

Analyse de la décision du Conseil d'État sur les tarifs réglementés de l'électricité¹

Fabien Grech

L'arrêt du Conseil d'État du 11 avril 2014 met en lumière les difficultés d'adaptation des secteurs électrique et gazier au processus de libéralisation des marchés d'impulsion communautaire. C'est déjà la troisième fois que la haute juridiction entreprend d'annuler, au moins partiellement, un arrêté fixant les tarifs du gaz ou de l'électricité.

En l'espèce, les tarifs « bleu »² et « jaune »³ en matière d'électricité fixés par l'arrêté du 20 juillet 2012 ont été jugés « *manifestement inférieurs au niveau auquel ils auraient dû être fixés* », en fonction de buts et de critères que le Conseil tente de clarifier. La décision rappelle aux institutions compétentes (Commission de régulation de l'énergie, ministre de l'Énergie, ministre de l'Économie) la méthode permettant de fixer légalement les tarifs d'électricité jusqu'à la libéralisation complète prévue le 31 décembre 2015, méthode qui avait été explicitée une première fois dans l'arrêt du 24 avril 2013⁴.

Après l'eau dans le gaz, l'électricité dans l'air

Ce n'est pas la première fois que le Conseil d'État censure un acte fixant des tarifs réglementés en matière énergétique. Dans une décision du 28 novembre 2011, il avait

suspendu un arrêté du 29 septembre 2011 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de *GDF-Suez*, au même motif que l'augmentation des tarifs réglementés était trop faible eu égard aux conditions d'ouverture du marché du gaz à la concurrence. Avait ainsi été suspendue la disposition « *qui gèle certains tarifs, ainsi que le surplus de cet arrêté en tant qu'il n'a pas fixé à un niveau plus élevé l'augmentation d'autres tarifs* »⁵. Le Conseil d'État avait notamment relevé que selon la Commission de régulation de l'énergie les prix auraient dû augmenter « *de 8,8 % à 10 % selon les tarifs* ». Quelques mois plus tard, par un arrêt du 10 juillet 2012, le Conseil d'État avait annulé pour les mêmes motifs ledit arrêté⁶.

C'est sur un tout autre fondement, et sans avoir préalablement été saisi d'une demande de suspension, que le Conseil d'État avait annulé l'arrêté du 13 août 2009 relatif aux tarifs réglementés d'électricité auxquels étaient alors soumis 94 % des particuliers et 85 % des sites non résidentiels en France.

1. CE, 11 avril 2014, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (Anode)*, n° 365219.

2. Pour les clients résidentiels et les petites entreprises.

3. Pour les entreprises moyennes.

4. CE, 24 avril 2013, *Poweo*, n° 352242.

5. CE, 28 novembre 2011, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n° 353554.

6. CE, 10 juillet 2012, *GDF Suez*, n° 353356.

Il était ainsi reproché au ministre de l'Énergie, concernant les tarifs « bleu », d'avoir opéré des « distinctions [...] par types de clients » (clients domestiques, clients domestiques collectifs et agricoles, clients professionnels et services publics non communaux, services publics communaux et intercommunaux), et non en « fonction de l'impact du site de consommation sur le dimensionnement des infrastructures de réseau ou du réseau auquel ce site est raccordé », comme le prévoyait la loi du 10 février 2000⁷. S'agissant des tarifs « jaune » et « vert »⁸, le Conseil d'État avait relevé que les grilles tarifaires ne reposaient sur aucuns « critères clairs en vertu desquels [ils] s'appliquent », en méconnaissance de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003. Dans la décision commentée, c'est à nouveau s'agissant des différents types de tarifs – « bleu », « jaune » et « vert » – que le juge a prononcé une censure, non pas du fait de leur manque de clarté, mais cette fois-ci en raison de l'insuffisance de leur augmentation. Mais, avant cela, le juge a rejeté un certain nombre de moyens, qu'il nous faut analyser brièvement.

Les moyens rejetés par le Conseil d'État

L'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (Anode)⁹ avait soulevé près d'une dizaine de moyens, dont une grande partie a été écartée, abstraction ayant donc été faite de l'économie des moyens. Le Conseil d'État a d'abord rejeté l'unique moyen d'illégalité externe, qui était tiré de la non-prise en compte par la Commission de régulation de l'énergie des éléments comptables produits par les distributeurs non nationalisés, en méconnaissance des dispositions de l'article 6

du décret du 12 août 2009¹⁰. Il estime en effet que la prise en compte de ces documents « aurait été, dans les circonstances de l'espèce, sans incidence sur le sens de l'arrêté attaqué ». Il a également rejeté le moyen tiré du manque de base légale et d'incompétence négative en ce que le décret du 12 août 2009 aurait été, selon la requérante, implicitement abrogé par la loi NOME du 7 décembre 2010¹¹. Il est vrai que ce décret fixant des critères de détermination des tarifs réglementés est toujours en vigueur et que la loi NOME, qui fixe seulement un objectif de convergence entre ces tarifs et les coûts du marché, ne peut avoir eu pour effet de l'abroger implicitement. Aussi ladite loi n'avait-elle pas laissé au pouvoir réglementaire le soin de définir lui-même le rythme de cette convergence tarifaire, à la suite de quoi le décret ne pouvait, selon le juge, méconnaître l'article L. 337-6 du Code de l'énergie (qui reprend en substance les dispositions de l'article 13 de la loi NOME) et être par suite entaché d'une incompétence négative.

Ont également été rejetés deux moyens liés au droit de l'Union européenne, dont on sait qu'il est à l'origine de l'ouverture des marchés électrique et gazier à la concurrence. Il était pourtant judicieux et tentant d'invoquer les fondements mêmes de la déréglementation des marchés pour contester directement les tarifs réglementés. Le premier moyen était tiré de ce que l'arrêté mettrait EDF en situation d'abus de position dominante, agissement sanctionné par l'article 102 du TFUE¹². Celui-ci

10. Décret n° 2009-975 du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité : « Les ministres chargés de l'Économie et de l'Énergie saisissent la Commission de régulation de l'énergie du projet d'arrêté fixant les tarifs réglementés de vente d'électricité. L'avis motivé de la commission est adressé aux ministres dans le mois qui suit la réception de ce projet. Ce délai peut être porté à deux mois à la demande de la Commission. Passé ce délai, l'avis est réputé favorable. Pour rendre son avis, la Commission de régulation de l'énergie s'appuie notamment sur les éléments comptables produits par Electricité de France et les distributeurs non nationalisés, conformément aux articles 25 et 27 de la loi du 10 février 2000 susvisée ».

11. Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant sur la nouvelle organisation du marché de l'électricité.

12. Ex-article 82 du TCE : « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre

7. Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

8. Pour les entreprises dites électro-intensives.

9. Celle-ci regroupe notamment les sociétés *Direct Energie*, *Eni*, *Planète Oui* et *Lampiris*.

n'a pas été retenu dès lors que la hausse du tarif « vert » était jugée suffisante, excluant ainsi un tel abus. L'Anode avait également fait valoir à titre liminaire que le système français de tarifs réglementés était incompatible avec le droit de l'Union européenne. Le juge a écarté ce moyen en estimant que les observations de l'association ne pouvaient être regardées comme contestant le principe même des tarifs réglementés, qui sont bel et bien prévus et encadrés à titre transitoire par le droit unionnaire. C'est donc sur le terrain de leur mise en œuvre que le Conseil d'État a jugé que l'arrêté était illégal. Il profite de l'occasion pour faire une exégèse utile des buts à poursuivre et des critères à appliquer en matière de fixation de ces tarifs.

La fixation des buts et critères de la fixation des tarifs réglementés

Avant de se prononcer classiquement sur la légalité externe et interne de l'acte attaqué, le juge a posé comme cadre juridique une série de dispositions législatives et réglementaires. Il s'agit en premier lieu de l'article 337-4 du Code de l'énergie prévoyant la période transitoire pendant laquelle le ministre continue à fixer les tarifs réglementés d'électricité, soit jusqu'au 31 décembre 2015. Il a ensuite mentionné les articles L. 337-5 et L. 337-6 du même Code, ainsi que l'article 3 du décret du 12 août 2009, qui décrivent les modalités de fixation de ces tarifs.

États-membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ; b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

Cela rappelé, il intègre dans sa jurisprudence l'objectif et les moyens de ce dispositif, tout en les précisant. Concernant tout d'abord l'explication des buts, les juges du Palais Royal ont adopté une démarche téléologique en se penchant expressément sur les travaux préparatoires de la loi NOME. Il en a été déduit que la législateur a entendu « *organiser [...] une convergence tarifaire* » entre tarifs réglementés et prix de marché. Cette interprétation est confirmée un peu plus loin lorsqu'il est rappelé « *la convergence voulue par le législateur* ». Le Conseil d'État n'omet pas de signaler que l'écart structurel existant entre EDF et distributeurs non nationalisés est lié à « *des raisons historiques qui tiennent à l'économie générale du marché de l'électricité en France* ».

Quant aux critères définis par les dispositions visées, la méthode consiste à répercuter dans les tarifs réglementés les variations des coûts moyens supportés tant par EDF que par les distributeurs non nationalisés. Si le Conseil précise que ces variations peuvent être « à la hausse ou à la baisse », ce dernier cas ne s'est en fait jamais produit au cours des périodes sur lesquelles ont porté les arrêtés, toutes d'un an. En tout état de cause, il a repris la méthode de détermination des tarifs qu'il avait décrite dans son arrêt du 24 avril 2013, laquelle se décline en trois temps. Il s'agit tout d'abord de couvrir *a minima* les coûts moyens complets des opérateurs concernant la fourniture d'électricité et ce, au moment où l'arrêté doit être pris par les ministres de l'Énergie et de l'Économie. Ces derniers doivent ensuite se projeter dans l'avenir et prendre aussi en compte « *une estimation de l'évolution de ces coûts sur la période tarifaire à venir, en fonction des éléments dont ils disposent à cette même date* ». Sur la base de ces deux déterminants, il appartient enfin aux ministres d'établir un ajustement en cas d'écart important entre tarifs et coûts en fonction d'une éventuelle surévaluation ou sous-évaluation, étant entendu que cet affinage doit être réalisé « *au moins au cours de la période tarifaire écoulée* ».

Ces règles ayant été posées, le Conseil d'État a examiné leur application de manière concrète,

en se basant sur l'avis de la Commission de régulation de l'énergie du 19 juillet 2012. Selon cet avis, une augmentation d'au moins 4,6 % de la part « production » du tarif « bleu » aurait pu permettre de couvrir les coûts de production d'EDF constatés sur l'année 2011. Quant aux hausses prévisionnelles des coûts pour l'année 2012, la Commission les avait évaluées à 5,7 % pour le tarif « bleu » et à 2,6 % pour le tarif « jaune », alors que l'arrêté attaqué avait procédé à une augmentation de seulement 2 % pour ces deux tarifs. En effet, outre l'augmentation des charges classiques, la Commission de régulation de l'énergie avait mis en garde contre de nouvelles charges à partir de 2014 – la prime aux installations de cogénération de plus de 12 MW et la prime aux opérateurs d'effacement – pour soutenir l'augmentation de la Contribution au service public de l'électricité (CSPE) liée, entre autres, au surcoût des énergies renouvelables. Le Conseil d'État a utilement précisé qu'aucune évolution à la baisse des coûts d'EDF, qui aurait pu permettre de justifier une augmentation aussi faible, n'avait été envisagée. En cet état, il a conclu que les tarifs ainsi fixés par l'arrêté querellé étaient « *manifestement inférieurs au niveau auquel ils auraient dû être fixés* ». Il a en revanche estimé que cette même augmentation de 2 % du tarif « vert » n'était pas manifestement insuffisante au regard des règles de fixation en fonction des coûts. Ce n'est donc que partiellement que le Conseil d'État a annulé l'arrêté litigieux, avec injonction de prendre un nouvel arrêté concernant les tarifs « bleu » et « jaune » pour la période du 23 juillet 2012 au 31 juillet 2013.

L'absence de motivation sur la rétroactivité de l'annulation

Le Conseil d'État ne procède aucunement à une modulation des effets dans le temps de l'annulation qu'il prononce, *a contrario* de ses décisions antérieures, ayant de la même façon annulé des arrêtés fixant des tarifs d'énergie.

Rappelons ici que le juge administratif a ce pouvoir de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse et notamment d'en limiter le caractère rétroactif, voire même d'en différer l'exécution ultérieurement à son prononcé¹³. Néanmoins, dans sa décision du 11 avril 2014, le Conseil d'État ne motive pas la rétroactivité de son annulation partielle, alors qu'il l'avait fait dans ses décisions de 2012. Dans celle du 10 juillet 2012, les conséquences de l'annulation des tarifs du gaz, bien que rétroactives, furent jugées réduites. Il avait en effet indiqué dans son communiqué de presse que « *le juge des référés du Conseil d'État avait très vite suspendu l'arrêté tarifaire en raison de doutes sérieux sur sa légalité, et [qu'] un nouvel arrêté était entré en vigueur peu après* », précisant que « *l'arrêté que le gouvernement doit reprendre à la suite de l'annulation prononcée par le Conseil d'État ne portera donc que la période du 1^{er} octobre 2011 au 1^{er} janvier 2012* »¹⁴. Cette circonstance devait limiter, pour sûr, la hausse rétroactive du montant des factures de gaz et le juge avait ainsi énoncé « *qu'il ne ressort pas des pièces du dossier, eu égard notamment à la faible durée d'application de l'arrêté annulé du 29 septembre 2011 suspendu par le juge des référés puis remplacé par d'autres dispositions trois mois après son entrée en vigueur, que son annulation soit de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits que des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur ; qu'ainsi, il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de limiter les effets de l'annulation de cet acte* »¹⁵.

De même, dans la décision du 22 octobre 2012, il a considéré que l'annulation de l'arrêté

13. CE, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886 : « *Si l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu, l'office du juge peut le conduire exceptionnellement, lorsque les conséquences d'une annulation rétroactive seraient manifestement excessives pour les intérêts publics et privés en présence, à moduler dans le temps les effets de l'annulation qu'il prononce* ».

14. <http://www.conseil-etat.fr/fr/communiqués-de-presse/tarifs-du-gaz-ktk.html>.

15. CE, 10 juillet 2012, *GDF Suez*, n° 353356.

sur l'électricité n'était pas de nature « à emporter des conséquences manifestement excessives en raison des effets que cet acte a produits ou des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, du 15 août 2009 au 13 août 2010 ; qu'ainsi, il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de limiter les effets de cette annulation ». Il avait enjoint par suite aux ministres de procéder à l'adoption « dans un délai de trois mois » d'un nouvel arrêté dont les grilles tarifaires devaient être rétroactivement applicables pour « la période comprise entre le 15 août 2009 et le 13 août 2010 »¹⁶. Les rectifications apportées aux modes de calculs des tarifs « bleu », ainsi que la précision faite des critères d'élaboration des grilles tarifaires des tarifs « jaune » et « vert », ne devaient donc pas avoir pour conséquence, selon le Conseil d'Etat, de modifier « excessivement » le montant des factures payées par les clients durant ladite période, et ce malgré sa relative longueur d'une année.

Dès lors, pourquoi une telle omission dans la décision du 11 avril 2014 ? Et est-elle seulement volontaire ? C'est que dans la décision du 10 juillet 2012, en dépit de la hausse importante des prix qu'il enjoignait d'appliquer rétroactivement (pour rappel de 8,8 à 10 %), le Conseil d'État avait pris bonne note que cette rétroactivité ne concernait qu'une période relativement courte (trois mois). Aussi avait-il estimé, dans sa décision du 22 octobre 2012, qu'une augmentation des tarifs appliquée rétroactivement sur une période d'une année n'était pas excessive. Cela est fort vrai, puisque l'arrêté n'avait pas été annulé du fait d'une augmentation jugée trop faible des tarifs, mais en raison d'un manque de clarté dans la fixation des grilles tarifaires qui, même modifiées rétroactivement, n'avaient pas fondamentalement amplifié le montant des factures.

Ici, le Conseil d'État censure un arrêté précisément parce qu'il prévoit une hausse

des tarifs en deçà de ce qu'ils auraient dû être, ce qui rendait la question de la rétroactivité d'autant plus sensible et impérieuse. Une absence totale de motivation sur ce point paraît donc surprenante. On peut néanmoins subodorer que le moyen d'annulation retenu – augmentation inférieure à ce qu'elle aurait dû être – n'impliquait pas nécessairement que le juge se prononce sur les effets de cette annulation le temps. En effet, dès lors que les tarifs doivent intégrer *a minima* les coûts constatés, toute réévaluation de ces tarifs, tels qu'ils « auraient dû être », ne peut que s'appliquer aussi pour le passé. En tout état de cause, la décision du 11 avril 2014 intervient dans un contexte de crise du pouvoir d'achat, dont l'augmentation continue des prix de l'énergie est tenue responsable pour une bonne part. Cette nouvelle augmentation rétroactive par voie contentieuse s'ajoute en outre à l'accroissement de la pression fiscale et au climat d'insécurité juridique lié au changement incessant des normes applicables. Notamment, opérateurs économiques et particuliers ne sont jamais assurés du montant des factures dont ils se sont pourtant déjà acquittés et de la prévisibilité des prix à court et moyen termes, et sont donc confrontés au risque permanent d'une revue à la hausse pour l'avenir... comme pour le passé. Elle fait apparaître en tout cas une contradiction entre politique nationale et politique européenne, l'une voulant limiter la hausse des prix de l'énergie dans un esprit réglementaire rémanent, l'autre ayant pour objectif de faire entrer à terme les marchés du gaz et de l'électricité dans une libéralisation complète.

Concernant les tarifs du gaz depuis 2010, ceux-ci ne sont plus fixés par les ministres de l'Économie et de l'Énergie, mais par GDF-Suez qui décide seule des éventuels changements de prix, sous le contrôle de la Commission de régulation de l'énergie. S'agissant de l'électricité, la déréglementation complète des tarifs devra intervenir au 1^{er} janvier 2016, ce qui se traduira d'ici là par un basculement progressif de 2 millions de sites par an dans le marché concurrentiel. ■

16. CE, 22 octobre 2012, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC)*, n° 332641.