

**462840 – Fédération chimie énergie CFE CGC et autres**  
**463188 – Conseil de surveillance du FCPE actions EDF**  
**463405 – Société d'importation Leclerc**  
**463530 – Syndicat CFE CGC énergies Tricastin Provence**  
**465735 – Conseil de surveillance FCPE Actions**  
**466558 – Société EDF**

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

**Séance du 18 janvier 2023**

**Lecture du 3 février 2023**

## **Conclusions**

**Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, Rapporteuse publique**

Environ 40 euros le MWh en janvier 2021, mais plus de 400 euros le MWh au 22 décembre 2021 sur le marché spot, et même 772 €/MWh la veille sur le marché à terme pour une livraison de produit en France au premier trimestre 2022 : ces chiffres, qui donnent le tournis, suffisent pour prendre la mesure de la hausse exceptionnelle des prix de l'électricité entre l'été 2021 et le début de l'année 2022, liée notamment à l'augmentation du prix du gaz – qui a une répercussion directe sur le coût des centrales à gaz et par suite, sur le prix de marché de l'électricité compte tenu du système des prix marginaux – ainsi qu'à la hausse du prix des quotas de CO2 et à la moindre disponibilité du parc de production nucléaire français compte tenu de la découverte d'anomalies et de la perturbation des programmes de maintenance pendant la pandémie. En février 2022, l'Autorité de la concurrence constatait que les cours de l'électricité demeuraient très élevés, avec des prix avoisinant les 250 euros/MWh. Or la guerre en Ukraine, commencée à la fin du même mois, a accru les incertitudes et accentué la fébrilité des marchés énergétiques.

Face à cette hausse des prix de l'électricité, les autorités de l'Etat ont, à compter de l'automne 2021, multiplié les mesures de protection des consommateurs : chèque énergie supplémentaire, plafonnement à 4% TTC de la hausse des tarifs réglementés de vente de l'électricité, ou encore minoration transitoire de la taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité.

C'est dans ce contexte exceptionnel que le Gouvernement a, en mars 2022, rehaussé temporairement le plafond du volume de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) au titre de l'année 2022 et organisé les modalités d'attribution de ce complément.

Lors du guichet de novembre 2021, le plafond de 100 TWh du volume d'électricité nucléaire pouvant être cédé dans le cadre de l'ARENH avait en effet, sans surprise compte tenu du

niveau des prix sur les marchés, été saturé et les demandes formulées par les 81 fournisseurs alternatifs, ayant atteint plus de 160 TWh, avaient donné lieu à un fort écrêtement, le taux d'attribution d'ARENH s'étant élevé à seulement 62,48 %. Les fournisseurs devant, à hauteur des volumes non obtenus, s'approvisionner sur les marchés en électricité à des prix très élevés aux fins de satisfaire aux besoins en fourniture de leurs clients, ou à défaut cesser leur activité, le Gouvernement a estimé que le renchérissement du coût de la facture qui en résulterait au titre de 2022 pour les consommateurs concernés n'était pas soutenable et qu'il convenait, par suite, de permettre aux fournisseurs alternatifs d'accéder à un volume d'électricité nucléaire « bon marché » plus important.

Un arrêté du 11 mars 2022 a ainsi, « à titre exceptionnel » et par dérogation au plafond de 100 TWh fixé par l'arrêté du 28 avril 2011, porté à 120 TWh pour l'année 2022 le volume global maximal d'électricité nucléaire historique pouvant être cédé par EDF dans le cadre de l'ARENH, tandis qu'un autre arrêté du même jour a, par dérogation au prix de 42 € fixé par l'arrêté du 17 mai 2011, prévu que ces volumes additionnels seraient cédés au prix de 46,2 €/MWh. Le décret n° 2022-342 du 11 mars 2022 définissant les modalités spécifiques d'attribution de ce volume additionnel exceptionnel a, quant à lui, institué, en supplément des périodes de livraison annuelles commençant les 1<sup>er</sup> janvier et 1<sup>er</sup> juillet prévues à l'article R. 336-2 du code de l'énergie, une « période de livraison complémentaire » destinée à la livraison de ces volumes additionnels commençant au 1<sup>er</sup> avril 2022, pour un profil de produit non plat concentrant les livraisons effectives d'électricité sur les neuf premiers mois de la période (soit d'avril à décembre 2022). Seuls ont pu, en vertu de l'article 4 du décret, bénéficier de ces volumes additionnels les fournisseurs qui avaient participé au guichet de novembre 2021 et reçu la notification de volumes d'ARENH au titre de la période de livraison ayant débuté le 1<sup>er</sup> janvier 2022. L'article 5 du même décret dispose que, pour bénéficier de ces volumes additionnels, les fournisseurs s'engagent à revendre à EDF un volume d'électricité équivalent à celui qui leur sera cédé au titre de la période de livraison complémentaire à un prix égal à la moyenne des cotations sur les marchés de gros entre les 2 et 23 décembre 2021 du produit base calendaire pour livraison d'électricité en France métropolitaine continentale sur l'année 2022 (soit environ 257 €/MWh).

Cet article vise, tout en évitant les effets d'aubaine pour les fournisseurs alternatifs, à tirer les conséquences de ce qu'à l'issue du guichet de novembre 2021, fournisseurs alternatifs et EDF s'étaient déjà organisés, par des opérations d'achat et de vente, pour couvrir leurs portefeuilles clients et revendre le cas échéant leurs surplus et ainsi, être à l'équilibre pour l'année 2022. Rappelons en effet que l'électricité ne se stocke pas, et qu'en outre, certaines installations de production – à l'instar des centrales nucléaires – fonctionnent en permanence et ne peuvent être arrêtées puis redémarrées en fonction de la demande.

L'article 5 permet ainsi à EDF, qui avait déjà « prévenu » toute sa production et que l'obligation de cession d'un volume additionnel d'électricité au titre de l'ARENH plaçait dès lors en pratique dans l'impossibilité de satisfaire ses propres engagements de fourniture au détail ou de vente sur les marchés de gros, d'acquiescer les volumes « manquant »

correspondants auprès des alternatifs pour un prix égal à celui pour lequel ceux-ci avaient dû acquérir ces mêmes volumes entre le 2 et le 23 décembre 2021 sur les marchés.

L'article 11 du décret prévoit que les fournisseurs bénéficiant de cessions de volumes au titre de ce surplus d'ARENH « *transmettent à la CRE les données et informations qu'elle précise, nécessaires au suivi de la répercussion à leurs clients finals de ces cessions* ».

Enfin, ce dispositif a été complété par un arrêté du 12 mars 2022 relatif aux modalités de cession des garanties de capacité additionnelles liées à ces volumes supplémentaires, et par un arrêté du 25 mars 2022 ayant adapté le modèle d'accord-cadre.

Ce mécanisme de rehaussement temporaire du plafond de l'ARENH et d'attribution des volumes additionnels correspondants est au cœur des six requêtes qui vous sont aujourd'hui soumises et qui, pour soulever des critiques communes, ne se présentent néanmoins pas en des termes identiques s'agissant de leur recevabilité.

\*

Sous le n° 466558, la société EDF, qui estime le coût direct pour elle de ces mesures à plus de 4 milliards d'euros et leur coût indirect, à plus de 4 autres milliards, vous demande l'annulation pour excès de pouvoir de ces cinq actes : le décret « procédure », les arrêtés « volume » et « tarif », ainsi que, par voie de conséquence, les arrêtés sur les garanties de capacité et sur l'accord-cadre. Son intérêt à agir ne fait aucun doute. Par ailleurs, son recours gracieux a préservé le délai de recours contentieux.

Sous les n° 462840 et 463530, vous êtes saisis de requêtes dirigées contre le décret « procédure » et l'arrêté « volume », présentées par des fédérations syndicales du secteur de l'énergie, des syndicats professionnels, ainsi que des personnes physiques se prévalant de leur qualité de membre du conseil d'administration d'EDF représentant les salariés.

Toutefois, l'atteinte que les actes attaqués pourraient porter aux intérêts matériels et moraux des personnels d'EDF que se sont donné pour objet de défendre ces syndicats et aux intérêts défendus par leurs fédérations, ne nous paraît pas suffisamment directe et certaine pour justifier leur intérêt à agir contre ces actes (rapp., s'agissant de l'absence d'intérêt à agir d'un syndicat professionnel contre les délibérations définissant les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité, CE, 9 mars 2018, *Sté Enedis et autres*, n° 407516, aux Tables sur un autre point ; ou pour l'absence d'intérêt pour agir des syndicats d'Orange contre les actes organisant le déploiement de la 5G : CE, 31 décembre 2020, *CFE-CGC Orange*, n° 438240, aux Tables sur un autre point). Or les membres du conseil d'administration d'EDF représentant les salariés ne nous semblent pas davantage justifier, en cette qualité, d'un intérêt pour agir contre le décret et l'arrêté « volume » organisant l'ARENH +.

Sous les n° 463188 et 465735, vous êtes saisis de recours dirigés contre le décret « procédure », l'arrêté « volume » et l'arrêté « tarif » par des actionnaires minoritaires de la

3

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

société EDF ou leurs représentants : le conseil de surveillance de deux fonds communs de placement en actions EDF, et trois associations ayant pour objet la défense des actionnaires salariés de la société, qui se prévalent de l'effet des charges induites par les actes attaqués sur la valeur des actions EDF et de la baisse du cours de bourse ayant suivi leur annonce.

Vous admettez l'intérêt pour agir des propriétaires contre les actes administratifs affectant les biens qu'ils possèdent. Aussi, vous jugez que l'actionnaire d'une société justifie d'un intérêt suffisant pour demander l'annulation d'actes qui, soit affectent directement son droit de propriété à l'instar de mesures de privatisation (CE, Section, 27 septembre 2006, *B... et autres*, n° 290716, p. 404), soit emportent des effets tels sur la société qu'ils mettent en jeu son devenir et sa consistance (v., pour une autorisation de concentration, CE, 31 janvier 2007, *Société France Antilles*, n° 294896, p. 28) ou portent sur la maîtrise même de la société (v., sur la nomination du dirigeant : CE, Assemblée, 6 décembre 1996, *Société Lambda*, p. 465 ; ou encore, sur le placement sous séquestre des biens d'une société : CE, 16 juillet 1947, *Sieur G...*, p. 320).

En revanche, il nous paraît exclu de considérer que les actionnaires des entreprises devraient se voir reconnaître un intérêt suffisamment direct et certain pour agir en justice contre tout acte administratif – qu'il s'agisse de décisions de régulation ou d'actes réglementaires – à chaque fois qu'il affecte les charges et les bénéfices des sociétés, et est par suite indirectement susceptible d'avoir une incidence sur leur rentabilité.

Par ailleurs, nous hésiterions à admettre que la seule circonstance que les marchés réagissent négativement à l'annonce d'une mesure gouvernementale et que l'on constate à cette annonce une baisse du cours de bourse de l'action, suffise, alors notamment que cette réaction peut être exagérée et surtout n'être que temporaire, à justifier d'une atteinte suffisamment directe et certaine portée par cette mesure aux intérêts des actionnaires.

En tout état de cause, si le cours de l'action EDF a chuté de près de 14,6% le 14 janvier 2022, cette baisse fait suite à plusieurs annonces le 13 janvier 2022 : celle par un communiqué d'EDF d'une révision à la baisse de sa production nucléaire pour 2022 et l'annonce par le Gouvernement de son intention d'adopter diverses mesures (rehaussement du plafond de l'ARENH à titre exceptionnel pour 2022 et report sur douze mois, à partir du 1<sup>er</sup> février 2023, d'une partie de l'augmentation tarifaire relative aux TRVE applicables en 2022). Compte tenu de cette conjonction d'annonces susceptibles d'avoir toutes joué un rôle dans l'évolution à la baisse du cours de bourse d'EDF, il nous semble impossible d'isoler et d'identifier la part de baisse qui serait plus particulièrement imputable à l'annonce liée à l'ARENH, et par suite, de considérer que l'essentiel de la baisse significative de cours constatée à cette date serait liée à celle-ci. Au demeurant, le cours a ré-augmenté par la suite en cours d'année.

Dans ces conditions, nonobstant la charge que leur exécution fait peser sur EDF, les actes attaqués ne nous paraissent pas emporter des effets sur la propriété des actionnaires tels que ceux-ci justifieraient d'un intérêt leur donnant qualité pour demander l'annulation du décret et de l'arrêté.

Par suite, la fin de non-recevoir soulevée en défense à l'encontre des requêtes des syndicats et des actionnaires nous semble fondée.

Si toutefois vous les rejetez au fond, comme nous vous y invitons, vous n'aurez en tout état de cause pas besoin de vous prononcer expressément sur ce point.

Enfin, sous le n° 463405, la société d'importation Leclerc (SIPLEC), en qualité de fournisseur alternatif d'électricité, vous demande l'annulation du seul article 5 du décret du 11 mars 2022, subordonnant le bénéfice des volumes additionnels d'ARENH à l'engagement des acheteurs de revendre des volumes équivalents d'électricité à EDF au prix de 257 €/ MWh. Or si cette disposition édicte l'une des conditions à l'attribution de ces volumes, si elle fait partie de l'économie – à défaut de l'équilibre – de ce dernier, et si le Premier ministre n'aurait peut-être pas adopté le décret sans elle eu égard aux effets d'un approvisionnement d'EDF au prix du marché pour combler ses besoins, il nous semble pour autant qu'elle est juridiquement divisible des autres dispositions de cet acte (rapp., pour une approche large de la divisibilité, CE, 20 mars 2019, *M. X... et Association Sans d'encre*, n°404405, aux Tables). Par suite, cette requête est recevable.

Vous admettez les diverses interventions, toutes recevables.

\*

Vous ne vous appesantirez pas sur le moyen tiré de l'irrégularité du décret, faute de complétude des consultations ayant précédé son adoption en ce qui concerne son article 5, dès lors que le législateur a, par l'article 41 de la loi du 16 août 2022 portant mesure d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, validé, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, ce décret « *en tant que sa régularité serait contestée pour le motif tiré du défaut d'accomplissement des consultations auxquelles le code de commerce, le code de l'énergie ou le code monétaire et financier confère, le cas échéant, un caractère obligatoire* ».

Si certains requérants excipent de l'inconventionnalité de cette loi de validation au regard de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH) et vous demandent, pour ce motif, d'écarter son application, vous pourrez opposer à cette critique une analyse inspirée des constats opérés par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2022-843 DC du 12 août 2022, en constatant que l'atteinte portée par la mesure de validation en cause, d'une portée strictement limitée, aux personnes susceptibles de contester en justice le décret est justifiée par un motif impérieux d'intérêt général tenant aux perturbations graves du marché de l'électricité et aux conséquences financières pour un très grand nombre de consommateurs déjà exposés, dans un contexte de crise énergétique, à une hausse exceptionnelle des prix de l'électricité, qu'emporterait une annulation motivée par ces questions procédurales.

Vous pourrez donc en venir à la légalité interne des actes attaqués. Les critiques se décomposent en plusieurs blocs :

- D'abord, le fondement légal du dispositif en cause : s'agit-il encore d'ARENH, ou s'agit-il d'autre chose ?
- Ensuite, à supposer qu'ils puissent se rattacher au mécanisme mis en place par les articles L. 336-1 et suivants du code de l'énergie, ces actes sont-ils légaux au regard tant des règles encadrant l'ARENH elle-même qu'au regard de divers principes et libertés ? Se pose notamment la question de la rétroactivité du dispositif et de la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle d'EDF ;
- Enfin, la légalité du dispositif au regard du droit de l'Union européenne, notamment en matière d'aides d'Etat.

\*

Commençons par le commencement : le mécanisme en litige peut-il être regardé, ainsi qu'il l'affiche, comme relevant de l'ARENH et comme trouvant son fondement dans les articles L. 336-1 et suivants du code de l'énergie, ou constitue-t-il, comme le soutiennent les requérants, un dispositif d'une nature autre, édicté sans aucune base légale ni compétence par le Premier ministre faute d'être pris pour l'application d'aucune disposition du code de l'énergie et de pouvoir se rattacher au pouvoir réglementaire autonome ?

Les circonstances que les volumes cédés le soient dans le cadre d'un rehaussement temporaire, pour la seule année 2022, du plafond maximal pouvant être cédé au titre de l'ARENH, que le pouvoir réglementaire ait fixé, pour ces volumes additionnels, un prix différent de celui fixé par l'arrêté du 17 mai 2011, que leur cession s'opère dans le cadre d'une période de livraison complémentaire « ad hoc », ou encore que les fournisseurs doivent informer la CRE des modalités selon lesquelles ils ont répercuté l'avantage obtenu aux consommateurs finals, ne sauraient suffire à faire regarder le mécanisme en cause comme étranger à l'ARENH.

Certes, elles démontrent le caractère exceptionnel de la mise en œuvre de ce rehaussement du plafond annuel et l'adoption de modalités spécifiques d'attribution de ces volumes complémentaires, et l'on peut éventuellement discuter – comme le font ultérieurement les requérants – du point de savoir si les actes attaqués respectent ou non, dans tous leurs aspects, les dispositions législatives pour l'application desquelles ils ont été pris. Mais ces adaptations et dérogations aux modalités réglementaires de mise en œuvre et d'attribution de l'ARENH dans le cadre du droit commun des guichets annuels habituels ne remettent pas, par elles-mêmes, en cause l'inscription du dispositif dans le cadre de l'ARENH et le constat d'une adoption du décret et des arrêtés attaqués sur le fondement, d'une part, de l'article L. 336-10 du code de l'énergie renvoyant à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les obligations qui s'imposent à EDF et aux fournisseurs alternatifs en application des articles L. 336-2 et L. 336-3 de ce code ainsi que les conditions dans lesquelles la CRE calcule et notifie les volumes et dans lesquelles les ministres de l'économie et de l'énergie arrêtent ces conditions

d'achat, et d'autre part, de l'article L. 336-2 du même code prévoyant que le volume global maximal d'électricité nucléaire historique pouvant être cédé est déterminé, sans pouvoir excéder 150 TWh par an, par arrêté des ministres de l'économie et de l'énergie. Par ailleurs, les objectifs poursuivis par la mesure, en particulier la stabilité des prix, sont au nombre de ceux assignés à l'ARENH par la loi.

Le mécanisme de l'article 5 du décret et, plus largement, les conditions d'exécution, en fait, de ces cessions complémentaires par EDF, conduisent-ils en revanche à remettre en cause ce constat ?

C'est ce que soutiennent les requérants, en arguant de ce que les actes attaqués organiseraient, non la cession de volumes additionnels d'électricité produite par le parc électronucléaire exploité par EDF, mais un mécanisme financier d'achat-revente d'électricité, qui plus est non-nucléaire, par EDF aux fournisseurs alternatifs et équivalant au versement d'une subvention.

L'adoption de l'article 5 provient d'un constat de fait, décrit au début de ces conclusions : lorsque le décret est intervenu, les fournisseurs alternatifs et EDF avaient, les premiers, déjà procédé aux achats nécessaires à la couverture des besoins estimés de leur portefeuille de clients pour les mois à venir, et la seconde, déjà fermé sa position sur le marché de l'électricité de façon à couvrir les besoins de ses clients et à vendre le surplus attendu de sa production de base par rapport à ce portefeuille.

Dès lors, l'attribution de volumes additionnels d'électricité par EDF aux fournisseurs alternatifs en application du relèvement du plafond de l'ARENH pour 2022 ne pouvait qu'emporter, à hauteur des volumes correspondant, un excès d'électricité chez les alternatifs au regard de leurs clients et parallèlement, en l'absence de suffisamment de capacités de production libres dont la production n'aurait pas été prévenue, un besoin chez EDF au regard de ses engagements de fourniture et de vente.

Aussi l'article 5 subordonne-t-il l'attribution de ces volumes additionnels d'électricité nucléaire à l'engagement des alternatifs de revendre un volume équivalent d'électricité à EDF, à un prix égal à la moyenne des cours constatée sur les marchés lors des trois premières semaines de décembre, lorsque les fournisseurs alternatifs ont contracté de façon à couvrir leurs besoins non satisfaits à la suite du guichet de novembre 2021. Au demeurant, ce prix est aussi celui auquel des producteurs tels qu'EDF pouvaient, à la même période, vendre sur le marché des volumes d'électricité à livrer en 2022 : s'il se trouve qu'EDF avait, en réalité, déjà vendu ces volumes bien longtemps avant le guichet de novembre 2021, en N-2, à des prix de marché à terme bien inférieurs, en tablant sur une absence de modification du plafond maximal d'ARENH pour l'année 2022, le décret n'en est pas responsable.

L'article 5 vise donc à limiter, dans un contexte dans lequel les prix de marché demeuraient élevés et volatils, l'impact pour EDF du rehaussement du plafond de l'ARENH, sans pour autant vider de son effet ce rehaussement au regard des coûts d'approvisionnement exposés

par les fournisseurs alternatifs à l'issue du guichet de novembre 2021 pour couvrir leurs portefeuilles clients en 2022.

Economiquement, l'effet pour l'opérateur historique et les opérateurs alternatifs n'est, certes, guère différent d'un mécanisme d'achat-revente. Toutefois, d'un point de vue juridique, le décret n'instaure pas un tel mécanisme : il n'impose pas à EDF d'acheter aux alternatifs de l'électricité puis de la leur revendre, mais conditionne la cession par EDF d'une fraction complémentaire de sa production d'origine nucléaire à l'engagement des alternatifs de lui vendre un montant équivalent d'électricité d'origine autre qu'ils avaient acquise sur les marchés, afin d'assurer l'équilibre des positions de l'ensemble des opérateurs.

Enfin, si EDF avait déjà prévenu de l'électricité pour des volumes équivalant à toute sa production nucléaire, le décret, dès lors que le plafond rehaussé de l'ARENH reste inférieur au total de la production d'électricité par les centrales nucléaires d'EDF, ne nous paraît pas conduire EDF à céder aux alternatifs des volumes d'électricité qui ne seraient pas d'origine nucléaire. Il conduit seulement à un fléchage différent de l'électricité nucléaire produite par EDF, entre fournisseurs alternatifs, clients finals propres, et autres tiers.

Par suite, le moyen tiré de ce que les actes attaqués n'organiseraient pas la cession de volumes d'électricité nucléaire historique et seraient, faute de pouvoir être regardés comme pris dans le cadre législatif de l'ARENH et du pouvoir réglementaire d'application défini à l'article L. 336-10 du code de l'énergie, dépourvus de base légale et incompétemment pris, ne peut qu'être écarté.

\*

Nous en venons donc aux moyens portant, une fois admise l'inscription des actes attaqués dans le cadre de l'ARENH, sur le respect des dispositions et principes régissant ce cadre ainsi que d'autres normes de droit interne.

En premier lieu, le moyen tiré de ce que les décisions attaquées méconnaissent l'article L. 336-1 du code de l'énergie en ce qu'elles obligent EDF à vendre une électricité nucléaire dont elle ne dispose pas et à acquérir de l'électricité non-nucléaire pour la revendre, sera, compte tenu de ce qu'on vient de dire, écarté comme manquant en fait.

En deuxième lieu, il est soutenu que le décret « procédure » et l'arrêté « volume » méconnaissent l'article L. 336-2 du code de l'énergie et sont entachés d'erreur manifeste d'appréciation, au regard tant de l'état de disponibilité du parc nucléaire français en 2022 que de l'objectif de stabilité des prix, en ce qu'ils rehaussent le plafond de l'ARENH à 120 TWh pour 2022 et imposent ainsi la livraison de 20 TWh complémentaires par rapport aux montants attribués à l'issue du guichet de novembre.

Compte tenu des termes mêmes de la loi, qui non seulement dispose à l'article L. 336-2 du code de l'énergie que « *le volume global maximal d'électricité nucléaire historique pouvant*

*être cédé est déterminé par arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie (...), en fonction notamment du développement de la concurrence sur les marchés de la production d'électricité et de la fourniture de celle-ci à des consommateurs finals et dans l'objectif de contribuer à la stabilité des prix pour le consommateur final »* mais impose ensuite que « *ce volume global maximal, qui demeure strictement proportionné aux objectifs poursuivis, ne peut excéder 150 térawattheures par an* », il nous semble que le contrôle juridictionnel de la proportionnalité du plafond fixé par les ministres aux objectifs assignés à l'ARENH par le législateur ne peut qu'être un contrôle normal.

Toutefois, même dans ce cadre, le moyen de disproportion et de méconnaissance de l'article L. 336-2 du code ainsi soulevé nous paraît devoir être écarté.

Le plafond ainsi rehaussé demeure sous le volume maximal de 150 TWh alors autorisé par le législateur.

Rapporté à la production totale d'électricité nucléaire d'EDF attendue au titre de 2022, de l'ordre de 300 à 330 TWh selon un communiqué de l'entreprise du 13 janvier 2022 ou, selon d'autres pièces des dossiers, de 295 à 315 TWh, le plafond de 120 TWh fixé au titre de 2022, représentait entre 36 et 40% de ce total. Or c'est au regard de ce dernier, et non des volumes non déjà prévus par EDF, qu'il convient d'apprécier la proportionnalité du plafond fixé au regard des capacités de production d'EDF.

Certes, cette part est largement supérieure à l'approximation de 25% qu'avaient mentionnée les travaux préparatoires de la loi NOME. Mais, d'une part, la structure du marché de détail a beaucoup évolué depuis 2010, du fait de l'augmentation des portefeuilles de clients et donc des besoins des fournisseurs alternatifs. D'autre part, indépendamment du rehaussement du plafond, l'augmentation de la part prise par l'ARENH dans la production nucléaire totale d'EDF trouve en partie sa cause dans une moindre disponibilité du parc nucléaire en 2022 liée notamment à des problèmes de corrosion et des retards pris par l'entreprise dans les plannings de maintenance (par comparaison, en 2019, la production française d'électricité d'origine nucléaire représentait un total de 379,5 TWh).

Enfin, et surtout, cette proportion est à mettre en regard, dans le contexte de hausse exceptionnelle des prix de l'électricité décrit ci-avant, avec les objectifs de fonctionnement concurrentiel du marché de l'électricité et de garantie de stabilité des prix sur ce marché mentionnés à l'article L. 336-2 du code de l'énergie, à la lumière desquels le Conseil constitutionnel avait, dans sa décision du 7 novembre 2019, *Loi relative à l'énergie et au climat* (n° 2019-791 DC), validé la constitutionnalité des dispositions ayant porté le maximum légal à 150 TWh.

Le ministre de l'économie fait ainsi valoir, sans être sérieusement contesté, que sans la livraison d'ARENH complémentaire organisée par les actes attaqués, le renchérissement du coût d'approvisionnement en électricité des fournisseurs alternatifs dont les demandes d'ARENH avaient été fortement écrêtées en novembre 2021 aurait conduit à une

augmentation moyenne des dépenses d'électricité de 18 % pour les consommateurs résidentiels au cours de l'année 2023 et, dès l'année 2022, de 23 % pour les petits professionnels, de 40 % pour les entreprises et les collectivités territoriales, et de 100 à 130 % pour les entreprises industrielles dites « électro-intensives », et que la mesure de rehaussement temporaire de l'ARENH a permis de contenir ces hausses dans les limites respectivement de 11 %, de 14 à 16 %, d'environ 20 % et de 60 à 100 %. La circonstance que le rehaussement de l'ARENH a ainsi bénéficié à l'ensemble des catégories de consommateurs, et non aux seuls grands professionnels ou électro-intensifs, ne saurait remettre en cause le constat d'une adéquation de la mesure à l'objectif législatif de garantir la stabilité des prix et de faire bénéficier l'ensemble des consommateurs des avantages du parc électronucléaire. Par ailleurs, en desserrant temporairement et partiellement la contrainte des coûts, ce rehaussement temporaire du plafond a permis de maintenir un fonctionnement concurrentiel du marché de détail de l'électricité, dans un contexte où la crise a poussé certains fournisseurs alternatifs d'électricité vers la sortie.

Dans ces conditions, ce rehaussement apparaît proportionné aux objectifs mentionnés à l'article L. 336-2 du code de l'énergie.

Si les requérant soutiennent en outre que le décret attaqué et l'arrêté volume méconnaissent le dernier alinéa de l'article L. 336-3 autorisant, en cas de circonstances exceptionnelles affectant les centrales nucléaires, la suspension de l'ARENH, en arguant de ce que les ministres auraient dû faire usage de ce pouvoir de suspension au lieu d'augmenter le volume maximal de l'ARENH, il résulte de ce que nous venons de dire que ce moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation des ministres à n'avoir pas fait application de ces dispositions doit être écarté.

En troisième lieu, après le volume, les requérants critiquent le prix de cession des MWh additionnels fixé par l'arrêté « prix ».

Ils soutiennent, tout d'abord, que la coexistence de deux prix différents (42 €/ MWh pour les volumes initiaux, 46,2 € pour les volumes additionnels) au titre de cessions intervenant pourtant au cours des mêmes mois et portant par suite sur de l'électricité produite dans des conditions économiques identiques, méconnaît le principe d'unicité du prix de l'ARENH qui découlerait des articles L. 337-13 et L. 337-16 du code de l'énergie.

Mais en disposant que les ministres arrêtent « le prix de l'électricité cédée » dans le cadre de l'ARENH, la loi ne fixe pas une règle d'unicité du prix et ne fait pas obstacle par principe à des différenciations de prix du MWh, en particulier au titre de livraisons intervenant concomitamment mais notifiées et décidées à des dates différentes.

Or l'article L. 337-16 du code de l'énergie faisant figurer, au nombre des éléments pouvant être pris en compte par les ministres pour arrêter le prix de l'ARENH dans l'attente du décret méthodologique prévu par l'article L. 337-15 du même code, l'inflation et l'évolution du

plafond de l'ARENH, ces éléments étaient de nature à justifier la fixation d'un prix plus élevé pour ces volumes additionnels.

Par ailleurs, si la coexistence des deux prix pourrait surprendre, il nous semble qu'eu égard à l'objet de l'arrêté attaqué, limité à la détermination des conditions de cession des volumes additionnels d'ARENH au titre de la période de livraison complémentaire exceptionnelle créée par le décret, les requérants ne sauraient utilement soutenir qu'en n'étendant pas le prix de cession de 46,2 €/ MWh qu'il a fixé pour ces volumes additionnels aux volumes déjà notifiés à l'issue du guichet de novembre, les auteurs de l'arrêté l'auraient entaché d'illégalité. Au demeurant, les décisions notifiées aux fournisseurs alternatifs à l'issue du guichet de novembre avaient, pour ces fournisseurs, créé des droits à acquérir les volumes alors notifiés au prix de 42 euros fixé par l'arrêté du 17 mai 2011 : or le décret « procédure » n'a pas subordonné l'octroi des volumes additionnels à l'acceptation, pour les bénéficiaires de ces volumes, d'un re-calcule tant des volumes que du prix des MWh déjà notifiés.

Les seuls actionnaires soutiennent ensuite que le prix de l'ARENH méconnaît les dispositions des articles L. 336-1 et L. 336-2 prévoyant que le prix de l'ARENH doit refléter les conditions économiques de production de l'électricité par les centrales nucléaires françaises historiques.

Mais outre que leur requête nous semble, pour les motifs qu'on a dits, irrecevable, d'une part, ce moyen est expressément dirigé dans les écritures contre le prix de 42 euros, qui ne résulte pas des actes attaqués, ne s'applique pas aux volumes cédés au titre de la livraison organisée par ceux-ci et reproche en réalité à ces actes une incompétence négative du pouvoir réglementaire dont ils ne sont pas entachés. Il est donc inopérant. D'autre part et en tout état de cause, à supposer que l'on regarde ce moyen comme dirigé également contre le prix de 46,2 € fixé par l'arrêté attaqué, il nous semble difficile, s'agissant d'un sujet aussi sensible et complexe et bien qu'il soit possible que ce prix soit sous-estimé, de faire droit à ce moyen sur la base d'un dossier aussi vide : la requête se résume, sur ce point, à la citation tronquée de deux extraits de trois lignes chacun issus l'un d'une communication de la Cour des comptes à l'Assemblée nationale de mai 2014 et l'autre d'un courrier aux ministres du Premier président de cette Cour de décembre 2017, alors notamment que la CRE a estimé dans sa délibération n° 2022-45 du 10 février 2022 que *« compte-tenu de la répartition des charges fixes et variables dans la structure des coûts du parc nucléaire et de la prévision médiane de production nucléaire pour 2022, (...) le prix des 20TWh additionnels pourrait être fixé entre 43,5 et 47 €/MWh. »*

En quatrième lieu, les requérants (hors SIPLEC) soutiennent que l'article 5 du décret attaqué place automatiquement EDF en situation de revente à perte et méconnaît, par suite, les dispositions de l'article L. 442-5 du code de commerce.

Mais compte tenu de ce que nous avons dit au début de ces conclusions sur l'absence d'assimilation du mécanisme en cause à une obligation d'achat-revente à perte de la même électricité, ce moyen ne pourra qu'être écarté.

En cinquième lieu, la société EDF soutient que les mesures en litige (rehaussement du plafond à 120 TWh, tarif de cession, prix d'achat au titre de l'article 5) font peser sur elle une charge, qu'elle estime à plus de plus de 8 milliards d'euros (4 milliards de perte directe, et 4 milliards de manque à gagner sur les TRV), disproportionnée au regard des objectifs assignés à l'ARENH par le législateur et de ce fait, sont contraires non seulement à l'article L. 336-2 du code de l'énergie, mais aussi à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle.

Toutefois, eu égard au choc des prix de l'électricité au détail pour les consommateurs finals que les mesures en cause ont eu pour objet de prévenir – directement pour les millions de sites en offre de marché chez les alternatifs, et indirectement, en termes de rattrapage en 2023, pour les dizaines de millions de consommateurs restés aux tarifs réglementés – et à la préservation du fonctionnement concurrentiel du marché de la fourniture souhaité par le législateur qu'elles ont permis nonobstant l'envolée des prix sur le marché de gros – fût-ce une concurrence reposant sur une jambe de bois –, la société EDF ne nous paraît pas fondée à soutenir que ces mesures, en raison de la charge en résultant pour elle – dont l'ampleur du chiffre à plus de 8 milliards pourrait au demeurant être discutée –, portent une atteinte disproportionnée à sa liberté d'entreprendre au regard des objectifs d'intérêt général poursuivis (sur la liberté d'entreprendre et l'ARENH, voir notamment Cons. cons. 7 novembre 2019, n° 2019-791 DC).

La critique des requérants porte, en sixième lieu, sur la chronologie de l'ARENH + et l'intervention en cours d'année 2022 des mesures attaquées. Elle s'articule en plusieurs branches : l'une est tirée d'une méconnaissance des dispositions des articles L. 336-3 et L. 336-5 du code de l'énergie en ce qu'elles posent un principe d'annualité de l'ARENH, l'autre invoque une violation du principe de non-rétroactivité des actes administratifs du fait d'une atteinte à des situations juridiquement constituées.

Aux termes de l'article L. 336-3 du code, « *le volume maximal cédé à un fournisseur mentionné à l'article L. 336-2 est calculé pour une année par la CRE (...) en fonction des caractéristiques et des prévisions d'évolution de la consommation des consommateurs finals et des gestionnaires de réseaux pour leurs pertes, que l'intéressé fournit et prévoit de fournir sur le territoire métropolitain continental, et en fonction de ce que représente la part de la production des centrales (nucléaires historiques) dans la consommation totale des consommateurs finals.* » Le premier alinéa de l'article L. 336-5 du même code dispose que « *I. - Dans un délai au plus d'un mois à compter de la demande présentée par un fournisseur (...), un accord-cadre conclu avec EDF garantit (...) les modalités selon lesquelles ce fournisseur peut, à sa demande, exercer son droit d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (...) par la voie de cessions d'une durée d'un an* ». Ce caractère annuel des cessions est repris à l'article R. 336-1 du code de l'énergie.

Les requérants soutiennent qu'en prévoyant une période de livraison d'une durée formelle d'un an, courant du 1<sup>er</sup> avril 2022 au 31 mars 2023, mais d'une durée effective de 9 mois, les

volumes additionnels attribués au titre de l'ARENH + étant livrés d'avril à décembre 2022 et les produits livrés au titre de janvier à mars 2023 étant nuls, le décret du 11 mars 2022 méconnaît les dispositions législatives précitées.

Mais d'une part, si la loi pose le principe du caractère annuel des cessions, elle disposait aussi, au troisième alinéa de l'article L. 336-3 dans sa rédaction alors applicable, que « *La CRE fixe, selon une périodicité infra-annuelle, le volume cédé à chaque fournisseur et le lui notifie.* » La loi ne fait ainsi pas obstacle au chevauchement de périodes de livraison, pour autant que les cessions correspondant à chacune de ces périodes soient formellement organisées sur une durée d'un an.

D'autre part, si vous avez, dans une décision *Société Oui Energy* du 9 juin 2022 (n° 454294, aux Tables sur ce point), jugé qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions législatives avec les diverses dispositions réglementaires prises pour leur application ayant aligné, depuis le décret n° 2011-466 du 28 avril 2011, les produits cédés dans le cadre de l'ARENH sur un unique profil à compter du 1er janvier 2016 pour l'ensemble des consommateurs, et si vous en avez déduit que les dispositions relatives aux livraisons « classiques » de l'ARENH ne permettent pas à la CRE de prévoir une cession d'électricité au titre de la période de livraison allant du 1er juillet d'une année donnée au 30 juin de l'année suivante qui ne commencerait effectivement qu'en janvier de cette seconde année, la loi elle-même, prise isolément, dispose le caractère annuel des cessions, mais n'impose pas que la quantité et le profil de produit cédé au cours d'une période de livraison soient constants et plats. Il était dès lors loisible au Premier ministre d'adopter, par décret, des dispositions dérogeant au profil plat du produit prévu par les dispositions réglementaires dans le cadre des cessions organisées au titre des guichets habituels et de prévoir un profil de produit livré nul au titre d'une partie de la période de livraison.

Derrière cette question se profile, en réalité, une question plus délicate : celle de la faculté de rehausser en cours d'année civile le plafond maximal de l'ARENH déterminé en application de l'article L. 336-2 et d'en tirer les conséquences en cours d'année par l'organisation d'une livraison complémentaire. Cette question rejoint celle soulevée, sur le terrain du principe général de non-rétroactivité des actes administratifs, par le moyen tiré de ce que les actes attaqués méconnaîtraient ce principe en remettant en cause les situations juridiquement constituées au titre de 2022 des fournisseurs et d'EDF à l'issue du guichet de novembre 2021 lors duquel le plafond d'ARENH alors en vigueur avait été atteint pour l'année civile à venir.

Deux lectures du code sont possibles.

Vous pourriez estimer que, faute d'avoir expressément autorisé le rehaussement par les ministres, en cours d'année civile, du volume maximal pouvant être cédé au titre de l'ARENH, et en n'envisageant au dernier alinéa de l'article L. 336-3 du code de l'énergie que la faculté, en cas de circonstances exceptionnelles affectant les centrales nucléaires, d'une suspension du dispositif d'ARENH et de la cession par EDF de tout ou partie des volumes correspondant, sans prévoir la faculté, en cas de circonstances exceptionnelles affectant le

prix de marché de l'électricité, d'une augmentation du plafond et des volumes devant être cédés par EDF aux alternatifs, la loi ne permettrait pas un tel rehaussement en cours d'année civile et n'autoriserait pas le pouvoir réglementaire à imposer la livraison par EDF de volumes additionnels à ceux qui résultaient du plafond annuel d'ARENH en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier.

Inversement, vous pourriez considérer que, ce que la loi n'interdit pas expressément, elle l'autorise, et que les dispositions précitées ne font, par suite, pas obstacle à ce que le volume maximal pouvant être cédé au titre de l'ARENH soit, dans la limite du plafond de 150 TWh alors fixé par la loi, rehaussé en cours d'une année civile par les ministres pour la durée restant à courir au titre de celle-ci – pour autant, bien sûr, que le volume ainsi fixé soit, conformément aux dispositions de l'article L. 336-2 du code, « strictement proportionné » aux objectifs mentionnés à cet article, y compris dans l'atteinte qu'il porte à la liberté contractuelle.

C'est après réflexion cette seconde interprétation, qui nous semble conforme aux textes et à l'objet de l'ARENH, que nous vous invitons à retenir : la loi nous semble encadrer strictement, en les limitant à certaines circonstances exceptionnelles affectant les centrales nucléaires, les cas dans lesquels il s'agirait de diminuer les volumes cédés par rapport à ceux qui avaient été notifiés, mais ne nous semble pas, par elle-même, interdire des réévaluations à la hausse.

Or si vous jugez que la loi autorise un rehaussement en cours d'année civile du volume maximal d'ARENH pouvant être cédé au titre de cette année, vous ne pourrez alors que juger qu'elle autorise aussi nécessairement le pouvoir réglementaire à tirer les conséquences d'un tel rehaussement par l'attribution des volumes correspondant et l'organisation de livraisons complémentaires par EDF.

Par ailleurs, dans un tel paradigme, le plafond étant susceptible d'être rehaussé à tout moment, dans la stricte mesure de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs mentionnés à l'article L. 336-2 du code et sous la réserve de ne pas porter une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre au vu de ces objectifs, l'opérateur historique ne saurait se prévaloir d'une situation juridiquement constituée et intouchable à l'issue de l'atteinte du plafond lors d'un guichet infra-annuel, et ne saurait dès lors invoquer une méconnaissance du principe de non-rétroactivité.

Quant aux alternatifs, si la loi limite, en ce qui les concerne, la faculté de ne pas leur céder tout ou partie des volumes qui leur avaient été notifiés, l'attribution de volumes complémentaires à raison de leurs demandes d'ARENH non satisfaites à l'issue du guichet de novembre ne remet pas en cause ces volumes et ne porte aucune atteinte à une situation juridiquement constituée à leur égard.

Par suite, le moyen tiré d'une méconnaissance de l'annualité de l'ARENH et du principe de non-rétroactivité des actes administratifs sera écarté.

Le dernier groupe de moyens se rapportant au droit interne n'est soulevé que par la SIPLEC, à l'appui de sa contestation de l'article 5 du décret subordonnant le bénéfice de l'ARENH + à l'engagement des alternatifs de vendre des volumes équivalents à EDF au prix de 257 euros/MWh. S'inscrivant dans une perspective inverse de celle des autres requérants, la société soutient que cet article méconnaît la liberté d'entreprendre des fournisseurs alternatifs et qu'elle méconnaît, en grevant d'une charge les coûts des alternatifs, les objectifs assignés à l'ARENH.

Mais d'une part, l'engagement prévu à l'article 5 ne s'impose qu'aux fournisseurs souhaitant bénéficier de l'avantage correspondant à la livraison de volumes additionnels d'ARENH : à chaque fournisseur d'opérer un calcul économique pour apprécier si, compte tenu de l'engagement auquel ces volumes additionnels sont subordonnés, il est dans son intérêt d'en bénéficier ou d'y renoncer. Le moyen tiré de ce que l'article 5 porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle des fournisseurs alternatifs n'est d'évidence pas fondé. D'autre part, eu égard à l'objet de la condition posée à l'article 5, tel que rappelé au début de ces conclusions, et aux effets de l'ensemble des mesures attaquées, il ne saurait être soutenu que l'obligation prévue par cet article, qui ne vide pas de sa portée l'attribution de volumes additionnels mais vise à éviter un effet d'aubaine pour les alternatifs et à préserver l'équilibre (ou limiter l'ampleur du déséquilibre) résultant pour EDF de l'obligation de se procurer des volumes d'électricité sur les marchés pour combler les besoins nés de l'attribution d'un surcroît d'ARENH aux fournisseurs alternatifs, méconnaîtrait les objectifs résultant des articles L. 336-1 et L. 336-2 du code de l'énergie.

\*

En ayant fini avec les critiques adressées aux mesures attaquées sur le fondement du droit interne, vous pourrez donc en venir aux moyens soulevés sur le terrain du droit de l'Union européenne. Ils se déploient selon deux axes : le droit des aides d'Etat et la directive (UE) 2019/944 du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE.

Commençons par les moyens « aides d'Etat », qui se subdivisent en trois branches :

- 1° Le rehaussement du plafond au-delà de 100 MWh méconnaîtrait la décision du 12 juin 2012 de la Commission européenne sur les TRV « jaunes » et « verts » et le « Tartam »;
- 2° L'ARENH lui-même étant une aide d'Etat, les mesures en cause, faute pour cette aide d'avoir été notifiée à la Commission, devraient s'analyser comme la modification d'une aide existante illégale ;
- 3° A supposer que l'ARENH « classique » ne soit pas une aide d'Etat, l'ARENH + devrait néanmoins, compte tenu de ses modalités, être considérée comme une telle aide, illégale faute de notification préalable à la Commission.

La première branche ne vous retiendra pas longtemps.

La décision du 12 juin 2012 de la Commission européenne ayant déclaré la mesure d'aide mise à exécution par la France au moyen des tarifs réglementés de l'électricité « jaunes » et « verts » et des tarifs réglementés transitoires d'ajustement du marché (« Tartam ») pour les grands et moyens consommateurs compatible avec le marché intérieur, n'avait conclu à cette compatibilité qu'à la condition notamment, selon l'article 2 de cette décision, que la France mette en place un dispositif d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique produite par EDF au profit des fournisseurs alternatifs pendant une période allant jusqu'au 31 décembre 2025, dans la limite d'un plafond de 100 TWh et pour un prix reflétant les conditions économiques de production de cette électricité ne pouvant excéder 42 euros par MWh tant qu'une mesure fixant sa méthode de calcul ne serait pas entrée en vigueur. La décision disposait : « *Cette mesure sera soumise à la Commission à l'état de projet en vue de son approbation préalable* ».

Les requérants soutiennent qu'en rehaussant le volume maximal d'ARENH au-delà de 100 TWh, d'abord virtuellement à l'article L. 336-2 par la loi du 8 novembre 2019 puis effectivement pour l'année 2022 par l'arrêté « volume » du 11 mars 2022, la France a méconnu l'« autorité de chose décidée » par la Commission dans sa décision du 12 juin 2012. Toutefois, l'article 2 de cette décision, s'il concernait l'ARENH, ne posait qu'une condition à la légalité des TRV jaunes et verts et du Tartam, qui ont été supprimés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016. Dès lors, le moyen tiré d'une méconnaissance de la décision du 12 juin 2012 est, en tout état de cause, inopérant à l'appui du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes attaqués.

Plus délicates sont les deux autres branches de la contestation « aide d'Etat » même si elles nous semblent, après examen, devoir être écartées.

Relevons, à titre liminaire, que si la France a informé la Commission de son intention de relever temporairement le plafond de l'ARENH dans le contexte de crise des prix de l'énergie, elle n'a toutefois pas véritablement notifié au titre du régime des aides d'Etat l'ensemble du régime ARENH ni le dispositif mis en place par les actes attaqués. Il est toutefois intéressant de relever que la Commission a accusé réception de la transmission de l'information de ce rehaussement par un courrier du 7 mars 2022, sans autre réaction de sa part.

Il résulte d'une jurisprudence constante de la CJUE que la qualification d'une mesure nationale d'aide d'Etat suppose la satisfaction cumulative de quatre critères : premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre les États membres, troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire et, quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Aussi, des mesures générales s'appliquant à tous les opérateurs économiques ne constituent pas des aides d'Etat (CJUE, 21 décembre 2016, *Commission c/ World Duty Free*, aff. C20/15 P et C-21/15 P).

Si les deux premiers critères ne sont guère discutés et discutables en ce qui concerne l'ARENH, tel n'est pas le cas des deux derniers, qui ne sont au demeurant pas toujours aisés à distinguer l'un de l'autre et dont l'examen se rejoint souvent dans la condition de sélectivité de l'aide.

Ainsi, s'agissant de la troisième condition (l'octroi d'un avantage à son bénéficiaire), la Cour de justice juge que sont considérées comme des aides d'Etat les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises, ou qui doivent être considérées comme un avantage économique que l'entreprise n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (par ex. CJCE, 23 mars 2006, *Enirisorse SpA*, aff. C-237/04 ou CJUE, 18 février 2016, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-446/14 P). Ces interventions peuvent notamment consister en des mesures qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent le budget d'une entreprise et qui, sans être des subventions, sont de même nature et ont des effets identiques à ceux d'une subvention (par ex. CJCE, 23 mars 2006, *Enirisorse SpA*, préc. ou Trib., 13 juin 2000, *EPAC c/ Commission*, aff. T-204/97 et T-270/97).

La Cour a aussi jugé, s'agissant de la quatrième condition, que « *les aides qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales faussent en principe les conditions de concurrence* » (par ex. CJCE, 3 mars 2005, *H...*, aff. C-172/03).

Toutefois, si l'article 107 du TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions visées, mais les définit en fonction de leurs effets et si la Cour de justice en déduit en principe l'absence d'incidence des objectifs généraux poursuivis par une réglementation nationale sur la caractérisation ou non d'une aide d'Etat (v. par ex. CJCE, 24 février 1987, *Deufil*, aff. C-310/85), l'objet du régime juridique plus global dans le cadre duquel une mesure s'inscrit n'est pas complètement indifférent.

En effet, pour apprécier l'existence d'un avantage sélectif constitutif d'une aide d'Etat, la Cour juge que l'article 107 du Traité « *impose de déterminer si, dans le cadre d'un régime juridique donné, une mesure nationale est de nature à favoriser certaines entreprises ou productions par rapport à d'autres, lesquelles se trouveraient, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime, dans une situation factuelle et juridique comparable* » et « *qui subissent ainsi un traitement différencié pouvant être qualifié de discriminatoire* » (par ex. CJCE, 3 mars 2005, *H...*, précité ; CJUE, Gr. Ch., 21 décembre 2016, *World Duty Free*, aff. C-20/15 P et C-21/15 P). La Cour a, dans le même ordre d'idées, à de nombreuses reprises affirmé que la notion d'aide d'Etat ne vise pas des mesures introduisant une différenciation entre entreprises en matière de charges lorsque cette différenciation résulte de la nature et de l'économie du système de charges en cause (par ex. CJCE, 2 juillet 1974, *Italie c/ Commission*, aff. C-173/73 ; CJCE, 26 septembre 2002, *Espagne c/ Commission*, aff. C-351/98 ; CJCE, 13 février 2003, *Espagne c/ Commission*, aff. C-409/00 ; CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. C-159/01 ; CJCE, 14 avril 2005, *AEM*, aff. C-128/03 et

C-129/03 ; ou CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne c/ Gibraltar et Royaume-Uni*, aff. C-106/09 P et C-107/09 P). Dans son arrêt *World Duty Free* de Grande Chambre du 21 décembre 2016, la Cour a élargi cette formule à toute « *différenciation* » entre entreprises justifiée par « *la nature ou l'économie du système dans lequel (les mesures) s'inscrivent* ». Enfin, si la circonstance qu'un Etat membre cherche à rapprocher les conditions de concurrence prévalant dans un certain secteur économique de celles prévalant dans d'autres Etats membres ne saurait enlever à ces mesures le caractère d'aides d'Etat, « *un avantage conféré à une entreprise, en vue de corriger une situation concurrentielle défavorable, ne constitue pas une aide d'Etat (...) lorsqu'il est justifié par des raisons économiques et lorsqu'il n'introduit pas de discrimination entre les opérateurs économiques établis dans les différents Etats membres* » (Trib. 28 novembre 2008, *Hotel Cipriani c/ Commission*, aff. T-254/00).

La jurisprudence de la Cour révèle une approche stricte de la notion de différenciation entre entreprises en matière de charges résultant de la nature et de l'économie du système de charges en cause (par ex. CJUE 8 mars 2016, *Grèce c/ Commission*, aff. C-431/04), tout comme une application au compte-gouttes de l'exception de non-comparabilité de la situation factuelle et juridique des entreprises bénéficiaires d'une mesure au regard de l'objectif poursuivi par un régime juridique donné, dès lors qu'une approche trop libérale de la différence de situation ou trop étroite du régime juridique donné viderait de toute portée le contrôle des aides d'Etat. A cet égard, la seule circonstance que les bénéficiaires d'une aide doivent supporter des charges que les entreprises d'autres secteurs ne supportent pas est insuffisante pour établir qu'une différenciation entre entreprises en matière de charges est justifiée par la nature et l'économie du système de charges en cause (Trib., 25 mars 2015, *Belgique c/ Commission*, aff. T-538/11).

L'on trouve néanmoins quelques applications positives de ces principes.

Ce sont ainsi des considérations parentes qui, entre autres, ont irrigué la jurisprudence relative à l'absence de caractérisation d'une aide d'Etat par la compensation des charges d'intérêt général dans le cadre d'un service d'intérêt économique général, lorsqu'elles représentent la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que l'intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence.

C'est par ailleurs sur le terrain de la différence de situation factuelle et juridique que la Cour s'est fondée pour conclure à l'absence de caractère sélectif d'une mesure, et par suite à l'absence d'aide d'Etat, dans le cas d'une réglementation nationale instaurant, pour une période déterminée, une taxe sur l'utilisation de combustible nucléaire aux fins de la production industrielle d'électricité, et ne touchant pas les productions d'électricité autres que nucléaire. La cour a relevé qu'eu égard à l'objet de la mesure, visant à générer, en application du principe du pollueur-payeur, des recettes budgétaires devant servir à alléger, pour le budget

de l'Etat, la charge que représente la nécessaire réhabilitation d'un site minier de stockage de déchets radioactifs provenant de l'utilisation de combustible nucléaire, les productions d'électricité utilisant du combustible nucléaire n'étaient pas dans une situation comparable à celle des autres modes de production d'électricité (CJCE, 4 juin 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, aff. C-5/14).

Dans l'arrêt *E...* du 23 mars 2006 (préc.), la Cour a jugé qu'en accordant aux associés d'une société contrôlée par l'État une faculté, dérogatoire au droit commun, de retrait de cette société à la condition de renoncer à tout droit sur le patrimoine de celle-ci, et en limitant en pareil cas le droit au remboursement des associés, la loi italienne ne saurait être regardée comme ayant pour objet d'alléger une charge que cette société aurait normalement dû supporter mais se borne à éviter que le budget de cette société soit grevé par une charge qui, dans une situation normale, n'aurait pas existé en neutralisant l'avantage accordé à l'associé sous la forme d'une faculté exceptionnelle de retrait.

Enfin, dans l'arrêt *AEM SpA* du 14 janvier 2005 (préc.), la CJCE a jugé que ne constituait pas une aide d'Etat une mesure qui impose, à titre transitoire, une majoration de la redevance pour l'accès au réseau national de transport d'électricité et pour son utilisation aux seules entreprises productrices-distributrices d'électricité provenant d'installations hydrauliques et géothermiques, afin de compenser l'avantage généré pour celles-ci, pendant la période de transition, par la libéralisation du marché de l'électricité à la suite de la transposition de la directive 96/92, dès lors qu'une telle différenciation constitue une différenciation en matière de charges résultant de la nature et de l'économie du système de charges en cause.

Or quoi que nous pensions, sur le fond, de la pertinence économique de cet outil qui n'a pas incité, en dépit de l'affirmation de son caractère transitoire, les fournisseurs alternatifs à se doter de capacités de production d'électricité, et dont l'examen soulève immanquablement la question du bien-fondé de la libéralisation du marché de l'électricité dont il ne nous appartient pas de connaître, qu'est-ce que l'ARENH ?

L'ARENH part d'un triple constat, implacable : premièrement, le droit européen impose la libéralisation du secteur de la fourniture d'électricité ; deuxièmement, compte tenu du monopole de fait de l'opérateur historique intégré EDF, procédant de son ancien monopole de droit, sur les capacités de production électronucléaire en France, de leur volume et de leur compétitivité, cet opérateur dispose via ce parc, qui lui permet de ne pas s'approvisionner sur le marché de l'électricité à hauteur de cette production et le préserve de la volatilité des prix sur le marché de gros, d'un avantage concurrentiel en matière de charges pour l'exercice de son activité de fourniture au détail, et rend impossible sans intervention étatique l'émergence véritable et durable d'une concurrence sur ce segment ; troisièmement, ce parc électronucléaire ayant été historiquement financé par l'ensemble des contribuables et des consommateurs français, il serait légitime qu'il continue, au moins pour un temps, de profiter à tous.

A partir de là, deux options étaient envisageables pour, sinon aligner, du moins rapprocher les niveaux de coûts de l'opérateur historique et des fournisseurs alternatifs, selon un système que le professeur Jacques Percebois, dans une tribune parue en mai 2018, qualifiait de manière éclairante d' « écluse ».

L'on aurait pu, comme dans l'affaire *AEM* précitée, taxer spécifiquement la rente nucléaire d'EDF de façon à augmenter le niveau des charges de cet opérateur et neutraliser ainsi son avantage concurrentiel à l'égard des autres.

Alternativement, l'on pouvait décider – et c'est le choix opéré à travers l'ARENH – de réduire le niveau des charges des fournisseurs alternatifs pour le rapprocher de celui d'EDF en leur permettant de s'approvisionner en électricité nucléaire produite par ce dernier à un prix régulé. Or ce prix régulé doit, en vertu de l'article L. 337-13 du code de l'énergie, être représentatif des conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires afin d'assurer une juste rémunération à EDF et, à cet égard, intégrer la rémunération des capitaux prenant en compte la nature de l'activité, les coûts d'exploitation, les coûts des investissements de maintenance ou nécessaires à l'extension de la durée de l'autorisation d'exploitation et les coûts prévisionnels liés aux charges pesant à long terme sur les exploitants d'installations nucléaires de base. Le Conseil constitutionnel a précisé dans sa décision du 7 novembre 2019 que, dans l'attente du décret en Conseil d'Etat devant préciser les méthodes d'identification et de comptabilisation de ces coûts – peut-être les rédacteurs de ce décret sont-ils partis en Arles, car cela fait maintenant plus de douze ans que son adoption est attendue...- les ministres ne peuvent fixer le prix de l'ARENH « *sans suffisamment tenir compte des conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires* ». Par ailleurs, l'ARENH est un mécanisme transitoire, jusqu'en 2025.

Par suite, même si le remède retenu est différent du dispositif en cause dans l'affaire *AEM*, en ce que le mécanisme conduit, non à imposer un prélèvement financier supplémentaire à l'opérateur historique pour augmenter ses coûts par un système de charges différencié, mais à mettre en place des flux physiques entre opérateur historique et opérateurs alternatifs à un prix reflétant les niveaux de coûts du premier de manière à alléger les charges des seconds par rapport à celles qui résulteraient d'un approvisionnement sur le marché et à les rapprocher de celles d'EDF, la logique profonde est la même. Il s'agit de mettre en place un dispositif de neutralisation de l'avantage en matière de charges dont dispose EDF, qui est inhérent à l'économie et au système des charges liées à l'approvisionnement en électricité en France compte tenu du monopole de fait de l'opérateur historique en matière nucléaire. Les alternatifs et EDF ne sont pas dans une situation objectivement comparable au regard du régime juridique en cause.

Ce dispositif en matière de charges n'a ainsi pas d'autre objet que de rendre une concurrence possible en France, comme l'a noté la Commission dans un avis du 27 août 2021. Il tire les conséquences de ce que le marché français de la fourniture de l'électricité n'est pas – et l'on retombe ici sur la question de la possibilité d'une libéralisation du marché français qui ne soit pas artificiellement entretenue – un marché dans lequel, sans intervention étatique, la

concurrence est durablement possible dans des conditions « normales ». Or la caractérisation d'une aide d'Etat par la jurisprudence de la CJUE suppose, on l'a dit, l'octroi d'un avantage éloignant des conditions normales de marché – notion que l'avocat général Jacobs dans ses conclusions sur l'affaire *GEMO* définissait comme un marché « sans dysfonctionnements » – et de ce fait faussant ou menaçant de fausser la concurrence. L'ARENH a précisément l'objet inverse : elle est pensée comme un remède concurrentiel visant à compenser des désavantages structurels et à éviter que l'héritage de l'histoire et les caractéristiques congénitales du marché français de l'électricité faussent la concurrence.

Certes, l'ARENH ne pousse pas jusqu'au bout le système de l'écluse, les alternatifs n'étant pas tenus de s'approvisionner en ARENH auprès d'EDF lorsque les conditions sur le marché de gros sont plus favorables, alors qu'en pareil cas, les centrales nucléaires produisant l'électricité de base continuent de fonctionner et qu'EDF expose alors des coûts d'approvisionnement plus élevés que ceux des fournisseurs alternatifs. Mais il comporte en revanche, par le biais du complément de prix, un garde-fou visant à prémunir EDF des demandes excessives.

Ajoutons que ce mécanisme n'est pas limité aux seuls fournisseurs dont le siège social est en France, mais bénéficie à tous les opérateurs – français ou étrangers – fournissant des consommateurs finals résidant sur le territoire métropolitain continental. Or les consommateurs français ayant contribué à financer par le passé le parc électronucléaire français, ils ne sont pas, au regard du régime juridique en cause, dans la même situation que ceux établis dans les autres Etats membres.

Par suite, pour autant que ce mécanisme soit, dans ses paramètres de tarif et de volume, limité à ce qui est nécessaire pour ne pas excéder la compensation de l'avantage en matière de charges dont dispose l'opérateur historique, il nous semble possible de considérer que l'ARENH, par sa nature, ne remplit pas les troisième et quatrième conditions de caractérisation d'une aide d'Etat.

La seconde branche de l'argumentation des requérants sera donc écartée.

Si l'ARENH n'est donc pas constitutif en lui-même d'une aide d'Etat au sens de l'article 107 du TFUE, le surcroît d'ARENH organisé par les actes attaqués devrait-il néanmoins, compte tenu de ses modalités spécifiques de calcul et d'attribution, être regardé comme une telle aide, illégale faute de notification préalable ainsi que le soutient la dernière branche « aide d'Etat » des requêtes ?

Premièrement, dans le contexte particulier que nous avons décrit, il ne ressort pas des pièces du dossier que le rehaussement temporaire de 20 TWh du volume cédé et le prix de cette cession conduiraient à modifier la nature de remède-compensation, et non d'avantage faussant la concurrence, de l'ARENH telle que décrite ci-avant.

Deuxièmement, l'article 5 du décret ne nous paraît pas conduire à une analyse différente, le mécanisme organisé n'étant pas, à proprement parler, un mécanisme d'achat-revente d'électricité non-nucléaire et ne transformant pas l'ARENH + en versement d'une subvention budgétaire par EDF aux alternatifs dans le cadre d'un pur et simple règlement financier.

La qualification d'aide d'Etat aux fournisseurs alternatifs de l'octroi de ces volumes additionnels pourra donc être écartée.

Troisièmement, en ce qui concerne les consommateurs finals professionnels, il nous semble, à la réflexion, que ce mécanisme ne caractérise pas davantage une telle aide, contrairement à ce que soutient la société EDF en se prévalant d'une obligation de répercussion de l'avantage résultant de l'allègement de charges par l'ARENH + sur les clients finals qui n'existerait pas pour les volumes d'ARENH « classiques ».

En effet, l'article 11 du décret attaqué, par lui-même, ne nous paraît pas créer d'obligation de répercussion à l'euro, sous peine de sanction, sur leurs clients de l'allègement de charges découlant pour les alternatifs de l'ARENH +. Il se borne à prévoir que les fournisseurs bénéficiant de volumes additionnels au titre de la période complémentaire de livraison transmettent à la CRE les données et informations nécessaires au suivi de la répercussion à leurs clients finals de ces cessions. Bien sûr, la logique même de l'ARENH repose sur le présupposé d'une nécessaire traduction de l'allègement du coût d'approvisionnement des alternatifs qui en résulte sur le prix proposé par ces fournisseurs au client final, mais cette traduction découle en réalité d'impératifs économiques concurrentiels, sans qu'il ait été besoin de la traduire expressément en impératif juridique. Or il ne nous paraît pas en aller fondamentalement différemment des volumes additionnels répartis en vertu des actes attaqués, même si le suivi de leur répercussion par les pouvoirs publics est, compte tenu du caractère exceptionnel de ce rehaussement et de la charge en résultant pour l'opérateur historique, plus attentif et si la CRE a, sur ce fondement, adopté une délibération et entendu contrôler de manière poussée sa mise en œuvre. L'article 11 ne nous semble donc pas modifier la nature du dispositif institué.

Au demeurant, même en regardant l'ARENH + comme une intervention étatique accordant directement, les fournisseurs alternatifs ne constituant que de simples « tuyaux », un allègement de charges constitutif d'un avantage aux clients de ces fournisseurs, le critère de sélectivité d'un tel avantage ne saurait être regardé comme rempli.

Certes, l'ARENH+, pris isolément, ne bénéficie pas directement à tous les consommateurs : il bénéficie aux consommateurs d'électricité clients des alternatifs – et plus précisément encore, des alternatifs qui avaient candidaté au guichet de novembre 2021 et obtenu des volumes à ce titre. Mais d'une part, le rehaussement du volume de l'ARENH bénéficie aussi indirectement, compte tenu du principe des briques de coûts, aux clients d'EDF aux tarifs réglementés – c'est d'ailleurs en raison de cette répercussion sur la limitation du rattrapage 2023 qu'EDF chiffre le coût indirect des actes attaqués pour elle à 4 milliards d'euros supplémentaires. D'autre part, les clients d'EDF ne se trouvent pas, au regard de la problématique de stabilité des prix

liée aux coûts d'approvisionnement exposé par leur fournisseur et du bénéfice de la compétitivité du parc nucléaire, dans la même situation que les clients des alternatifs. Surtout, les mesures attaquées ne nous paraissent pas devoir être prises isolément mais nous semblent devoir être appréciées ensemble les autres mesures adoptées par les pouvoirs publics dans le contexte de la crise des prix de l'énergie à compter de l'automne 2021, en cherchant à actionner tous les leviers possibles de manière à bénéficier à tous les consommateurs d'énergie (gaz, électricité, clients des opérateurs historiques ou des alternatifs, résidentiels ou professionnels). Or comme le rappelait la Commission dans sa communication du 24 mars 2022 intitulée « encadrement temporaire de crise pour les mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie à la suite de l'agression de la Russie contre l'Ukraine », « *Les mesures ciblant les consommateurs d'énergie commerciaux ne constituent pas des aides d'État, pour autant qu'elles soient de nature générale.* »

Dans ces conditions, l'ensemble des moyens soulevés sur le terrain des aides d'Etat à l'encontre du décret attaqué, de l'arrêté volume, ainsi que de l'arrêté prix, et tiré d'une illégalité de ceux-ci faute de notification préalable, sera écarté, sans qu'il soit besoin de faire droit aux demandes d'une partie des requérants tendant à ce que vous adressiez une demande à la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae*.

Le dernier groupe de moyens des requêtes porte sur la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Ils seront écartés plus rapidement.

Il est d'abord soutenu que les mesures litigieuses méconnaissent, compte tenu de la charge qu'elles font peser sur EDF et de l'avantage qu'elles accordent aux alternatifs, l'article 3, paragraphe 4 de cette directive, au terme duquel : « *Les États membres veillent à garantir des conditions de concurrence équitables dans le cadre desquelles les entreprises d'électricité sont soumises à des règles, des frais et un traitement transparents, proportionnés et non discriminatoires (...).* » Mais compte tenu de ce que nous avons dit sur la différence de situation structurelle entre EDF et les alternatifs en matière de charges résultant de la situation de monopole d'EDF sur la production électronucléaire, dont il résulte que ces opérateurs ne sont pas dans une situation objectivement comparable au regard du régime juridique en cause, de ce que nous avons dit ensuite sur les finalités et l'objet de l'ARENH, et enfin des objectifs énoncés à l'article 1er de la directive (notamment « *assurer des prix et des coûts énergétiques abordables et transparents aux consommateurs* »), le moyen sera écarté.

Il est soutenu enfin que les mesures litigieuses méconnaissent l'article 5 de la directive, aux termes duquel « *1. Les fournisseurs sont libres de déterminer le prix auquel ils fournissent l'électricité aux clients. Les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer une concurrence effective entre les fournisseurs* » et prohibant, pendant la période transitoire durant laquelle des tarifs réglementés sont, sous conditions, possibles, les subventions croisées directes entre les clients fournis aux prix du marché libre et ceux fournis aux prix de fourniture réglementés. Mais les mesures en litige n'ont pas pour objet de fixer les prix de

détail de la fourniture d'électricité aux clients finals et ne créent aucune subvention croisée de la nature de celles prohibées par cet article.

Par suite, aucun des moyens des requêtes n'étant fondé, vous rejetterez celles-ci, y compris leurs conclusions à fin d'injonction et leurs conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du CJA. Les conclusions présentées à ce dernier titre par les intervenants seront rejetées, faute pour ceux-ci d'avoir la qualité de partie au litige au sens de ces dispositions.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'admission des interventions des différents intervenants ;
- au rejet des requêtes ;
- et au rejet des conclusions présentées par l'ANODE et l'AFIEG au titre de l'article L. 761-1 du CJA.