

Nos 330548, 332639, 332643

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE DIRECT ENERGIE et autres

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Matthieu Schlesinger  
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux  
(Section du contentieux, 9ème et 10ème sous-sections réunies)

M. Frédéric Alaïdjidi  
Rapporteur public

Sur le rapport de la 9ème sous-section  
de la Section du contentieux

Séance du 14 novembre 2012  
Lecture du 28 novembre 2012

Vu, sous les n°s 330548, 332639 et 332643, les décisions des 28 mars et 23 mai 2012 par lesquelles le Conseil d'Etat statuant au contentieux, avant de statuer sur les conclusions des requêtes de la société Direct Energie et du Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication tendant à l'annulation de la décision tacite d'approbation du 5 mai 2009 des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité proposés par la Commission de régulation de l'énergie le 26 février 2009, de la décision du ministre d'Etat, de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire et de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 5 juin 2009 relative aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité et des décisions implicites de ces ministres rejetant les recours gracieux du syndicat contre ces décisions, a demandé à M. Jean-Jacques Dedouit, commissaire aux comptes, un avis portant, d'une part, sur la façon de déterminer le coût moyen pondéré du capital lorsque les actifs d'une société comprennent des biens propriété du concédant et ont pour contrepartie à son passif des comptes spécifiques aux concessions, notamment les droits des concédants, et, d'autre part, sur les retraitements à opérer en cas de passage d'une approche comptable des charges de capital à une approche économique, fondée sur le coût moyen pondéré du capital investi ;

Vu, 1°) sous le n° 330548, le nouveau mémoire en défense, enregistré le 8 août 2012, présenté par le ministre de l'économie et des finances, qui reprend les conclusions de son précédent mémoire et les mêmes moyens ;

Vu, 2°) sous le n° 332639, le nouveau mémoire, enregistré le 22 août 2012, présenté pour le Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux

de communication, qui reprend les conclusions de sa requête et les mêmes moyens ; il soutient en outre que si l'avis confirme que les comptes des droits des concédants et les provisions pour renouvellement inscrits au passif de la société ERDF peuvent être regardés comme des dettes, le consultant n'a pas tiré les conséquences de ses propres affirmations en n'en déduisant pas que la méthode de calcul du TURPE surévaluait le coût moyen pondéré du capital ;

.....

Vu, 3°) sous le n° 332643, le nouveau mémoire en défense, enregistré le 8 août 2012, présenté par le ministre de l'économie et des finances, qui reprend les conclusions de son précédent mémoire et les mêmes moyens ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 15 novembre 2012, présentée sous le n° 332639 par la société ERDF ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 15 novembre 2012, présentée sous le n° 332639 par la Commission de régulation de l'énergie ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 22 novembre 2012, présentée sous le n° 332639 par le ministre de l'économie et des finances ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 15 novembre 2012, présentée sous le n° 332643 par la société ERDF ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 15 novembre 2012, présentée sous le n° 332643 par la Commission de régulation de l'énergie ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 22 novembre 2012, présentée sous le n° 332643 par le ministre de l'économie et des finances ;

Vu le règlement (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ;

Vu la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ;

Vu la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 ;

Vu le décret n° 2001-365 du 26 avril 2001 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique ;

- le rapport de M. Matthieu Schlesinger, Auditeur,

- les observations de Me Foussard, avocat du Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication,

- les conclusions de M. Frédéric Aladjidi, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à Me Foussard, avocat du Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, par une décision du 5 juin 2009, le ministre d'Etat, de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire et la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ont approuvé les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité proposés par la Commission de régulation de l'énergie le 26 février 2009 ; que ces tarifs, qui visent à couvrir l'ensemble des coûts supportés par les gestionnaires de réseaux, sont entrés en vigueur à compter du 1er août 2009 ; que la société Direct Energie et le syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC) demandent l'annulation, d'une part, de la décision tacite d'approbation de ces tarifs du 5 mai 2009 et, d'autre part, de la décision des ministres chargés de l'énergie et de l'économie du 5 juin 2009 ; que le SIPPEREC demande, en outre, l'annulation du rejet des recours gracieux qu'il a formés contre ces décisions ;

2. Considérant que, par des décisions des 28 mars et 23 mai 2012, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a, d'une part, écarté les moyens relatifs à la légalité externe des décisions attaquées et, d'autre part, demandé à M. Dadouit, avant d'examiner les moyens relatifs à la légalité interne des décisions attaquées, un avis portant, d'une part, sur la façon de déterminer le coût moyen pondéré du capital lorsque les actifs d'une société comprennent des biens qui sont la propriété du concédant et qui ont pour contrepartie à son passif des « comptes spécifiques aux concessions », et, d'autre part, sur les retraitements à opérer en cas de passage d'une approche comptable des charges de capital à une approche économique, fondée sur le coût moyen pondéré du capital investi ; que le consultant a déposé son rapport le 13 juillet 2012 ;

Sur le désistement de la société Poweo Direct Energie :

3. Considérant que la société Poweo Direct Energie, venant aux droits de la société Direct Energie, déclare se désister de la présente action ; que ce désistement est pur et simple ; que rien ne s'oppose à ce qu'il en soit donné acte ;

Sur la fin de non-recevoir opposé par la société ERDF :

4. Considérant que la fin de non-recevoir soulevée par la société ERDF, tirée de l'absence d'intérêt à agir du Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication, ne peut qu'être écartée pour les motifs exposés par le Conseil d'Etat, statuant au contentieux dans sa décision du 28 mars 2012 ;

Sur la légalité interne des décisions attaquées :

En ce qui concerne les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité :

5. Considérant qu'en vertu du premier alinéa du II de l'article 4 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, dans sa rédaction en vigueur à la date des décisions attaquées, « les tarifs d'utilisation du réseau public de transport et des réseaux publics de distribution applicables aux utilisateurs sont calculés de manière non discriminatoire, afin de couvrir l'ensemble des coûts supportés par les gestionnaires de ces réseaux, y compris les coûts résultant de l'exécution des missions et des contrats de service public » ; qu'aux termes de l'article 2 du décret du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité : « Les tarifs d'utilisation des réseaux publics sont calculés à partir de l'ensemble des coûts de ces réseaux, tels qu'ils résultent de l'analyse de coûts techniques, de la comptabilité générale des opérateurs, y compris les comptes séparés des activités de transport et de distribution établis en application de l'article 25 de la loi du 10 février 2000 susvisée. / Ces coûts comprennent en particulier : (...) 7° La rémunération du capital investi (...) » ;

6. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, pour fixer les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité, les charges de capital sont déterminées comme la somme de la rémunération des actifs en service et du montant des amortissements relatifs aux immobilisations autres que celles qui ont été réalisées par les concédants avant le 31 décembre 2004, diminuée du montant des actifs financés par les concédants ; que la rémunération des actifs en service est obtenue en multipliant la « base d'actifs régulés », égale à la valeur nette comptable des immobilisations figurant à l'actif du bilan de la société ERDF, déduction faite de celles qui ont été financées par les concédants avant le 31 décembre 2004, par le « coût moyen pondéré du capital », égal à la moyenne pondérée du coût des fonds propres et du coût de la dette ; que cette méthode de calcul a été substituée, à compter du 1er janvier 2006, à une précédente méthode consistant à évaluer le montant des charges de capital comme la somme des dotations aux amortissements et aux provisions pour renouvellement, des charges liées aux dettes financières et de la rémunération des capitaux propres, déduction faite de la trésorerie ;

7. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, notamment de sa proposition du 26 février 2009, que la Commission de régulation de l'énergie (CRE) a fixé le coût moyen pondéré du capital de la société ERDF au taux de 7,25 %, calculé comme la moyenne du taux de rémunération des fonds propres et de celui de la dette de cette société, chiffrés respectivement à 10,92 % et à 4,80 %, pondérés en fonction de l'importance relative des capitaux propres, d'un montant de 3 milliards d'euros au 31 décembre 2008, et des dettes, d'un montant de 4,1 milliards

d'euros à la même date ; qu'ainsi la CRE a évalué le coût moyen pondéré du capital comme si le passif de la société ERDF avait été composé à 40 % de capitaux propres et à 60 % de dettes ; qu'en s'abstenant ainsi, pour déterminer le coût moyen pondéré du capital, de prendre en considération les « comptes spécifiques des concessions », qui correspondent aux droits des concédants de récupérer gratuitement les biens de la concession en fin de contrat, dont le montant, au passif du bilan de la société ERDF, était de 26,3 milliards d'euros au 31 décembre 2008, ainsi que les « provisions pour renouvellement des immobilisations », dont le montant était de 10,6 milliards d'euros, la CRE et les ministres ont retenu, ainsi que cela ressort du rapport du consultant du 13 juillet 2012, une méthode erronée en droit et, ainsi, méconnu les dispositions précitées du premier alinéa du II de l'article 4 de la loi du 10 février 2000 et l'article 2 du décret du 26 avril 2001 ; que, dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des requêtes dirigés contre ces tarifs, le syndicat requérant est fondé à soutenir que les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution doivent être annulés ;

En ce qui concerne les tarifs d'utilisation du réseau public de transport d'électricité :

8. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'un « compte de régulation des charges et des produits » avait été établi pendant la période d'application du précédent tarif, afin de mesurer l'écart entre les prévisions réalisées au moment de l'élaboration du tarif et les charges et produits effectivement constatés pendant sa période d'application, pour certains postes préalablement identifiés ; qu'il est tenu compte de l'écart constaté pour fixer le tarif applicable pendant une période postérieure ;

9. Considérant que, dans son avis du 26 février 2009, la Commission de régulation de l'énergie a indiqué qu'un solde positif de 865,9 millions d'euros était constaté pour la société RTE au 31 décembre 2008, et a expliqué les modalités financières de la restitution de cet excédent aux utilisateurs dans le cadre des tarifs applicables à compter de 2009 ; qu'elle n'a ainsi méconnu aucune obligation de transparence ; qu'en outre, il ne ressort pas des pièces du dossier que la CRE et les ministres aient, pour prendre en compte le montant de ce solde pour fixer les tarifs d'utilisation du réseau public de transport d'électricité applicables à compter de 2009, commis une erreur manifeste d'appréciation ; que, par suite, les conclusions du syndicat requérant tendant à l'annulation des décisions attaquées en tant qu'elles fixent les tarifs d'utilisation du réseau public de transport de l'électricité doivent être rejetées ;

Sur les conséquences de l'illégalité des décisions attaquées :

10. Considérant que l'annulation prononcée par la présente décision a en principe pour effet de rendre à nouveau immédiatement applicables, pour l'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité, les tarifs établis par la décision du 23 septembre 2005 ; qu'il ressort cependant des pièces du dossier et des écritures de la société ERDF, non contredites sur ce point, que ces tarifs ne seraient pas de nature à satisfaire à l'exigence de couverture des coûts complets supportés par le gestionnaire des réseaux ; qu'il appartient dès lors à la CRE de proposer et aux ministres compétents d'approuver de nouveaux tarifs de distribution, calculés en tenant compte des motifs de la présente décision, pour la période courant à compter du 1er août 2009 ; qu'il y a lieu, dans ces conditions, eu égard aux circonstances de l'espèce, de différer la date d'effet de l'annulation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution fixés par les décisions litigieuses au 1er juin 2013 ;

Sur les dépens :

11. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre les frais de l'avis demandé par le Conseil d'Etat à la charge de l'Etat ;

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

12. Considérant qu'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 au Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'en revanche, ces mêmes dispositions font obstacle à ce que soient mises à la charge de ce syndicat les sommes que la Commission de régulation de l'énergie et la société ERDF, qui n'ont pas la qualité de parties à la présente procédure, demandent à ce titre ;

DECIDE :

Article 1<sup>er</sup> : Il est donné acte du désistement de la société Poweo Direct Energie.

Article 2 : La décision tacite d'approbation du 5 mai 2009, la décision du 5 juin 2009 relative aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité et les décisions implicites des ministres chargés de l'énergie et de l'économie rejetant les recours gracieux dirigés contre ces décisions sont annulées en tant qu'elles fixent les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution. Cette annulation prendra effet le 1er juin 2013.

Article 3 : Les dépens sont mis à la charge de l'Etat.

Article 4 : L'Etat versera au Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions de la société ERDF et de la Commission de régulation de l'énergie présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : Le surplus des conclusions des requêtes est rejeté.

Article 7 : La présente décision sera notifiée à la société Poweo Direct Energie, au Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication, à la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, au ministre de l'économie et des finances et à la société Electricité Réseau Distribution France.

Copie en sera adressée pour information à la Commission de régulation de l'énergie.