vigueur elles aussi le 1<sup>er</sup> juin 2019, les ministres chargés de l'économie et de l'énergie ont fixé les tarifs réglementés conformément à la délibération de la CRE du 7 février 2019. Ces décisions expresses nous paraissent devoir être regardées comme s'étant substituées aux décisions tacites réputées acquises antérieurement et n'ayant fait l'objet d'aucun commencement d'exécution. Il ne nous semble toutefois pas en résulter que le litige devrait être regardé comme partiellement privé d'objet dès l'origine, mais seulement que la requête doit être interprétée comme dirigée uniquement contre les décisions expresses de fixation des tarifs (rapp. CE, 28 mai 2010, *Société IDL*, n° 320950, aux Tables, jugeant que lorsqu'un requérant conteste, dans les délais de recours, une décision implicite de rejet et une décision expresse de rejet intervenue postérieurement à la

première mais antérieurement à la présentation du recours, ses conclusions doivent être regardées comme dirigées uniquement contre la seconde décision, qui s'est substituée à la première).

En revanche, si l'objet de protection des consommateurs nous semble de nature à conférer aux associations requérantes un intérêt suffisant pour agir contre les tarifs bleus résidentiels, leur intérêt pour attaquer les décisions fixant les tarifs applicables aux consommateurs professionnels et les tarifs de cession de l'électricité aux ELD nous semble – bien que les parties en défense ne le contestent pas – beaucoup plus douteux. Vous n'aurez toutefois pas besoin de vous prononcer sur cette question de recevabilité, dès lors que vous pourrez, si vous nous suivez, rejeter l'ensemble des conclusions de la requête sur le fond.

Vous écarterez d'abord le moyen tiré de ce que les décisions litigieuses auraient été adoptées à l'issue d'une procédure irrégulière, faute pour la CRE d'avoir transmis sous trois mois aux ministres, conformément aux exigences posées par l'article R. 337-39 en cas de dépassement du plafond de l'ARENH du code de l'énergie, un rapport d'analyse sur les causes et les enjeux de cette situation et des propositions d'évolution des méthodes de répartition des volumes de l'ARENH et de calcul du complément de prix. Ces dispositions sont en effet dépourvues de lien avec la procédure d'élaboration des tarifs réglementés.

Les requérantes soutiennent ensuite, s'inspirant visiblement des avis du 21 janvier 2019 et du 25 mars 2019 de l'Autorité de la concurrence ayant, sinon mis en doute, du moins émis des interrogations sur la légalité de la méthode retenue par la CRE, que le calcul des tarifs réglementés fixés par les décisions attaquées reposerait sur la prise en compte illégale d'un nouveau coût, non prévu par l'article L. 337-6 du code de l'énergie : le coût lié au complément d'approvisionnement occasionné par l'atteinte du plafond de l'ARENH. Elles ajoutent qu'à supposer que l'on trouve dans la mention, figurant à l'article R. 337-19, « compte tenu, le cas échéant, de l'atteinte du volume global maximal d'électricité nucléaire historique fixé par l'article L. 336-2 », le fondement de la méthode suivie par la CRE, elles entendraient alors exciper de l'illégalité de ces dispositions réglementaires qui auraient incompétamment ajouté à la loi.

Mais d'une part, la circonstance, mise en avant par la requête, que le surcoût lié au rationnement de l'ARENH ne soit pas effectivement supporté par EDF, est inopérante, eu égard à la logique de construction des tarifs présentée précédemment et au fait que l'article L. 337-6 du code fait des coûts complets d'EDF une réserve « plancher », et non une cible, celle-ci étant la construction d'une offre contestable par un tarif de marché.

D'autre part, pour les motifs exposés au début des présentes conclusions, la méthodologie suivie résulte de la loi et n'ajoute pas un coût non prévu par celles-ci aux coûts dont l'empilement détermine le niveau des tarifs, mais se borne à tenir compte, dans la répartition et le niveau des deux briques de coûts « ARENH » et « complément d'approvisionnement au prix de marché » prévues par la loi, des effets de l'atteinte du plafond des volumes demandés au titre de l'accès régulé. Par ailleurs, la loi ne s'oppose pas à ce que les coûts de ce complément d'approvisionnement soient calculés sur la base de plusieurs séquences d'approvisionnement à des prix moyens différents. Lors des débats sur la loi Energie et climat, un amendement présenté comme interprétatif a d'ailleurs été adopté aux fins de

compléter le premier alinéa de l'article L. 337-6 du code de l'énergie par les mots « *tenant compte, le cas échéant, de l'atteinte du plafond mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 336-2* ».

Par suite, tant le moyen tiré d'une méconnaissance par les décisions attaquées elles-mêmes de l'article L. 336-2 que l'exception d'illégalité de l'article R. 337-19 du code seront écartés. Notons que la très brève période de lissage d'un mois retenue pour calculer ce coût et son point de départ à la date du 30 novembre 2018 ne sont en revanche pas contestés.

Les requérantes soutiennent encore – s'inspirant toujours des avis de l'Autorité de la concurrence – que la méthodologie suivie par la CRE devrait s'analyser, en ce qu'elle réduit les droits AREHN attachés à un profil de clients, en une modification des profils théoriques de consommation des clients. Or cette modification serait illégale, dès lors qu'elle serait sans lien avec les caractéristiques intrinsèques des données de consommation de cette sous-catégorie.

Mais la requête confond les données de consommation déterminant un profil de consommation, et les modalités d'approvisionnement de la courbe de charge liée à ce profil par un fournisseur alternatif. Le moyen ne pourra qu'être écarté.

Le dernier moyen de la requête est tiré que ces décisions attaquées, augmentant de 7,7% HT les tarifs à compter du 1<sup>er</sup> juin 2019 et arrêtant ainsi la hausse annuelle la plus importante depuis la libéralisation du marché de la fourniture, affectant notamment 25 millions de sites résidentiels et 3 millions de sites professionnels, ont été prises en méconnaissance de l'objectif d'intérêt économique général de stabilité des prix reconnu par votre décision d'Assemblée du 18 mai 2018. Les requérants évaluent l'augmentation moyenne annuelle de la facture d'électricité des consommateurs en résultant à 85 euros, tandis que la CRE l'estime comprise, selon le profil et les options tarifaires des clients, entre 27,70 euros et 90,90 euros pour les consommateurs résidentiels.

Par votre décision du 18 mai 2018, vous avez jugé que l'entrave à la réalisation d'un marché de l'électricité concurrentiel que constitue la réglementation instituant les TRV peut être regardée comme poursuivant l'objectif d'intérêt économique général de stabilité des prix.

D'une part, cet objectif n'est donc pas une condition de légalité des tarifs qui serait inscrite dans la loi : il s'agit seulement d'un objectif d'intérêt général dont vous avez jugé qu'il pouvait être regardé comme poursuivi par la réglementation des TRV, pour en déduire ensuite que le maintien des TRV pouvait, compte tenu du caractère proportionné, transparent, contrôlable et non discriminatoire de cette mesure en l'état du marché à la date de votre décision, être regardé comme compatible avec le droit de l'Union. Or il n'est pas soutenu par la requête que l'évolution des conditions de marché et le niveau atteint par les tarifs fixés par les décisions du 28 mai 2019 seraient tels que l'objectif d'intérêt général de stabilité des prix ne pourrait plus être regardé comme poursuivi et atteint par la réglementation tarifaire, qu'il ne saurait dès lors plus justifier son maintien, et qu'elle serait ainsi devenue contraire à la directive.

D'autre part, stabilité n'est pas immuabilité. Vous avez seulement relevé, dans votre décision d'Assemblée, que la structure des tarifs permettait d'obtenir un prix de détail « plus stable que les prix de marchés » ou encore, toujours selon la terminologie de votre décision, de garantir une « relative stabilité ».

Dans ces conditions, le dernier moyen de la requête sera écarté.

Pour finir, nous relèverons que le dépassement du plafond de l'ARENH met à jour, à travers les joutes à peine feutrées de la CRE et de l'Autorité de la concurrence sur la notion de « contestabilité » des tarifs, le décalage entre deux approches de la concurrence.

Celle, d'une part, de l'Autorité de la concurrence, selon laquelle la protection de la concurrence n'a de sens qu'au bénéfice des consommateurs. Elle estime que, lorsque l'opérateur dominant est le plus efficace, il n'y a pas lieu de fixer les prix à un niveau plus élevé afin de permettre leur contestabilité effective par des concurrents moins efficaces. Fixer des tarifs réglementés trop élevés, déconnectés des coûts de production réels de l'opérateur dominant, reviendrait à susciter une concurrence artificielle et inefficace, alimentée « sous perfusion », à envoyer de mauvais signaux de prix, et à créer une rente pour l'opérateur historique, aux détriments des consommateurs.

Celle, d'autre part, de la CRE, davantage dans la ligne, nous semble-t-il, des exigences de libéralisation européenne, cherchant à permettre l'émergence d'une concurrence effective sur le marché de la fourniture, quitte à empêcher les prix encore « administrés » de l'opérateur historique de descendre sous un certain seuil. Si à court terme, cela revient à rechercher la concurrence pour la concurrence, c'est néanmoins dans l'espoir, sinon la conviction qu'à terme, cette concurrence sera bénéfique aux consommateurs.

Certes, la prise en compte des effets du rationnement des volumes d'ARENH sur le niveau des TRV, inévitable dans le paradigme de contestabilité des tarifs par un opérateur alternatif, non seulement ne permet pas aux clients de l'opérateur historique de bénéficier dans toute sa mesure de la compétitivité du parc nucléaire français, mais aboutit, comme le relève l'Autorité de la concurrence, à faire supporter par un outil de politique publique d'aval (les tarifs de la fourniture de détail) les limites d'un autre outil de politique publique (l'ARENH), conçu quant à lui pour remédier à des insuffisances de concurrence en amont au stade des capacités de production. Mais il nous semble que la loi NOME a organisé une telle superposition d'outils et permis une telle prise de relais, lorsqu'elle a non seulement institué l'ARENH mais prévu la modification de la méthodologie d'élaboration des tarifs.

En conclusion, la situation actuelle nous paraît surtout révéler en l'état les limites du bénéfice à attendre, du point de vue du consommateur et en termes de baisse des prix, d'une ouverture à la concurrence qui ne déploierait ses pleins effets que sur le marché de la fourniture, compte tenu du caractère très contraint des postes de coûts d'un fournisseur. Comme le démontrent les difficultés liées à l'ARENH tant pour EDF que pour les alternatifs, l'enjeu essentiel se situe sans doute au niveau de la production. Mais si ce marché est ouvert à la concurrence, les coûts d'entrée y sont autrement plus élevés que pour la fourniture, peut-être même difficilement assumables par le marché, et la perspective d'une sortie en sifflet de l'ARENH

d'ici 2025 apparaît peu probable alors que le législateur vient d'en relever le plafond légal. Mais ceci est un autre débat : celui des difficultés de libéraliser véritablement l'électricité.

Par ces motifs, nous concluons :

- Sous les n° 424573, 424576, 424586, 424589 et 424590 :
  - à l'annulation, au sein des décisions du 27 juillet 2018 fixant les tarifs réglementés de vente de l'électricité applicables aux consommateurs non résidentiels en France métropolitaine continentale et fixant les tarifs jaunes et verts applicables aux consommateurs en France métropolitaine continentale, d'une part, des mentions de leurs annexes conservant aux sites non résidentiels appartenant à des grandes entreprises le bénéfice de ces tarifs tant qu'elles ne modifient pas l'option et la puissance de leur contrat, et d'autre part, de l'article 2 de ces décisions ;
  - à ce que l'Etat verse à l'ANODE 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA ;
  - et au rejet du surplus des conclusions de la requête de l'ANODE et de la requête de la société Engie, ainsi qu'au rejet des conclusions présentées par l'Etat (CRE) au titre de l'article L. 761-1 du CJA et des conclusions tendant à l'infliction d'une amende pour recours abusif ;
- Et sous le n° 431902, à l'admission de l'intervention d'EDF, au rejet de la requête des associations UFC-Que Choisir et CLCV, et au rejet des conclusions présentées par l'Etat (CRE) au titre de l'article L. 761-1 du CJA.