

Séance du 12 juillet 2023

Lecture du 26 juillet 2023

## CONCLUSIONS

### Mme Céline GUIBE, Rapporteuse publique

Face à l'emballlement des prix de l'énergie au cours du second semestre de l'année 2021, lié, notamment, à la hausse des prix du gaz en Europe, à laquelle s'est ajoutée, en France, la dégradation de la disponibilité du parc nucléaire, le législateur a mis en place un « bouclier tarifaire » destiné à protéger les consommateurs. S'agissant de l'électricité, la réduction de la taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité (TICFE) à son niveau minimum autorisé par l'Union européenne s'avérant insuffisante pour atteindre l'objectif de contenir la hausse des tarifs réglementés de vente de l'électricité (TRVe) à 4 % pour l'année 2022, il y a été ajouté un dispositif de plafonnement direct, inscrit à l'article 181 de la loi de finances initiale pour 2022<sup>1</sup>.

Ce dispositif déroge aux dispositions des articles L. 337-4 à L. 337-9 du code de l'énergie qui prévoient que les tarifs réglementés sont fixés, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), selon une méthode qui permet de garantir la possibilité, pour les fournisseurs concurrents d'EDF, de proposer des prix au moins aussi attractifs.

Le législateur a prévu que si les propositions de la CRE conduisent à une augmentation des tarifs dits « bleus » applicables aux consommateurs résidentiels excédant de plus de 4 % ceux applicables au 31 décembre 2021, les ministres chargés de l'économie et de l'énergie peuvent s'y opposer 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). La loi instaure également des mécanismes de compensation des pertes de recettes d'EDF (VII de l'article 181), ainsi que de celles des fournisseurs alternatifs, contraints d'aligner leurs offres sur les tarifs gelés sauf à perdre leur clientèle (VIII de l'article 181).

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 plusieurs arrêtés pris le 28 janvier 2022, les ministres chargés de l'économie et de l'énergie se sont

---

<sup>1</sup> Loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021.

alors opposés à l'ensemble des propositions de tarifs formulées par la CRE, applicables aux consommateurs résidentiels comme non résidentiels, pour contenir la hausse des tarifs à 4% TTC à compter du 1<sup>er</sup> février 2022.

Un seul de ces arrêtés, à savoir celui qui fixe les tarifs applicables aux consommateurs non résidentiels en France métropolitaine continentale, a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, qui est présenté par la société la société ekWateur, fournisseur alternatif d'électricité.

1. La société fait valoir que cet arrêté est entaché d'incompétence, le législateur ayant seulement autorisé les ministres chargés de l'économie et de l'énergie à geler les tarifs bleus applicables aux clients résidentiels. Nous pensons que ce moyen est fondé.

1.1. En défense, le ministre de l'économie fait valoir que la référence, au VI de l'article 181 de la loi de finances pour 2022, à une augmentation de 4% des tarifs bleus applicables aux consommateurs résidentiels, s'analyse comme une simple condition déclenchant la mise en œuvre des pouvoirs de plafonnement conférés aux ministres, ceux-ci étant autorisés, une fois cette condition remplie, à s'opposer à l'ensemble des propositions de tarifs formulées par la CRE et à fixer eux-mêmes ces tarifs, y compris ceux qui s'appliquent aux consommateurs non résidentiels.

Cette thèse ne correspond pas à la lecture naturelle du texte, qui doit être strictement interprété, s'agissant d'une mesure de réglementation des prix portant atteinte à la liberté d'entreprendre<sup>2</sup>.

C'est déjà le cas si l'on ne tient compte que du VI de l'article 181, qui invite, par l'emploi d'un article démonstratif – « ces propositions motivées de la CRE » -, à assimiler les propositions de tarifs faisant l'objet d'une hausse considérée comme excessive et les propositions auxquelles les ministres peuvent s'opposer.

Par ailleurs, ce VI ne peut être lu sans tenir compte des dispositions relatives aux mécanismes de compensation des pertes des fournisseurs, dans leur rédaction issue de la loi de finances pour 2022. Le VII de l'article 181 n'instituait, en effet, une « composante de rattrapage » pour couvrir les pertes de recettes d'EDF que pour les tarifs bleus résidentiels, à hauteur du seul gel affectant ces derniers. De la même manière, le VIII de l'article 181 ne prévoyait la couverture des pertes des autres fournisseurs qu'à hauteur de la différence entre les tarifs bleus résidentiels gelés et les tarifs bleus résidentiels qui auraient été appliqués en l'absence de gel. Or, ces mécanismes sont, à notre sens, indissolublement liés au gel des tarifs, non seulement dans leur logique, mais également sur le plan juridique, dans la mesure où il nous paraît douteux que le législateur puisse, sans méconnaître la liberté d'entreprendre, ou, à tout le

---

<sup>2</sup> Sur la liberté de fixer ses tarifs comme composante de la liberté d'entreprendre, v. décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, cons. 21 ; décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, cons. 32 ; décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015, Société UBER France SAS et autre, cons. 20.

moins, le droit de l'Union européenne, imposer des pertes « sèches » à des opérateurs privés d'une ampleur telle qu'elle mette en cause leur activité et menace la viabilité de certains d'entre eux.

La lecture combinée du VI de l'article 181 et de ses VII à XI nous semble, ainsi, bien plus pertinente que le parallèle dressé par le ministre avec les dispositions de l'article 29 de la loi de finances pour 2022 relatives au volet fiscal du bouclier tarifaire. L'augmentation de 4% du tarif bleu, mesurée à partir de la moyenne des options et versions tarifaires applicables aux seuls usages résidentiels, y constitue certes une simple condition de la minoration des tarifs de la taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité, laquelle profite ensuite aux usages tant domestiques que professionnels. Mais l'on comprend ici le choix d'un indicateur unique, calculé par la CRE, et qu'il est aisé de vérifier, pour déclencher une mesure fiscale applicable à des catégories de consommations très diverses, y compris celles d'entreprises non éligibles aux TRVe. A l'inverse, l'opportunité du plafonnement des tarifs réglementés, tant résidentiels que professionnels, peut être directement, et distinctement, appréciée au regard des évolutions proposées par la CRE, qui distingue entre les deux types de tarifs.

Par ailleurs, les travaux préparatoires de la loi de finances pour 2022 ne permettent pas de retenir l'interprétation défendue par le ministre. Les dispositions en cause sont issues d'un amendement gouvernemental<sup>3</sup> présenté au cours de la nouvelle lecture du projet de loi à l'Assemblée nationale, dont l'exposé des motifs fait essentiellement état des aides diverses versées aux ménages pour les aider à faire face à la hausse des prix de l'énergie, et qui ne mentionne aucune sélectivité délibérée des dispositifs de compensation.

Enfin, le législateur lui-même a retenu des dispositions en cause une lecture restreinte au gel des seuls tarifs résidentiels lorsqu'il s'est à nouveau penché, pour le prolonger, sur le dispositif du bouclier tarifaire dans le cadre de la loi de finances pour 2023<sup>4</sup>. Relevant que les arrêtés adoptés en janvier 2022 avaient concerné l'ensemble des clients bénéficiant des TRVe « et pas uniquement les clients résidentiels bénéficiant du tarif bleu comme cela avait été envisagé à l'origine », ce qu'il qualifiait d'« extension » du bouclier tarifaire<sup>5</sup>, le Parlement a modifié les dispositions des VII à IX de l'article 181 de la loi de finances pour 2022, afin d'étendre le droit à compensation des pertes de recettes d'EDF et des autres fournisseurs d'électricité aux pertes subies sur les contrats conclus avec des clients professionnels éligibles aux TRVe.

**1.2.** Ces éléments, dont la défense ne dit mot, confirment qu'à la date à laquelle l'arrêté attaqué a été adopté, la loi n'autorisait pas les ministres à prendre une mesure de gel des tarifs non résidentiels.

---

<sup>3</sup> Amendement n° 897, adopté le 10 décembre 2021.

<sup>4</sup> Article 181 de la loi n° 2022-1726 du 30 décembre 2022.

<sup>5</sup> Rapport de M. J.-F. Husson au nom de la Commission des finances du Sénat.

Ce qui conduit, toutefois, à une autre interrogation : les modifications issues de la loi de finances pour 2023, postérieures à l'adoption de l'arrêté attaqué, sont-elles susceptibles d'exercer une influence sur le sort du recours ?

Elles ne constituent pas, c'est certain, une validation législative expresse de l'arrêté, le Parlement n'ayant, probablement, pas eu connaissance du recours présenté à son encontre, dont les travaux préparatoires ne font pas mention. Mais vous avez eu l'occasion, par le passé, d'admettre certaines validations implicites, qui vous ont conduit, selon le cas, à prononcer un « non-lieu législatif », ou à constater que l'illégalité invoquée devant vous avait disparu, rendant le moyen soulevé inopérant. La validation législative étant l'exception, vous ne l'avez retenue, toutefois, que lorsqu'elle était la conséquence nécessaire de la loi (Ass. 27 novembre 1964, Union nationale des associations familiales, au rec. p. 587) et qu'elle comportait une dimension rétroactive (Ass. 7 décembre 1962, Fédération générale des fonctionnaires CGT-FO et Union générale des fédérations de fonctionnaires, au rec. p. 666).

Nous ajouterons que cette veine jurisprudentielle, antérieure à l'encadrement plus strict des validations opéré par les juges constitutionnel et conventionnel, ne trouve guère d'illustrations positives récentes à l'exception du cas très spécifique des lois prorogeant l'état d'urgence déclaré par décret, qui valent approbation juridique de ce dernier (Ass. 24 mars 2006, Rolin et Boisvert, n°s 286834 278218, au rec. ; 4 juin 2021, M. Le Provost, n° 445833). Sans doute ceci traduit-il le resserrement de vos propres exigences, tout comme l'opportunité qu'une validation ne puisse être constatée que lorsqu'elle est pleinement assumée, comme telle, par le législateur.

En l'espèce, le législateur n'a pas modifié la base légale de l'arrêté attaqué, qui figure au VI de l'article 181 de la loi de finances pour 2022, mais s'est contenté de modifier les dispositions des VII à IX du même article, relatives au mécanisme de compensation. Ces modifications sont présentées, dans les travaux préparatoires, comme des « ajustements » du dispositif de compensation pour « acter » ou pour « entériner » l'extension du bouclier tarifaire aux consommateurs finals non résidentiels<sup>6</sup>. Elles n'ont, *stricto sensu*, pas de portée rétroactive dès lors que les mécanismes de compensation en cause avaient vocation à jouer au cours de l'année 2023, par la voie, pour EDF, d'une composante de rattrapage intégrée dans les tarifs réglementés de l'année 2023, et, pour les fournisseurs alternatifs, par un versement après calcul par la CRE des pertes encourues, assimilées à des charges imputables aux obligations de service public<sup>7</sup>. Nous voyons, dans ces modifications, des ajustements de nature compensatoire, qui viennent, *a posteriori*, indemniser les fournisseurs des conséquences financières de l'action du pouvoir réglementaire, mais non une mesure de validation qui purgerait l'acte réglementaire de son illégalité. Vous pourriez, certes, estimer

---

<sup>6</sup> Rapport précité de J.-F. Husson.

<sup>7</sup> Ces charges sont déterminées et reversées selon la procédure prévue aux articles R. 121-30 et s. du code de l'énergie.

La loi de finances pour 2023 ne modifie pas le X de l'article 181 de la loi de finances pour 2022, qui avaient permis aux fournisseurs ayant moins d'un million de clients résidentiels de percevoir dès l'année 2022 une compensation calculée au regard de leurs pertes prévisionnelles.

qu'il est artificiel de séparer la cause des conséquences, mais la loi ne nous paraît pas suffisamment univoque pour admettre l'existence d'une validation en l'espèce.

Si vous nous suivez, vous annulerez donc l'arrêté attaqué pour incompétence.

2. Avant de nous pencher sur les conséquences d'une telle annulation, signalons, ce qui n'est pas neutre pour apprécier la nécessité d'en moduler les effets dans le temps, que le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 5 de la directive du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité<sup>8</sup> nous paraît également fondé.

2.1. Cet article, qui porte sur le prix de fourniture, pose le principe d'une libre détermination de ce prix par les fournisseurs d'électricité. Son paragraphe 3 autorise, par dérogation, les Etats-membres à recourir à des interventions publiques dans la fixation des prix pour la fourniture d'électricité aux clients résidentiels vulnérables ou en situation de précarité énergétique – ce qui n'est pas le cas ici. Son paragraphe 6 permet, en outre, une intervention publique dans la fixation des prix pour la fourniture d'électricité aux clients résidentiels et aux microentreprises, dans le but d'assurer une période transitoire permettant d'établir une concurrence effective entre les fournisseurs et de parvenir à une fixation pleinement effective des prix de détail fondée sur le marché. La formulation est ciselée pour le « régime de croisière » du dispositif français des TRVe, dont on a dit qu'ils étaient calculés de manière à garantir la possibilité, pour les fournisseurs concurrents d'EDF, de proposer des prix au moins aussi attractifs. Ces dispositions n'ont, en revanche, pas été conçues pour faire face aux situations de hausse exceptionnelle des prix. Ce qui n'exclut pas de les mobiliser dans cette hypothèse, comme l'a admis la Commission européenne dans le cadre de lignes directrices publiées le 8 mars 2022<sup>9</sup>, au lendemain de la crise des prix de l'énergie déclenchée par l'invasion de l'Ukraine.

Une telle intervention est toutefois soumise au respect de pas moins de neuf conditions et la condition qui est prévue au c) du paragraphe 7, selon laquelle les interventions publiques sont établies à un prix supérieur aux coûts, n'est pas remplie ici. Le ministre, dont la défense se borne à une référence à votre décision d'Assemblée *Société Engie* du 18 mai 2018 (n°s 413688 414656, au rec.), rendue dans un contexte où la question de la couverture des coûts ne posait pas de difficulté, et alors que la directive du 5 juin 2019 a depuis modifié l'état du droit, passe entièrement sous silence cette condition et ne conteste donc pas sérieusement que les tarifs gelés ont été établis à un niveau inférieur aux coûts des fournisseurs alternatifs - ni d'ailleurs qu'ils l'ont été à un niveau inférieur aux coûts complets d'EDF<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Directive (UE)2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019.

<sup>9</sup> Lignes directrices sur l'application de l'article 5 de la directive sur l'électricité dans la situation actuelle, annexe à la communication de la Commission COM(2022) 108 du 8 mars 2022, « REPowerEU: Action européenne conjointe pour une énergie plus abordable, plus sûre et plus durable ».

<sup>10</sup> Le c) du paragraphe 7 de l'article 5 de la directive ne précise pas la référence de coûts dont il convient de tenir compte. Toutefois, dès lors qu'il a pour objet de permettre la contestabilité du prix, il nous semble qu'il convient de retenir non pas seulement les coûts du fournisseur chargé d'offrir les tarifs réglementés, mais les coûts d'un fournisseur normalement efficace proposant des offres de marché.

De fait, les propositions tarifaires de la CRE<sup>11</sup>, auxquelles l'arrêté attaqué s'est opposé, ont été établies selon la méthode de « l'empilement des coûts », qui reflète, par construction, les coûts exposés par les fournisseurs alternatifs pour approvisionner les clients éligibles aux TRVe ayant opté pour une offre de marché.

Il est vrai, comme le relève la Commission européenne dans ses lignes directrices du 8 mars 2022, qu'il « *est particulièrement difficile de déterminer le prix de référence approprié pour les coûts d'approvisionnement en électricité des fournisseurs en période de prix élevés et volatils* ». C'est pourquoi elle admet que les prix réglementés puissent être inférieurs à ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts du marché de gros pendant une période donnée à court terme, pourvu qu'ils reflètent les coûts en tenant compte d'une période plus longue dûment justifiée. Tel est le cas, par exemple, de prix reposant sur l'achat anticipé normal d'énergie par les fournisseurs dans l'État membre concerné<sup>12</sup>.

Toutefois, le choix d'une période de référence permettant de lisser la volatilité des prix, et tenant compte des achats anticipés est déjà celle qui est suivie par la CRE pour bâtir les TRVe. Son estimation du coût du complément d'approvisionnement en énergie au marché – c'est-à-dire hors recours à l'ARENH - repose, notamment, sur l'hypothèse d'une stratégie d'approvisionnement sur le marché de gros à terme lissée sur les deux ans précédant la livraison<sup>13</sup>.

Et, selon les indications de la société EDF, la mesure de gel en litige a permis de réduire le tarif non résidentiel, taxes non comprises (ce qui reflète le revenu du fournisseur), d'environ 27,9 €/ MWh par rapport aux propositions de la CRE<sup>14</sup>. L'ampleur de l'écart est telle que, même en exploitant les marges d'interprétation ménagées par les lignes directrices, et même si l'on admettait de tenir compte de mesures supplémentaires de modération des coûts de fourniture adoptées postérieurement, et notamment, du relèvement du plafond de l'ARENH en mars 2022<sup>15</sup> - ce qui n'est, en toute orthodoxie, pas possible, eu égard à l'office du juge de l'excès de pouvoir - , il apparaît avec suffisamment d'évidence que le tarif gelé a été fixé à un niveau inférieur aux coûts raisonnablement supportés par un fournisseur, appréciés sur un horizon temporel significatif<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Délibération n° 2022-08 du 18 janvier 2022.

<sup>12</sup> Lignes directrices préc. p. 6.

<sup>13</sup> Délibération n° 2022-08, méthodologie de construction des TRVe, p. 7.

<sup>14</sup> Soit, pour l'option de base du tarif bleu, un tarif gelé de 13,88 c€/kW au lieu du tarif proposé par la CRE de 16,67 c€/kW. Et pour l'option heures creuses, un tarif gelé de 14,40 (heures pleines) et 12,15 (heures creuses) c€/kW au lieu du tarif proposé par la CRE de 17,19 (heures pleines) et 14,94 (heures creuses) c€/kW.

<sup>15</sup> Par arrêté du 11 mars 2022.

La délibération n° 2023-17 de la CRE du 19 janvier 2023 a calculé les pertes de recettes liées au gel des tarifs 2022, encourues par EDF, nettes de l'effet des 20 TWh d'ARENH additionnels accordés aux fournisseurs alternatifs. La brique de rattrapage correspondante, pour l'établissement des tarifs 2023, a été évaluée à 16,33 €/MWh pour les tarifs bleus non résidentiels. Cette brique est représentative, déduction faite de la marge commerciale (v. note 16 *infra*), des coûts de fourniture non couverts par les tarifs gelés en 2022.

<sup>16</sup> Etant précisé que la marge commerciale retenue pour établir les tarifs – qui doit être retranchée des tarifs proposés pour obtenir l'estimation des coûts de fourniture - s'élève à 3,74 €/MWh, soit 0,374 c€/kWh.

Le non-respect de cette exigence rend également problématique celui de son corollaire, qui tient à ce que l'intervention sur les prix permette une concurrence tarifaire effective. Pour parvenir à la conclusion que tel a été le cas, il faudrait, en effet, tenir compte du mécanisme de compensation mis en place au profit des fournisseurs alternatifs, mais celui-ci n'a été élargi aux pertes de recettes encourues à raison de la fourniture d'électricité aux clients professionnels éligibles aux TRVe qu'avec la loi de finances pour 2023, plusieurs mois après l'édition de l'acte attaqué. Entre la date d'adoption de l'arrêté en janvier 2022, et la modification du dispositif législatif à la fin du mois de décembre 2022, les fournisseurs n'étaient donc pas assurés de pouvoir s'aligner sur les tarifs gelés d'EDF sans encourir de perte.

**2.2.** L'on peut trouver surprenant que la directive de 2019 n'ait pas donné aux Etats-membres, la faculté de fixer les prix de fourniture à un niveau inférieur aux coûts pour faire face à une situation de crise sur les marchés de l'énergie.

Sans doute faut-il y voir une réticence de principe de recourir à l'instrument tarifaire pour protéger la généralité des consommateurs contre les envolées des coûts en-deçà d'un seuil susceptible de fausser le signal prix de manière durable et de supprimer l'incitation à modérer leur consommation - ce qui n'exclut toutefois pas, bien entendu, la mise en œuvre de mesures d'aide non tarifaires.

Confronté aux conséquences exceptionnelles de l'invasion de l'Ukraine en février 2022 – qui ne sont pas celles qui ont motivé l'arrêté attaqué, adopté en janvier au regard de circonstances pour partie spécifiquement françaises -, le législateur européen a préféré recourir à une réglementation *ad hoc*, de nature provisoire. Le règlement du 6 octobre 2022 sur une intervention d'urgence pour faire face aux prix élevés de l'énergie<sup>17</sup>, prévoit ainsi, à son article 13, que, par dérogation aux règles de l'article 5, paragraphe 6, de la directive de 2019, les États membres peuvent, à titre exceptionnel et temporaire, fixer pour la fourniture d'électricité un prix inférieur aux coûts, sous certaines conditions, et notamment celle – qui n'est clairement pas respectée ici - que la mesure ne couvre qu'un volume limité de consommation et maintienne une incitation à la réduction de la demande<sup>18</sup>. C'est dans ce nouveau cadre, semble-t-il, que le législateur français s'est placé pour prolonger le bouclier tarifaire au cours de l'année 2023.

**3.** Reste à déterminer s'il y a lieu de moduler dans le temps les effets de l'annulation que nous vous proposons, étant précisé qu'aucun des autres moyens soulevés par la requérante n'apparaît fondé.

Dans la mesure où est en cause une double illégalité, au regard du droit interne et du droit de l'Union, la solution ne résulte pas du seul constat de ce que l'annulation emporterait, ou non,

---

<sup>17</sup> Règlement (UE) 2022/1854 du Conseil du 6 octobre 2022.

<sup>18</sup> Les autres conditions sont les suivantes : les fournisseurs doivent être indemnisés pour la fourniture à perte ; il ne doit pas y avoir de discrimination entre les fournisseurs ; tous les fournisseurs doivent pouvoir sur la même base proposer pour la fourniture d'électricité des offres à un prix inférieur aux coûts.

des conséquences manifestement excessives au sens de votre jurisprudence *AC !*<sup>19</sup>. Elle suppose encore que soient remplies les conditions posées par la CJUE dans son arrêt *Association France Nature Environnement* du 28 juillet 2016 (C-379/15), à savoir l'existence d'une considération impérieuse, que la Cour ne reconnaît qu'avec parcimonie.

### 3.1. Quels seraient les effets d'une annulation « sèche » en l'espèce ?

Elle ne ferait pas revivre la précédente décision tarifaire du 29 juillet 2021, même si celle-ci n'est pas entachée du même vice que l'arrêté annulé.

Vous jugez classiquement que l'annulation d'arrêtés tarifaires à raison d'une insuffisance de niveau appelle l'adoption par les ministres de nouveaux tarifs rétroactifs afin de purger l'illégalité mise en évidence par la décision juridictionnelle (10 juillet 2012, SA GDF Suez et Anode, n°s 353356 353555, au rec.). Ceci contraint l'opérateur historique à adresser des factures rectificatives à l'ensemble des clients concernés, ce qui justifie que vous ayez pu faire application de la jurisprudence *AC !* pour éviter ce processus lourd et coûteux (s'agissant du TURPE : 9 mars 2018, Société Enedis et autres, n°s 407516 407547 408809 409065, aux tables).

De même et bien qu'elle soit, ici, prononcée à raison d'un vice d'incompétence, l'annulation de l'arrêté attaqué devrait, en principe, entraîner l'adoption de nouveaux tarifs rétroactifs. En effet, ce vice révèle, par construction, une insuffisance de niveau. La loi n'ayant pas habilité les ministres à déroger aux dispositions de droit commun pour fixer les tarifs applicables aux consommateurs non résidentiels à un niveau inférieur aux propositions de la CRE, les ministres auraient dû entériner les hausses de tarifs proposées par le régulateur, autrement plus conséquentes que celles qui résultent de l'arrêté annulé. Ceci est cohérent avec la seconde illégalité que nous avons analysée, qui résulte de la méconnaissance des dispositions de l'article 5, paragraphe 6 de la directive de 2019, c'est-à-dire d'une insuffisance « classique » du niveau du tarif pour défaut de couverture des coûts.

En l'absence de modulation, nous pensons que les ministres se trouveraient, automatiquement, de nouveau saisis des propositions de la CRE du 18 janvier 2022. En effet, si l'article L. 337-4 du code de l'énergie répute acquise la décision tarifaire en l'absence d'opposition des ministres dans un délai de trois mois suivant la réception de la proposition de la CRE, ce mécanisme de décision implicite n'a, contrairement à ce que soutient la société requérante, vocation à jouer que lorsque la procédure administrative suit normalement son cours, et non, lorsque, comme en l'espèce, l'arrêté tarifaire est annulé au contentieux. L'annulation « sèche », laisserait donc aux ministres la faculté de réclamer une nouvelle délibération de la CRE, ce qui ne pourrait jouer, toutefois, qu'à la marge sur le niveau des tarifs appliqués rétroactivement par rapport à ceux qui avaient été proposés en janvier 2022.

### 3.2. Quels seraient les effets d'une révision rétroactive des tarifs sur les consommateurs et sur les fournisseurs ?

---

<sup>19</sup> Ass., 11 mai 2004, *Association AC !* et autres, n°s 255886 à 255892, au rec.

Nous serons, sur ce point, prudente, dans la mesure où leur évaluation, qui met en jeu de multiples facteurs déclenchant des effets domino, est particulièrement délicate. Et nous relèverons que la société requérante n'a fourni aucun élément d'appréciation à cet égard, alors qu'elle s'oppose, pourtant, à la modulation puisqu'elle vous demande d'enjoindre aux ministres de prendre, dans les quinze jours, un nouvel arrêté fixant les tarifs au niveau correspondant à la proposition de la CRE de janvier 2022.

Selon les indications de la défense, une révision rétroactive affecterait, 2,5 millions de clients, soit parce qu'ils ont souscrit un contrat aux TRVe, soit parce qu'ils ont souscrit une offre de marché indexée aux TRVe. Elle entraînerait une facturation supplémentaire d'environ 110 euros en moyenne, pour la durée de 6 mois, comprise entre le 1<sup>er</sup> février et le 1<sup>er</sup> août 2022, au cours desquels l'arrêté annulé a trouvé application<sup>20</sup>.

Outre ces conséquences financières, qui pèseraient sur les consommateurs, la société EDF met en avant la charge administrative liée à l'envoi de millions de factures rectificatives, le risque de contentieux de masse et les conséquences réputationnelles, pour l'opérateur historique.

Une annulation « sèche » aurait, par ailleurs, des effets en cascade sur les tarifs des années postérieures via les mécanismes législatifs de compensation mis en place par la loi de finances pour 2022. En effet, la composante de rattrapage, intégrée, depuis le mois de février, dans les tarifs réglementés de l'année 2023 perdrait sa raison d'être, ce qui serait susceptible, par accordéon, de venir réduire les futurs tarifs de l'année 2024 et/ou de donner lieu à une restitution des compensations versées par l'Etat à la société EDF pour l'année 2023. L'effet sur le consommateur est difficilement évaluable, puisqu'il dépend des mécanismes qui seront mis en place à la sortie du bouclier tarifaire appliqué en 2023. La révision tarifaire pourrait également venir percuter le mécanisme de compensation des pertes mis en place au profit des fournisseurs de marché.

L'ensemble de ces éléments nous conduisent à considérer comme établie, en l'espèce, l'existence d'une considération impérieuse justifiant que les effets produits par l'arrêté annulé soient regardés comme définitifs, ainsi que vous l'avez fait, lors de votre décision d'Assemblée *Anode* du 19 juillet 2017 (n° 370321, au rec.), à l'occasion de l'annulation du décret relatif aux tarifs réglementés de gaz naturel, susceptibles d'entraîner des conséquences de gravité comparable. Certes, dans ce précédent, l'annulation pesait sur la validité même des contrats conclus par les consommateurs de gaz naturel concernés, et non seulement sur le tarif qui leur avait été appliqué. Mais entre en jeu, ici, un effet boule de neige au-delà de la période d'application de l'arrêté attaqué, qui est lié aux mécanismes complexes mis en place avec le bouclier tarifaire, et qui s'inscrit dans le contexte particulièrement sensible, en France, de l'inflation des prix de l'énergie, l'enjeu dépassant, ainsi, la seule sphère pécuniaire.

---

<sup>20</sup> L'arrêté du 28 juillet 2022 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité applicables aux consommateurs non résidentiels en France métropolitaine continentale, qui a abrogé l'arrêté en litige, n'a pas été attaqué au contentieux.

Si vous nous suivez, vous rejetterez donc les conclusions à fin d'injonction présentées par la société Ekwateur et nous vous proposons, dans les circonstances de l'espèce, de rejeter les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du CJA, alors que la requérante a été intégralement compensée par l'Etat des pertes encourues au titre de l'année 2022 à raison de l'arrêté contesté.

PCMNC à l'annulation de l'arrêté attaqué, à ce que les effets produits par cet arrêté soient regardés comme définitifs, sous réserve des actions contentieuses engagées et au rejet du surplus des conclusions de la requête.