

CONSEIL D'ETAT

DP

statuant

au contentieux

Nos 413688, 414656

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE ENGIE et ASSOCIATION NATIONALE
DES OPERATEURS DETAILLANTS EN ENERGIE
(ANODE)

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

Mme Marie-Gabrielle Merloz

Rapporteur

Sur le rapport de la 9ème chambre
de la section du contentieux

Mme Emilie Bokdam-Tognetti

Rapporteur public

Séance du 4 mai 2018

Lecture du 18 mai 2018

Vu les procédures suivantes :

1° Sous le n° 413688, par une requête, un mémoire en réplique et trois nouveaux mémoires, enregistrés le 24 août 2017, les 26 janvier, 21 février, 13 mars et le 12 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Engie demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision du 27 juillet 2017 par laquelle le ministre de la transition écologique et solidaire et le ministre de l'économie et des finances ont fixé les tarifs réglementés de vente d'électricité ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 414656, par une requête sommaire, un mémoire complémentaire, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés les 27 septembre et 22 décembre 2017 et les 26 mars et 26 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision du 27 juillet 2017 par laquelle le ministre de la transition écologique et solidaire et le ministre de l'économie et des finances ont fixé les tarifs réglementés de vente de l'électricité ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 ;
- le code de commerce ;
- le code de l'énergie ;
- la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 ;
- le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 ;
- l'arrêt du 20 avril 2010 de la Cour de justice de l'Union européenne rendu dans l'affaire C-265/08 « Federutility e.a. contre Autorità per l'energia elettrica e il gas » ;
- l'arrêt du 21 décembre 2011 de la Cour de justice de l'Union européenne rendu dans l'affaire C-242/10 « Enel » ;
- l'arrêt du 7 septembre 2016 de la Cour de justice de l'Union européenne rendu dans l'affaire C-121/15 « ANODE » ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Marie-Gabrielle Merloz, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat d'EDF ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 4 mai 2018, présentée par EDF ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 4 mai 2018, présentée par la Commission de régulation de l'énergie ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 4 mai 2018, présentée par le ministre de l'économie et des finances ;

Considérant ce qui suit :

1. Les requêtes de la société Engie et de l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) sont dirigées contre la même décision et présentent à juger les mêmes questions. Il y a lieu de les joindre pour y statuer par une seule décision.

2. Aux termes de l'article L. 337-4 du code de l'énergie : « *La Commission de régulation de l'énergie transmet aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie ses propositions motivées de tarifs réglementés de vente d'électricité. La décision est réputée acquise en l'absence d'opposition de l'un des ministres dans un délai de trois mois suivant la réception de ces propositions. Les tarifs sont publiés au Journal officiel. (...)* ». Sur le fondement de ces dispositions, le ministre de la transition écologique et solidaire et le ministre de l'économie et des finances ont, par décision du 27 juillet 2017, fixé les tarifs réglementés de vente de l'électricité applicables à compter du 1^{er} août 2017, conformément à la proposition de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) du 6 juillet 2017, dans sa version modifiée par la délibération du 20 juillet 2017. Par les requêtes enregistrées sous les n^{os} 413688 et 414656, la société Engie, d'une part, et l'ANODE, d'autre part, demandent l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision.

Sur les fins de non-recevoir opposées dans la requête n° 413688 :

3. D'une part, la société Engie justifie, en sa qualité de fournisseur alternatif d'électricité, d'un intérêt à agir pour attaquer la décision du 27 juillet 2017.

4. D'autre part, aux termes de l'article R. 411-1 du code de justice administrative : « *La juridiction est saisie par requête. La requête (...) contient l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge. / L'auteur d'une requête ne contenant l'exposé d'aucun moyen ne peut la régulariser par le dépôt d'un mémoire exposant un ou plusieurs moyens que jusqu'à l'expiration du délai de recours* ». La requête de la société Engie comporte un exposé suffisant des faits et moyens ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge.

5. Par suite, les fins de non-recevoir opposées par la CRE ne peuvent qu'être rejetées.

Sur la recevabilité des interventions :

6. La société Electricité de France (EDF) et l'Union nationale des entreprises locales d'électricité et de gaz (Uneleg) justifient d'un intérêt suffisant au maintien des décisions attaquées. Par suite, leurs interventions en défense sont recevables.

Sur la légalité externe :

7. Il résulte des dispositions du décret du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement que la directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et la directrice de l'énergie avaient, par l'effet de leur nomination par les décrets des 16 avril 2009 et 4 septembre 2014, publiés au Journal officiel les 17 avril 2009 et 5 septembre 2014, qualité pour signer la décision du 27 juillet 2017 relative aux tarifs réglementés de vente de l'électricité au nom respectivement du ministre de l'économie et des finances et du ministre de la transition économique et solidaire. L'ANODE n'est par suite pas fondée à soutenir que cette décision aurait été signée par une autorité incompétente.

Sur la légalité interne :

En ce qui concerne le cadre juridique du litige :

Quant au droit national applicable :

8. Aux termes de l'article L. 100-1 du code de l'énergie : « *La politique énergétique : / (...) 2° Assure la sécurité d'approvisionnement et réduit la dépendance aux importations ; / 3° Maintient un prix de l'énergie compétitif et attractif au plan international et permet de maîtriser les dépenses en énergie des consommateurs ; / (...) 5° Garantit la cohésion sociale et territoriale en assurant un droit d'accès de tous les ménages à l'énergie sans coût excessif au regard de leurs ressources ; / (...)* ». Aux termes de l'article L. 121-1 du même code : « *Le service public de l'électricité a pour objet de garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national. / Dans le cadre de la politique énergétique, il contribue à l'indépendance et à la sécurité d'approvisionnement (...). / Il concourt à la cohésion sociale, à la lutte contre les exclusions, au développement équilibré du territoire (...). / Matérialisant le droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité, le service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique, sociale et énergétique* ». Il résulte des dispositions combinées des articles L. 121-2 à L. 121-5 du même code que, conformément à ces principes, le service public de l'électricité assure la mission de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité, laquelle consiste notamment à garantir l'approvisionnement des zones du territoire non interconnectées au réseau métropolitain continental, la mission de développement et d'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ainsi que la mission de fourniture d'électricité, laquelle consiste « *à assurer, en favorisant la maîtrise de la demande, la fourniture d'électricité, sur l'ensemble du territoire, aux clients bénéficiaires des tarifs réglementés de vente* » et « *concourt à la cohésion sociale, au moyen de la péréquation nationale des tarifs* ».

9. Aux termes de l'article L. 410-2 du code de commerce : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services (...) sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. / Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions légales et réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation de*

l'Autorité de la concurrence. / Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'Etat, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois ». Aux termes de l'article L. 337-1 du code de l'énergie : « Le deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce s'applique : / (...) 2° Aux tarifs réglementés de vente d'électricité ; / (...) ».

10. L'article 13 de la loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité a organisé, sur une période transitoire s'achevant au plus tard le 31 décembre 2015, le passage progressif d'une méthode de détermination des tarifs réglementés de vente de l'électricité assurant la couverture des coûts complets exposés par Electricité de France (EDF) et les entreprises locales de distribution pour la fourniture de l'électricité à ces tarifs à une méthode dite « par empilement » des coûts, propre à résorber l'écart structurel qui existait historiquement entre le niveau des tarifs réglementés de vente de l'électricité et les coûts, plus élevés à l'époque, de fourniture de l'électricité distribuée à un tarif de marché. Cette période transitoire s'est achevée le 31 décembre 2015.

11. L'article L. 337-5 du code de l'énergie dispose désormais que : « Les tarifs réglementés de vente d'électricité sont définis en fonction de catégories fondées sur les caractéristiques intrinsèques des fournitures, en fonction des coûts mentionnés à l'article L. 337-6 ». Aux termes de l'article L. 337-6 du même code : « Les tarifs réglementés de vente d'électricité sont établis par addition du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément d'approvisionnement au prix de marché, de la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale de l'activité de fourniture. / Sous réserve que le produit total des tarifs réglementés de vente d'électricité couvre globalement l'ensemble des coûts mentionnés précédemment, la structure et le niveau de ces tarifs hors taxes peuvent être fixés de façon à inciter les consommateurs à réduire leur consommation pendant les périodes où la consommation d'ensemble est la plus élevée ». L'article R. 337-19 du même code, qui détaille les différentes composantes de cette méthode, dispose en outre que : « Pour chaque catégorie tarifaire mentionnée à l'article R. 337-18, le niveau des tarifs réglementés de vente de l'électricité est déterminé, sous réserve de la prise en compte des coûts de l'activité de fourniture de l'électricité aux tarifs réglementés d'Electricité de France et des entreprises locales de distribution, par l'addition du coût de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément d'approvisionnement, qui inclut la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale de l'activité de fourniture. / Le coût de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique est déterminé en fonction du prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique appliqué au prorata de la quantité de produit théorique calculée en application de l'article R. 336-14, compte tenu, le cas échéant, de l'atteinte du volume global maximal d'électricité nucléaire historique fixé par l'article L. 336-2. / Le coût du complément d'approvisionnement sur le marché est calculé en fonction des caractéristiques moyennes de consommation et des prix de marché à terme constatés. (...) / Les coûts d'acheminement de l'électricité sont déterminés en fonction des tarifs d'utilisation des réseaux publics. /

Les coûts de commercialisation correspondent aux coûts de commercialisation d'un fournisseur d'électricité au moins aussi efficace qu'Electricité de France dans son activité de fourniture des clients ayant souscrit aux tarifs réglementés de vente de l'électricité. / La rémunération normale de l'activité de fourniture est affectée à la part du tarif proportionnelle à l'énergie consommée ».

12. Enfin, en vertu de l'article L. 331-1 du même code, tout client qui achète de l'électricité pour sa propre consommation ou qui achète de l'électricité pour la revendre a le droit de choisir son fournisseur d'électricité. Selon les dispositions combinées des articles L. 337-7, L. 337-8 et L. 337-9, à compter du 1^{er} janvier 2016, seuls les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères ou pour leurs sites situés dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental demeurent ainsi un prix de référence et garantissent une visibilité de long terme qu'une intervention ponctuelle ne peut offrir

Quant au droit de l'Union européenne dont la méconnaissance est invoquée :

13. D'une part, aux termes du paragraphe 2 de l'article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* ».

14. D'autre part, aux termes du paragraphe 1 de l'article 3 de la directive 2009/72/CE : « *Les Etats membres (...) veillent à ce que les entreprises d'électricité, sans préjudice du paragraphe 2, soient exploitées conformément aux principes de la présente directive, en vue de réaliser un marché de l'électricité concurrentiel, sûr et durable sur le plan environnemental, et s'abstiennent de toute discrimination pour ce qui est des droits et des obligations de ces entreprises.* » Aux termes du paragraphe 2 du même article : « *En tenant pleinement compte des dispositions pertinentes du traité, en particulier de son article 86, les Etats membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur (...) le prix de la fourniture (...). Ces obligations sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables et garantissent aux entreprises d'électricité de la Communauté un égal accès aux consommateurs nationaux (...)* ».

En ce qui concerne la compatibilité des articles L. 337-4 à L. 337-9 du code de l'énergie avec les objectifs poursuivis par la directive 2009/72/CE :

Quant aux conditions auxquelles une réglementation des tarifs de l'électricité pourrait être admise au regard des objectifs poursuivis par la directive :

15. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé, au point 18 de son arrêt « *Federutility e.a. contre Autorità per l'energia elettrica e il gas* » du 20 avril 2010 (affaire C-265/08), que bien qu'il ne résulte pas explicitement de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2003/55/CE, dont les termes sont repris en substance à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2009/73/CE, que le prix de fourniture du gaz naturel devrait être seulement fixé par le jeu de l'offre et de la demande, cette exigence découle de la finalité même et de l'économie générale de la directive qui a pour objectif de parvenir progressivement à une libéralisation totale du marché du gaz naturel dans le cadre de laquelle, notamment, tous les fournisseurs peuvent librement délivrer leurs produits à tous les consommateurs. La Cour a par conséquent dit pour droit, dans cet arrêt, que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, dont les termes sont repris en substance à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE, *« permet une intervention des Etats membres sur la fixation du prix de fourniture du gaz naturel au consommateur final, à condition que cette intervention poursuive un intérêt économique général (...), ne porte atteinte à la libre fixation des prix de la fourniture du gaz naturel que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation d'un tel objectif d'intérêt économique général et, par conséquent, durant une période nécessairement limitée dans le temps et soit clairement définie, transparente, non discriminatoire, contrôlable, et garantisse aux entreprises de gaz naturel de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs »*.

16. Dans l'arrêt « *ANODE* » du 7 septembre 2016 (affaire C-121/15), par lequel elle s'est prononcée sur les questions dont le Conseil d'Etat, statuant au contentieux l'avait saisie à titre préjudiciel, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que :

« 1) L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, doit être interprété en ce sens que l'intervention d'un Etat membre consistant à imposer à certains fournisseurs, parmi lesquels le fournisseur historique, de proposer au consommateur final la fourniture de gaz naturel à des tarifs réglementés constitue, par sa nature même, une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel prévue à cette disposition, et cette entrave subsiste alors même que cette intervention ne fait pas obstacle à ce que des offres concurrentes soient proposées à des prix inférieurs à ces tarifs par tous les fournisseurs sur le marché.

2) L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/73, lu à la lumière des articles 14 et 106 TFUE ainsi que du protocole (n° 26) sur les services d'intérêt général, annexé au traité UE, dans sa version résultant du traité de Lisbonne, et au traité FUE, doit être interprété en ce sens qu'il permet aux Etats membres d'apprécier si, dans l'intérêt économique général, il y a lieu d'imposer aux entreprises intervenant dans le secteur du gaz des obligations de service public portant sur le prix de fourniture du gaz naturel afin, notamment, d'assurer la sécurité de l'approvisionnement et la cohésion territoriale, sous réserve que, d'une part, toutes les conditions que l'article 3, paragraphe 2, de cette directive énonce, et spécifiquement le caractère non discriminatoire de telles obligations, soient satisfaites et, d'autre part, que l'imposition de ces obligations respecte le principe de proportionnalité.

L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/73 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une méthode de détermination du prix qui se fonde sur une prise en considération des coûts, à condition que l'application d'une telle méthode n'ait pas comme conséquence que l'intervention étatique aille au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs d'intérêt économique général qu'elle poursuit. »

17. Il résulte de l'interprétation de la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel ainsi donnée par la Cour de justice de l'Union européenne que, d'une part, les articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie, en imposant à certains fournisseurs de proposer au consommateur final la fourniture de gaz naturel à des tarifs réglementés, constituent une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel prévue par cette directive et, d'autre part, que cette réglementation des prix de la fourniture du gaz naturel ne saurait être admise qu'à la triple condition qu'elle réponde à un objectif d'intérêt économique général, qu'elle ne porte atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de cet objectif et notamment durant une période limitée dans le temps et, enfin, qu'elle soit clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable.

18. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, cités au point 14 ci-dessus, sont rédigés en des termes identiques aux paragraphes 1 et 2 de l'article 3 de la directive 2009/73/CE du même jour concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE. Au demeurant, la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt « Enel » du 21 décembre 2011 (affaire C-242/10), a interprété la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité de la même façon que, dans son arrêt « Federutility » cité au point 15, elle avait interprété la directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel. Par suite, la réglementation des prix de vente de l'électricité figurant aux articles L. 337-4 à L. 337-9 du code de l'énergie doit être regardée comme constituant, par sa nature même, une entrave à la réalisation d'un marché de l'électricité concurrentiel prévue par la directive 2009/72/CE, et la conformité de cette réglementation aux objectifs poursuivis par cette directive est subordonnée au respect de la triple condition qu'elle réponde à un objectif d'intérêt économique général, qu'elle ne porte atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de cet objectif et notamment durant une période limitée dans le temps et, enfin, qu'elle soit clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable.

Quant à la poursuite d'un objectif d'intérêt économique général :

19. Il résulte de l'interprétation de la directive 2009/73/CE donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt « ANODE » du 7 septembre 2016 que les Etats membres disposent d'un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de l'intérêt économique général poursuivi par la réglementation des prix de fourniture du gaz naturel, qui peut consister notamment en l'objectif de maintenir ces prix à un niveau raisonnable ou celui d'assurer la sécurité de l'approvisionnement ainsi que la cohésion territoriale. De tels objectifs sont, de même, susceptibles de justifier la réglementation des prix de vente de l'électricité. Dans un contexte de forte volatilité des prix du marché de gros de l'électricité, et alors que cette énergie est, comme il ressort de l'article L. 121-1 du code de l'énergie cité au point 8, un produit de première nécessité non substituable, l'objectif de stabilité des prix est également de nature à justifier une entrave au développement de la concurrence sur le marché de détail de l'électricité.

20. Le ministre défendeur soutient que les tarifs réglementés de vente de l'électricité auraient pour objet de maintenir le prix de fourniture de l'électricité à un niveau stable et raisonnable et de protéger le consommateur.

21. Il résulte des dispositions combinées des articles L. 337-5, L. 337-6 et R. 337-19 du code de l'énergie, citées au point 11, qu'en instaurant une méthode « par empilement » des coûts, tout en maintenant une référence aux coûts de l'activité de fourniture de l'électricité aux tarifs réglementés par les fournisseurs historiques, le législateur a, dans le but à la fois de ne pas fausser la concurrence sur le marché de détail de l'électricité et de ne pas imposer aux fournisseurs historiques une vente à un tarif inférieur à leur coût de revient, exclu que les tarifs réglementés soient fixés à un niveau artificiellement bas, inférieur aux coûts comptables complets de la fourniture de l'électricité à ces tarifs, incluant les frais financiers, sans toutefois garantir un niveau de rémunération des capitaux propres engagés. Ces dispositions, qui s'appliquent quel que soit le niveau de ces coûts, ne peuvent être regardées comme visant à garantir au consommateur un prix raisonnable de la fourniture de l'électricité. Il ressort au demeurant des pièces du dossier et des informations recueillies lors de l'audience d'instruction tenue par la 9^{ème} chambre de la section du contentieux que les prix de la grande majorité des offres de marché sont, à l'heure actuelle, sensiblement inférieurs aux tarifs réglementés de vente de l'électricité.

22. En revanche, la réglementation contestée peut être regardée comme poursuivant l'objectif de garantir aux consommateurs un prix plus stable que les prix de marché. Il ressort en effet des pièces du dossier, notamment des informations publiées par la CRE, et de l'audience d'instruction tenue par la 9^{ème} chambre de la section du contentieux que les prix du marché de gros de l'électricité se caractérisent par une forte volatilité, les prix pouvant varier de 25 à 60 euros par mégawattheure en quelques mois. Cette volatilité est susceptible de se traduire sur le marché de détail. A l'inverse, la méthode de détermination des tarifs réglementés garantit une relative stabilité, dès lors que la méthode « par empilement » des coûts permet de maîtriser chacune des composantes du prix. Ainsi, le prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, qui représente 27 % du tarif réglementé de vente hors taxe, est stable depuis plusieurs années, tandis que le coût d'approvisionnement du complément de fourniture, calculé par référence aux prix de marché à terme constatés, est lissé sur deux ans afin de limiter l'exposition à la volatilité des prix. Les coûts de commercialisation n'évoluent pas ou très lentement, dès lors que pour l'application de l'article R. 337-19 du code de l'énergie cité au point 11, la CRE se réfère aux coûts d'EDF, opérateur dominant, conformément aux pratiques de l'Autorité de la concurrence, et contrôle leur évolution afin d'intégrer la seule part des coûts commerciaux afférente à la fourniture aux tarifs réglementés. Enfin, la CRE fixe la rémunération « normale » de l'activité de fourniture par référence aux marges commerciales de fournisseurs d'énergie européens comparables. De fait, les tarifs réglementés ont légèrement baissé entre 1996 et 2008 pour remonter ensuite lentement et se stabiliser au cours de la période récente.

23. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres objectifs d'intérêt économique général invoqués, que l'entrave à la réalisation d'un marché de l'électricité concurrentiel que constitue la réglementation tarifaire contestée peut être regardée comme poursuivant l'objectif d'intérêt économique général de stabilité des prix.

Quant au respect du principe de proportionnalité :

S'agissant du caractère permanent de la réglementation en cause :

24. Selon les dispositions de la directive 2009/73/CE telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt « Federutility » du 20 avril 2010, les obligations de service public imposées aux entreprises ne peuvent porter atteinte à la libre fixation de la fourniture de gaz naturel que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif d'intérêt économique général qu'elles poursuivent et, par conséquent, durant une période nécessairement limitée dans le temps. Tout en rappelant cette jurisprudence, la Cour n'a cependant pas exclu, dans son arrêt « ANODE » du 7 septembre 2016, qu'une intervention à caractère permanent puisse satisfaire à l'exigence de proportionnalité.

25. La réglementation contestée ne prévoit en elle-même aucune limitation dans le temps de l'obligation de proposer aux consommateurs la fourniture de l'électricité à des prix réglementés. D'une part, s'il résulte de l'article R. 337-21 du code de l'énergie que « *Les tarifs réglementés de vente d'électricité font l'objet d'un examen au moins une fois par an* », ces dispositions ne prévoient qu'une révision, à échéance au moins annuelle, du niveau de ces tarifs et non pas un réexamen périodique de la nécessité et des modalités de l'intervention publique sur les prix en fonction de l'évolution du marché de l'électricité. D'autre part, si le prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, qui est une des composantes des tarifs réglementés, est prorogé, depuis le 31 décembre 2015, par périodes de cinq ans, en vertu de l'article L. 336-8 du code de l'énergie, cette prorogation intervient au vu d'une évaluation qui porte sur l'incidence du dispositif de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique et qui n'inclut aucune appréciation de la nécessité ou des modalités des tarifs réglementés de vente au détail. Par ailleurs, si les dispositions du même article L. 336-8 prévoient que le mécanisme de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique est institué pour une période transitoire, jusqu'au 31 décembre 2025, l'expiration de cette période sans nouvelle prorogation du mécanisme conduirait seulement à devoir remplacer une des composantes des tarifs réglementés de vente d'électricité, sans remettre en cause leur existence. Ainsi, la réglementation dont les ministres ont fait application doit être regardée comme un dispositif à caractère permanent.

26. Si le ministre défendeur, qui ne conteste pas ce caractère permanent, fait valoir que la forte volatilité des prix du marché de gros de l'électricité, liée aux variations saisonnières de la consommation et aux possibilités très limitées de stocker cette énergie, ainsi que les caractéristiques de la production et de la commercialisation d'électricité, ne sont pas susceptibles d'être remises en cause dans un avenir proche, il ne ressort pas des pièces du dossier que le caractère permanent de la réglementation soit indispensable à la satisfaction de l'objectif d'intérêt économique général de stabilité des prix de la fourniture d'électricité, ni que la poursuite de cet objectif exclue toute possibilité d'une révision périodique du principe, ou à tout le moins des modalités, de l'intervention publique sur les prix en fonction de l'évolution du marché. En ce qu'elle présente un caractère permanent, la réglementation contestée n'apparaît donc pas proportionnée à l'objectif de stabilité des prix. Elle est par suite

incompatible avec les objectifs de la directive 2009/72/CE en ce qu'elle ne prévoit pas un réexamen périodique de la nécessité de l'intervention étatique sur les prix de vente au détail.

S'agissant des bénéficiaires de la réglementation contestée :

27. Les tarifs réglementés de vente de l'électricité s'appliquent, depuis le 1^{er} janvier 2016, uniquement aux petits consommateurs du territoire métropolitain continental, définis comme les consommateurs finals dont la puissance souscrite sur le site considéré est inférieure ou égale à 36 kilovoltampères ainsi qu'aux consommateurs situés dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental. Il résulte des dispositions de la directive 2009/72/CE telles qu'elles ont été interprétées par la jurisprudence précitée de la Cour de justice de l'Union européenne qu'en principe, l'exigence de proportionnalité n'est pas respectée si les tarifs réglementés de vente bénéficient de manière identique aux particuliers et aux entreprises. Les requérantes ne contestent pas que la situation très particulière des zones non interconnectées au réseau métropolitain continental justifie un traitement identique de l'ensemble des consommateurs de ces zones. S'agissant du territoire métropolitain continental, le ministre défendeur soutient que les petits consommateurs exigent une protection spécifique pour garantir un égal accès à l'électricité. Il ressort cependant des pièces du dossier et de l'audience d'instruction tenue par la 9^{ème} chambre de la section du contentieux que la similarité des profils de consommation et des enjeux justifie seulement que les consommateurs domestiques et les professionnels ayant une faible consommation d'électricité, tels que les artisans, commerçants et professions libérales, soient traités de manière identique. Le critère de la puissance électrique retenu n'apparaît en revanche pas pertinent pour les sites non résidentiels appartenant à des grandes entreprises qui sont éligibles aux tarifs réglementés de vente lorsqu'ils souscrivent une puissance par site inférieure ou égale à 36 kilovoltampères. En ce qu'elle est applicable à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, la réglementation contestée va donc au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs d'intérêt économique général qu'elle poursuit et est, par suite, incompatible dans cette mesure avec les objectifs de la directive 2009/72/CE.

S'agissant de l'existence de mesures moins contraignantes :

28. Selon les dispositions de la directive 2009/73/CE telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt « Federutility » du 20 avril 2010, les obligations de service public imposées aux entreprises ne peuvent porter atteinte au principe de libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif d'intérêt économique général qu'elles poursuivent. Dès lors, il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si, en dehors du cas particulier des zones non interconnectées au réseau métropolitain continental, dont la situation géographique justifie une intervention de l'Etat visant à maintenir durablement les prix de vente à un niveau inférieur au coût de revient de l'électricité consommée, l'objectif mentionné au point 23 ne pourrait pas être atteint par une intervention étatique moins contraignante qu'une réglementation générale du prix de vente au détail de l'électricité.

29. L'objectif de stabilité des prix justifie une intervention étatique sur le prix de vente au détail de l'électricité lorsque les prix de marché sont caractérisés par une instabilité telle qu'elle porterait atteinte à l'accès de tous à ce produit de première nécessité non substituable ou ne permettrait pas aux consommateurs d'opérer un choix éclairé entre les différentes offres qui leur sont proposées.

30. Or il ressort des pièces du dossier, notamment des informations publiées par la CRE, et de l'audience d'instruction tenue par la 9^{ème} chambre de la section du contentieux que les prix du marché de gros de l'électricité se caractérisent par une forte volatilité. Cette volatilité, dont les évolutions, liées à de multiples facteurs, sont difficiles à anticiper, est susceptible de se répercuter à tout moment sur le prix du marché de détail. Par ailleurs, si les offres de marché garantissant une formule de prix sur deux ou trois ans se sont développées au cours des deux dernières années, elles proposent souvent un prix indexé sur les tarifs réglementés, lesquels demeurent ainsi un prix de référence et garantissent une visibilité de long terme qu'une intervention ponctuelle ne peut offrir. Ces offres de marché à prix fixe manquent en outre parfois de transparence, ce qui rend difficile la comparaison des offres disponibles par le consommateur. La suppression des tarifs réglementés risquerait ainsi d'entraîner une augmentation de la volatilité des prix qui, compte tenu des caractéristiques intrinsèques du marché de l'électricité, ne peut être encadrée de manière appropriée par des mesures temporaires, telle que celle qui est prévue au dernier alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce cité au point 9 pour faire face à une situation de crise ou des circonstances exceptionnelles ou une situation manifestement anormale sur un marché donné. Dans ces conditions, une réglementation générale du prix de vente au détail doit être regardée comme proportionnée à l'objectif de stabilité des prix, sous réserve qu'elle prévoie, comme il est dit au point 26, un réexamen périodique de la nécessité de l'intervention étatique sur les prix de vente au détail.

31. Il résulte de ce qui est dit aux points 24 à 30 ci-dessus que l'entrave à la réalisation d'un marché de l'électricité concurrentiel que constitue la réglementation tarifaire contestée est disproportionnée aux objectifs d'intérêt économique général invoqués pour la justifier en ce qu'elle ne prévoit pas un réexamen périodique de la nécessité de l'intervention étatique sur les prix de vente au détail et en ce qu'elle est applicable à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères.

Quant au caractère clairement défini, transparent, contrôlable et non discriminatoire des obligations de service public :

32. Selon les dispositions de la directive 2009/73/CE telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne dans ses arrêts cités aux points 15 et 16 ci-dessus, l'intervention de l'Etat sur la fixation du prix de fourniture de l'électricité doit être clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable, et elle doit garantir un égal accès des entreprises de l'Union européenne aux consommateurs.

33. Il ressort des pièces du dossier que l'obligation d'assurer la fourniture d'électricité aux clients bénéficiaires des tarifs réglementés de vente, mise à la charge d'EDF et, dans leur zone de desserte, des entreprises locales de distributions est précisément définie par le code de l'énergie, notamment aux articles L. 121-5 et L. 337-6 de ce code, transparente et contrôlable. Si cette obligation de service public ne pèse que sur ces entreprises et non sur l'ensemble des entreprises opérant dans le secteur de l'électricité, les fournisseurs alternatifs sont libres de proposer les prix de leur choix et peuvent en conséquence proposer à leurs clients des tarifs alignés sur les tarifs réglementés de vente dont la méthodologie de calcul garantit par ailleurs leur contestabilité. La réglementation contestée ne peut dès lors être regardée comme discriminatoire. Elle assure en outre un égal accès des entreprises d'électricité aux consommateurs puisque ces derniers peuvent opter à tout moment et sans frais pour une offre de marché.

34. Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions du code de l'énergie citées au point 11 sont incompatibles avec les objectifs poursuivis par la directive 2009/72/CE en ce qu'elles prévoient un dispositif de caractère permanent et qu'elles sont applicables à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères. Il suit de là que ces dispositions ne pouvaient, sans méconnaître les objectifs de la directive 2009/72/CE, servir de base légale à la décision attaquée. Toutefois, le caractère permanent de cette réglementation n'affecte pas la légalité de la décision attaquée qui, conformément à l'article R. 337-21 du code de l'énergie, est prise pour une période déterminée d'un an maximum. Par ailleurs, si la conformité à ces objectifs d'une réglementation des prix de détail pratiqués dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental n'est pas contestée et n'apparaît pas contestable, les dispositions de la décision attaquée du 27 juillet 2017 ne sont à cet égard pas divisibles. La société Engie et l'ANODE sont, par suite, fondées à demander l'annulation de cette décision en tant qu'elle est applicable à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

35. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société Engie et de l'ANODE, qui ne sont pas, dans la présente instance, la partie perdante. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros à verser respectivement à l'ANODE et à la société Engie au titre de cet article.

DECIDE :

Article 1^{er} : Les interventions de la société EDF et de l'Uneleg sont admises.

Article 2 : La décision du 27 juillet 2017 est annulée en ce qu'elle est applicable à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères.

Article 3 : L'Etat versera à la société Engie et à l'ANODE la somme de 3 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le surplus des conclusions des requêtes de la société Engie et de l'ANODE est rejeté.

Article 6 : Les conclusions présentées par la société EDF au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 7 : La présente décision sera notifiée à la société Engie, à l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie, au ministre de l'économie et des finances, au ministre de la transition écologique et solidaire, à la Commission de régulation de l'énergie, à la société Electricité de France et à l'Union nationale des entreprises locales d'électricité et de gaz.