

N° 415545 – ANODE
N° 416853 – Société Direct Energie

9^e et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 13 novembre 2020
Lecture du 27 novembre 2020

CONCLUSIONS

Mme Céline Guibé, rapporteur public

A la demande de l'ANODE, votre Assemblée a, par une décision du 19 juillet 2017, annulé le décret du 16 mai 2013 modifiant le décret du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel (n° 370321, Rec., concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, chron. G. Odinet et S. Roussel AJDA 2017 p. 1879). Vous avez jugé que les articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie, sur le fondement desquels ce décret avait été pris, constituaient une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel prévue par la directive 2009/73/CE du 3 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, et que cette entrave ne pouvait être admise dès lors qu'elle ne répondait à aucun 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.

Les fournisseurs alternatifs représentés par l'ANODE n'ont pu, cependant, recueillir immédiatement les fruits de leur victoire. Votre Assemblée a en effet décidé, eu égard aux incertitudes graves qu'une annulation rétroactive ferait naître sur la situation contractuelle passée de plusieurs millions de consommateurs et de la nécessité impérieuse de prévenir l'atteinte au principe de sécurité juridique qui en résulterait, que les effets produits par le décret devaient, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision, être regardés comme définitifs. Par ailleurs, les dispositions annulées ayant entretemps été codifiées aux articles R. 445-1 à R. 445-7 du code de l'énergie, dont l'ANODE n'avait pas demandé l'annulation, celles-ci sont restées en vigueur, alors même qu'elles étaient identiques à celles dont l'illégalité avait été constatée.

Sans attendre l'intervention du législateur, l'ANODE et la société Direct Energie ont tenté de remédier à cette situation. Au cours de l'été 2017, elles ont demandé au Premier ministre d'abroger les articles R. 445-1 à 445-7 du code de l'énergie. Leurs demandes ont fait l'objet de refus implicite, dont elles réclament l'annulation. La société Direct Energie vous demande en outre de condamner l'Etat à réparer le préjudice qu'elle estime avoir subi, à compter du 1^{er} janvier 2010, en raison de l'illégalité de la réglementation relative aux TRVG, préjudice qu'elle chiffre à 513 millions d'euros.

1. Commençons par l'examen des conclusions relatives aux refus d'abrogation.

Vous pourrez admettre les interventions de la société Engie, qui, en sa qualité d'opérateur historique, justifie d'un intérêt suffisant au maintien des dispositions réglementaires en litige.

Conformément à votre jurisprudence de Section *Association des Américains Accidentels* du 19 juillet 2019 (CE, Assemblée, 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n°s 424216 424217, au rec.), vous devez apprécier la légalité des dispositions litigieuses au regard des règles applicables à la date de votre décision.

Or, le paysage législatif a changé depuis votre décision d'Assemblée du 19 juillet 2017.

L'article 63 de la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat (LEC) a abrogé les articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie et abrogé ou modifié les autres dispositions législatives de ce code qui faisaient référence aux TRVG. Afin d'organiser le remplacement progressif des contrats de fourniture de gaz aux tarifs réglementés par des contrats aux prix du marché, le législateur a en outre prévu que les dispositions législatives modifiées ou abrogées ainsi que les dispositions réglementaires prises pour leur application resteraient applicables, dans leur rédaction antérieure à la loi, aux contrats en cours d'exécution à la date de publication de celle-ci (V de l'article 63). Ce maintien en vigueur s'applique jusqu'au premier jour du treizième mois suivant la publication de la loi, c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} décembre 2020, pour les clients professionnels¹ et jusqu'au 30 juin 2023 pour les clients résidentiels².

L'intervention de cette loi ne vous conduira pas à prononcer un non-lieu à statuer. Certes, lorsque l'acte réglementaire dont l'abrogation est demandée cesse de recevoir application avant que le juge, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus de l'abroger, ait statué, ce recours perd son objet (CE, 2 mars 2020, *M. H...*, n° 422651, aux tables). Mais si la LEC a abrogé les dispositions législatives relatives aux TRVG, elles demeurent applicables, de même que les dispositions réglementaires litigieuses, aux contrats en cours à la date de publication de la loi, de sorte que les requêtes ont conservé leur objet.

Ceci ne devrait pas vous conduire à faire droit à la demande des requérantes. Certes, les dispositions litigieuses sont incompatibles avec le droit de l'Union européenne, l'illégalité révélée par votre décision d'Assemblée du 19 juillet 2017 n'ayant pas été purgée par l'intervention de la LEC. Mais, en prévoyant le maintien temporaire de leur application pour les contrats en cours, le législateur a exclu la mise en œuvre de la règle énoncée par l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration, qui impose normalement à l'administration d'abroger sans délai un acte réglementaire illégal, sauf à ce que l'illégalité ait cessé. Le Premier ministre est donc en situation de compétence liée pour refuser l'abrogation,

¹ C'est-à-dire les consommateurs finals non domestiques consommant moins de 30 000 kilowattheures par an.

² C'est-à-dire les consommateurs finals domestiques consommant moins de 30 000 kilowattheures par an, les propriétaires uniques d'un immeuble à usage principal d'habitation consommant moins de 150 000 kilowattheures par an et les syndicats des copropriétaires d'un tel immeuble.

et l'ensemble des moyens soulevés par les requérantes à l'encontre de ces refus sont inopérants.

2. Examinons maintenant les conclusions indemnitaires présentées par la société Direct Energie.

Le litige ne relève d'aucun des cas de compétence de premier ressort du Conseil d'Etat énumérés par l'article R. 311-1 du CJA, et doit donc, en vertu des règles de droit commun de répartition des compétences entre les juridictions administratives, être attribué au tribunal administratif de Paris.

La société soutient que votre compétence résulte de la connexité de ses conclusions indemnitaires avec les conclusions d'excès de pouvoir que nous venons d'examiner. Nous ne sommes pas de cet avis.

Certes, vous admettez la connexité entre des conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte et la demande indemnitaire tendant à la réparation du préjudice qu'il a causé (Ass., 7 décembre 1962, Dame Coursières-Berthezène, au rec.). Vous admettez également la connexité entre une demande dirigée contre le refus de prendre un acte réglementaire et le préjudice causé par le défaut d'intervention de cet acte (27 juillet 2005, Association Bretagne Ateliers, n° 261694, au rec.). Par ailleurs, le lien de connexité demeure, quel que soit le sort réservé aux conclusions en excès de pouvoir³. Cependant, vous ne faites pas jouer le lien de connexité lorsque les conclusions indemnitaires sont formées postérieurement au jugement du litige en excès de pouvoir (24 octobre 2001, Association France Nature Environnement, n° 227136, aux tables)⁴.

Au cas d'espèce, les conclusions indemnitaires de la société Direct Energie ont été formées le 29 août 2017, postérieurement à votre décision d'Assemblée du 19 juillet 2017, qui révèle l'incompatibilité de la réglementation des TRVG avec le droit de l'Union européenne, à l'origine du préjudice qu'elle estime avoir subi à compter du 1^{er} janvier 2010. Ce préjudice, de nature continue, ne résulte pas, pour l'essentiel, du refus du Premier ministre d'abroger les dispositions réglementaires du code de l'énergie relatives aux TRVG intervenu le 30 octobre 2017. Et il n'est pas envisageable de scinder les conclusions indemnitaires pour faire jouer le lien de connexité pour la seule période postérieure à cette date.

Relevons, en outre, que les règles de connexité sont avant tout justifiées par l'intérêt d'une bonne justice, afin d'éviter l'intervention de solutions contraires sur deux affaires liées, et que le parti à prendre procède souvent, pour reprendre les mots du professeur Chapus, du bon sens

³ CE, 26 janvier 1990, M..., n° 84662, aux tables et 6 mars 2000, Société Parcheminer Carrières et Parcheminer, n° 182780, 192164 s'agissant d'un désistement ; 20 septembre 1993, Association de défense du Vieux Cher, n° 129601 ; 4 novembre 1996, Jourdain, n° 157151 ; Coursières-Berthezène et Association Bretagne Ateliers précités, s'agissant d'un non-lieu à statuer.

⁴ Le lien de connexité est en revanche reconnu lorsque les conclusions indemnitaires sont formées postérieurement au REP relevant de la compétence de PDR du CE mais avant que le CE ne se soit prononcé (v. décisions Association de défense du Vieux Cher et Jourdain précitées).

plus que de considérations strictement juridiques⁵. Le risque de contrariété est inexistant en l'espèce. Et, compte tenu des règles consacrées par la décision *Association des Américains Accidentels*, il en sera très souvent ainsi lorsque la demande tend à la réparation d'un préjudice résultant d'un refus d'abrogation, le juge de l'excès de pouvoir et le juge de l'indemnisation étant amenés à se placer dans des horizons temporels différents pour apprécier l'existence d'une illégalité et d'une faute. Nous sommes également convaincue que, s'agissant d'une action indemnitaire caractérisée par un fort degré de technicité et d'importants enjeux financiers, l'examen par un double degré de juridiction représente une importante garantie pour les justiciables. Indiquons, enfin, qu'un recours indemnitaire est actuellement pendant devant le tribunal administratif de Paris, s'agissant du préjudice résultant de l'application des TRVG au cours des années 2010 et 2011, ce qui plaide, là encore, dans le sens d'un renvoi de l'affaire à ce tribunal.

PCMNC à ce que les interventions de la société Engie soient admises, à l'attribution du jugement des conclusions indemnitaires de la société Direct Energie au tribunal administratif de Paris, au rejet du surplus de la requête de la société Direct Energie, au rejet de la requête de l'ANODE et au rejet des conclusions présentées par la société Engie sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

⁵ Selon R. Chapus, il résulte de la conception de la connexité fondée sur une convergence des demandes issue de la décision *Coursières-Berthezène* que « l'appréciation est largement sous la dépendance des faits de chaque espèce et que le parti à prendre procède du bon sens (heureusement fort bien partagé, on le sait) plus que de considérations strictement juridiques » (Droit du contentieux administratif, point 401).