

CONCLUSIONS

Mme Céline GUIBE, Rapporteuse publique

Face à la forte hausse du prix des énergies au cours du second semestre de l'année 2021, le législateur a mis en place un « bouclier tarifaire » concernant les prix du gaz et de l'électricité. Pour ces derniers, la réduction de l'accise sur l'électricité (taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité – TICFE) au niveau minimum autorisé par le droit de l'Union européenne¹, initialement envisagée, se révélant insuffisante pour atteindre l'objectif de contenir la hausse des tarifs réglementés à 4 % pour l'année 2022, le volet fiscal du bouclier a été doublé d'un mécanisme de plafonnement direct des tarifs, inscrit à l'article 181 de la loi de finances pour 2022².

Rappelons qu'en temps normal, les tarifs réglementés de vente de l'électricité (TRVe) sont déterminés selon la méthode dite de l'« empilement des coûts », qui doit permettre de garantir la possibilité, pour les fournisseurs concurrents d'EDF, de proposer des prix au moins aussi attractifs (art. L. 337-6 du code de l'énergie). Selon l'article L. 337-4 du code de l'énergie, ils sont fixés en vertu d'une proposition motivée de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) transmise aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie, la décision étant réputée acquise en l'absence d'opposition de l'un de ces ministres dans le délai de trois mois.

Par dérogation à ces principes, l'article 181 de la LF pour 2022 prévoit que les ministres chargés de l'économie et de l'énergie peuvent s'opposer aux propositions de la CRE si ces dernières conduisent à ce que les tarifs dits « bleus » applicables aux consommateurs résidentiels, excèdent de plus de 4% les tarifs applicables au 31 décembre 2021, et fixer, par arrêté conjoint, un niveau de tarifs inférieur afin de répondre à l'objectif de stabilité des prix (VI de l'article 181). Le législateur a prévu une compensation des pertes induites pour EDF, à compter de la première évolution des TRVe de l'année 2023, via l'intégration d'une composante de rattrapage, sur douze mois : en d'autres termes, le bouclier applicable en 2022 constitue, pour les consommateurs, une avance qu'ils devront rembourser au cours de l'année 2023 (VII du même article). La loi institue, par ailleurs, un dispositif d'accompagnement financier des fournisseurs d'électricité, autres qu'EDF, destiné à compenser les pertes de recettes liées au gel des tarifs réglementés, lequel leur interdit de répercuter la hausse des coûts qu'ils subissent sur leurs prix, soit parce que leurs offres sont indexées sur les TRVe,

¹ Soit 1€/MWh.

² Loi n° 2021-1900.

soit parce qu'ils perdraient, à défaut, leur clientèle (VIII du même article). Ces sommes ont vocation à être restituées à l'Etat en même temps que la mise en œuvre du mécanisme de rattrapage pesant sur les bénéficiaires des tarifs réglementés au cours de l'année 2023 (IX du même article).

Ce mécanisme a été activé au début de l'année 2022. Dans sa délibération du 18 janvier 2022, la CRE a fixé la hausse des TRVe, résultant de l'application des règles de droit commun, à 44,5 % HT pour les tarifs bleus applicables aux consommateurs résidentiels. Par arrêté du 28 janvier 2022, le gouvernement s'est opposé à cette hausse pour la contenir à 4 % TTC, pour les tarifs applicables à compter du 1^{er} février 2022.

La délibération de la CRE a fait l'objet de deux recours pour excès de pouvoir, présentés, pour le premier, par des associations de consommateurs et des syndicats, qui s'opposent à l'augmentation de tarifs proposée, et, pour le second, par la société ekWateur, fournisseur alternatif d'électricité, qui fait valoir, à l'inverse, que la hausse proposée est insuffisante. Précisons que la société ekWateur a également réclamé, dans le cadre de requêtes en cours d'instruction devant votre 9^e chambre, l'annulation de l'arrêté interministériel du 28 janvier 2022 ainsi que d'une délibération de la CRE du 7 juillet 2022 portant proposition d'une nouvelle hausse des TRVe.

Précisons également que le bouclier tarifaire devrait être prolongé pour l'année 2023. L'article 42 *ter* du projet de loi de finances pour 2023 reconduit, en substance, le dispositif, étendu, pour l'occasion, aux petits professionnels, à la différence près que le plafonnement de la hausse des prix sera fixé à 15 % plutôt qu'à 4 % et ne s'appliquera que sur 95 % de la consommation d'électricité, les 5 % restants étant facturés dans les conditions habituelles prévues par le code de l'énergie.

La question que posent les présentes affaires porte sur la nature de la délibération de la CRE : décision susceptible de faire l'objet d'un recours ou simple mesure préparatoire ?

Dans le sens de sa justiciabilité, la société ekWateur s'appuie sur les multiples facettes de la délibération, qui porte d'abord sur le niveau des tarifs, mais aussi, par ricochet, sur la compensation des pertes des fournisseurs d'électricité liées au gel tarifaire.

1. Si l'on s'en tient, tout d'abord, à l'objet premier de la délibération de la CRE, qui est de proposer aux ministres une évolution des tarifs conforme aux règles de droit commun, il est certain que l'acte attaqué n'est pas susceptible de recours.

Saisie de la contestation des tarifs de l'année 2016, première année au cours de laquelle ceux-ci étaient déterminés sur proposition conforme de la CRE – et non plus sur avis simple - à la suite de la réforme issue de la loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (loi NOME)³, votre 9^e chambre a jugé que les propositions motivées de la CRE constituent un acte préparatoire de la décision des ministres chargés de l'économie et de l'énergie fixant les TRVe. Il en résulte que ces propositions ne peuvent faire l'objet d'un

³ Loi n° 2010-1488.

recours pour excès de pouvoir, mais que leur illégalité peut être invoquée à l'appui d'une demande d'annulation de la décision ministérielle (3 octobre 2018, n° 403502).

Même si l'article L. 337-4 du code de l'énergie n'impose pas l'édiction d'une décision formelle de la part des ministres, celle-ci étant réputée acquise en l'absence d'opposition à la proposition motivée de la CRE, la solution est apparue suffisamment certaine pour qu'il ne soit pas nécessaire de porter l'affaire en formation de chambres réunies. La décision des ministres se matérialise, *a minima*, par la publication des tarifs au Journal officiel, qui est imposée par la loi. En pratique, elle fait toujours l'objet de l'édiction d'arrêtés par les ministres compétents.

Outre qu'elle correspond à la lecture la plus naturelle du texte, la solution était confortée, d'une part, par les travaux préparatoires de la loi NOME, l'étude d'impact faisant référence à la mission impartie à la CRE de proposer le niveau des tarifs arrêté par les ministres⁴, et, d'autre part, par la distinction, très nette dans le code de l'énergie, entre les tarifs édictés sur proposition de la CRE, visés par l'article L. 334-5⁵ et ceux qui le sont en vertu de pouvoirs de décision qui lui sont propres (tel que le tarif d'utilisation des réseaux publics de distribution), visés par son article L. 334-1, seules ces dernières décisions étant publiées au Journal officiel⁶.

Le raisonnement est, à l'évidence, transposable pour ce qui concerne la détermination des TRVe applicables, à compter du 1^{er} février 2022, dans le cadre du bouclier tarifaire. Et il l'est d'autant plus facilement, sur ce point, que la délibération attaquée n'était, compte tenu des dispositions dérogatoires de l'article 181 de la LF 2022, pas une proposition conforme, les ministres ayant d'ailleurs choisi, comme les y autorisait la loi, de s'opposer à la proposition de la CRE et de fixer eux-mêmes le niveau de ces tarifs, de manière à contenir leur hausse au plafond de 4%.

2. Le fait que les tarifs proposés par la CRE constituent, par ailleurs, la référence au regard de laquelle la LF pour 2022 a prévu que soit calculé le montant des compensations versées aux fournisseurs d'électricité doit-il vous conduire à retenir une solution différente de celle du précédent de 2018 ?

Nous ne le pensons pas, pour une raison très simple, liée à l'architecture du mécanisme. En effet, ces dispositifs de compensation des pertes ne se déclenchent que si les ministres s'opposent à l'application des tarifs proposés par la CRE. En droit, le VI de l'article 181 LF pour 2022 leur ouvre une simple faculté de le faire, qu'ils ne sont pas tenus de mettre en œuvre, même si, dans les faits, la loi a, bien sûr, été adoptée dans ce seul but. En elle-même, la délibération attaquée, qui intervient en amont, n'emporte donc aucun effet sur la situation juridique d'EDF et des fournisseurs d'électricité. Elle se borne à définir l'un des paramètres ayant vocation, dans l'hypothèse où les ministres s'opposent effectivement aux tarifs

⁴ Etude d'impact, p. 25.

⁵ En vertu de l'article L. 334-5 du code de l'énergie.

⁶ En vertu de l'article L. 334-1 de ce code. S'agissant, par exemple, du TURPE, les ministres ne disposent pas de pouvoir d'opposition, mais peuvent uniquement demander à la CRE une nouvelle délibération s'ils estiment qu'il n'a pas été tenu compte des orientations de politique énergétique (article L. 341-3 du code de l'énergie).

proposés, à permettre d'arrêter, dans le cadre de décisions ultérieures, le montant de ces compensations.

Les opérateurs concernés ne se voient pas empêchés de contester l'illégalité éventuelle des tarifs proposés par la CRE à l'occasion de recours exercés contre ces décisions ultérieures. Cette précision est essentielle puisque, s'agissant de la société ekWateur, celle-ci reproche à la CRE d'avoir, en proposant des tarifs sous-évalués pour 2022, minoré par avance le montant du rattrapage des tarifs réglementés prévu pour 2023 et le montant de la compensation financière à laquelle les fournisseurs avaient droit. De quelles décisions s'agit-il ?

2.1. En ce qui concerne la compensation versée à la société EDF, le VII de l'article 181 de la LF pour 2022 prévoit que celle-ci prend la forme d'une composante de rattrapage, égale à la différence entre les tarifs proposés par la CRE et les tarifs arrêtés par les ministres, qui sera intégrée aux TRVe à compter de leur première évolution de l'année 2023. Ainsi, la délibération attaquée pourra être contestée à l'appui d'un recours contre la décision par laquelle les ministres arrêteront les TRVe applicables à compter du 1^{er} février 2023.

2.2. En ce qui concerne les pertes supportées par les autres fournisseurs – entreprises locales de distribution, mentionnées à l'article L. 111-54 du code de l'énergie, qui peuvent proposer à leurs clients des offres aux TRVe, et fournisseurs alternatifs qui proposent des offres de marché – leur compensation est arrêtée dans le cadre d'une procédure distincte. Le VIII de l'article 181 de la LF pour 2022 prévoit que ces pertes, calculées par application aux volumes livrés d'un montant unitaire correspondant à l'écart entre le tarif bleu qui aurait été appliqué en l'absence de gel et le tarif gelé, constituent des charges imputables aux obligations de service public, au sens de l'article L. 121-6 du code de l'énergie.

Les charges de cette nature font l'objet d'une évaluation annuelle de la CRE en application de l'article L. 121-9 du code de l'énergie, sur la base de laquelle sont déterminés le montant d'acomptes mensuels versés aux opérateurs (art. L. 121-16), qui font l'objet d'une régularisation l'année suivante en fonction des charges réellement supportées (art. L. 121-19)⁷.

Par dérogation, le X de l'article 181 de la LF pour 2022 a prévu, dans les deux mois de l'entrée en vigueur du gel tarifaire, une évaluation des pertes encourues par les fournisseurs ayant moins d'un million de clients, afin que la compensation puisse leur être versée dès le 1^{er} mai 2022. La CRE a procédé à l'évaluation de ces versements anticipés par une délibération du 31 mars 2022⁸. Pour l'ensemble des fournisseurs concernés, le XI de l'article 181 de la LF pour 2022 dispose que la différence entre les charges correspondant aux pertes encourues en 2022 et la restitution due à l'Etat au titre du rattrapage de l'année suivante serait compensée, à partir de 2023, sur évaluation de la CRE⁹. Ces charges ont fait l'objet d'une première évaluation par délibération du 13 juillet 2022¹⁰, suivie d'une réévaluation par délibération du 3 novembre 2022¹¹. La légalité de la proposition de tarifs attaquée pouvait

⁷ L'ensemble du dispositif fonctionne sur la base de déclarations des opérateurs concernés à la CRE (art. R. 121-30) suivi d'un constat des charges exposées et d'une notification des charges à venir réalisés par la CRE (art. R. 121-31 et R. 121-32).

⁸ Délibération n° 2022-99.

⁹ Selon les modalités prévues aux articles L. 121-37 à L. 121-41 du code de l'énergie.

¹⁰ Délibération n° 2022-202.

donc être contestée, le cas échéant, à l'appui de recours dirigés contre ces délibérations, qui détaillent les modalités de calcul de la compensation et fixent le montant dû à chaque fournisseur concerné.

3. Dans la mesure où le recours revêt, compte tenu de la nature de la délibération en cause, un caractère prématuré, il ne saurait, par ailleurs, être admis sur le fondement de votre jurisprudence *Fairvesta – Numéricâble* : la délibération est une proposition adressée par l'autorité de régulation aux ministres et non un acte de droit souple destiné aux opérateurs régulés, et si la société ekWateur fait état d'effets immédiats sur la stratégie commerciale des fournisseurs, ceux-ci résultent non pas de la délibération elle-même, qui ne fait pas grief, mais de l'anticipation du rattrapage tarifaire à venir et de la compensation versée à la suite de la décision des ministres de mettre en œuvre le bouclier.

Si vous nous suivez, vous jugerez donc que les requêtes sont irrecevables.

PCMNC au rejet des requêtes.

¹¹ Délibération n° 2022-272.