

CONSEIL D'ÉTAT

statuant
au contentieux

N° 353554

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**ASSOCIATION NATIONALE DES
OPÉRATEURS DÉTAILLANTS EN
ÉNERGIE (ANODE)**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 28 novembre 2011

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la requête, enregistrée le 21 octobre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée pour l'ASSOCIATION NATIONALE DES OPÉRATEURS DÉTAILLANTS EN ÉNERGIE (ANODE), dont le siège est situé 1, boulevard Malesherbes à Paris (75008) ; l'ANODE demande au juge des référés du Conseil d'État :

1°) d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de l'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 ;

2°) d'enjoindre au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ainsi qu'au ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique, d'adopter un nouvel arrêté conforme aux règles applicables et couvrant les coûts supportés par GDF Suez pour la fourniture du gaz ;

3°) de mettre à la charge de l'État le versement de la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elle soutient que sa requête est recevable, l'arrêté du 29 septembre 2011 portant directement atteinte aux intérêts qu'elle défend ; que la condition d'urgence est remplie ; que l'arrêté contesté porte une atteinte grave et immédiate à la situation économique des entreprises membres, en obérant leurs résultats et leur situation financière, en compromettant leur capacité à se maintenir sur le marché de la fourniture de gaz naturel, les contraignant ainsi à aligner leurs offres commerciales sur les tarifs réglementés dont l'évolution ne prend pas en compte les coûts réels d'approvisionnement ; que cet arrêté porte atteinte de manière directe, durable et irréversible à plusieurs intérêts publics, dont le maintien d'une situation de concurrence effective

sur le marché de la fourniture de gaz au détail dominé par GDF Suez ; qu'aucun intérêt public ne justifie qu'il ne soit pas fait droit à la demande de suspension ; qu'il existe un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté du 29 septembre 2011 ; que celui-ci est entaché d'erreur manifeste d'appréciation, dès lors qu'il méconnaît les dispositions combinées de l'article L. 445-3 du code de l'énergie et du décret du 18 décembre 2009 relatives à la couverture des coûts par les tarifs réglementés de vente de gaz naturel ; que l'arrêté viole le principe de non discrimination et le principe d'égalité en maintenant irrégulièrement une modulation des tarifs en fonction des catégories d'utilisateurs finals ; que l'injonction sollicitée est nécessaire ;

Vu l'arrêté dont la suspension est demandée ;

Vu la copie de la requête en annulation présentée par l'ANODE ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 15 novembre 2011, présenté par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, qui conclut au rejet de la requête ; il fait valoir que la condition d'urgence n'est pas remplie ; que l'ANODE ne justifie pas que l'arrêté contesté compromet la situation financière de ses membres dès lors notamment que leurs coûts restent en dessous du niveau des tarifs réglementés ; qu'aucun effet irréversible sur la structure concurrentielle du marché du gaz n'est démontré ; que l'intérêt public s'oppose à la suspension de l'arrêté ; qu'il n'y a pas de doute sérieux quant à la légalité de celui-ci ; que l'arrêté contesté poursuit des objectifs légaux de couverture des coûts et de protection des consommateurs ; qu'aucune atteinte excessive à la concurrence et à l'intégrité des opérateurs n'a été commise ; que le décret du 18 décembre 2009, dans ses articles 5 à 7, ne s'oppose pas à une suspension de la formule tarifaire ; que le principe d'égalité n'est pas méconnu, eu égard à la différence de situation objective entre les deux catégories de clients ; que la mesure d'injonction n'est pas nécessaire ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 17 novembre 2011, présenté pour l'ANODE, qui reprend les conclusions de sa requête et les mêmes moyens ; elle soutient en outre que l'arrêté contesté, suspendant sans base légale la formule tarifaire, a été adopté en violation directe du décret du 18 décembre 2009 ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 23 novembre 2011, présenté pour l'ANODE, qui rectifie les conclusions de sa requête, d'une part, en demandant la suspension de l'exécution de l'arrêté du 29 septembre 2011 en tant ce que celui-ci refuse d'appliquer la formule tarifaire prévue par la réglementation en vigueur et, d'autre part, en précisant que l'injonction demandée concerne l'adoption, dans un délai d'un mois, d'un nouvel arrêté conforme aux règles applicables et couvrant les coûts supportés par GDF Suez pour la fourniture du gaz ; elle reprend les moyens de sa requête ;

Vu le nouveau mémoire en défense, enregistré le 23 novembre 2011, présenté par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, qui reprend les conclusions de son précédent mémoire et les mêmes moyens ;

Vu le mémoire de production, enregistré le 24 novembre 2011, présenté pour l'ANODE, qui reprend les conclusions de sa requête et les mêmes moyens ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 24 novembre 2011, présenté pour l'ANODE, qui reprend les conclusions de sa requête et les mêmes moyens ;

Vu le nouveau mémoire en défense, enregistré le 24 novembre 2011, présenté par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, qui reprend les conclusions de ses précédents mémoires et les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de l'énergie ;

Vu le décret n° 2009-1603 du 18 décembre 2009 ;

Vu l'arrêté du 9 décembre 2010 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, l'ASSOCIATION NATIONALE DES OPÉRATEURS DÉTAILLANTS EN ÉNERGIE et, d'autre part, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 18 novembre 2011 à 10 heures, au cours de laquelle ont été entendus :

- Me Thiriez, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avocat de l'ASSOCIATION NATIONALE DES OPÉRATEURS DÉTAILLANTS EN ÉNERGIE ;

- les représentants de l'ASSOCIATION NATIONALE DES OPÉRATEURS DÉTAILLANTS EN ÉNERGIE ;

- les représentants du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ;

et à l'issue de laquelle l'instruction a été prolongée jusqu'au 24 novembre 2011 ;

Considérant que la loi du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, modifiée par la loi du 9 août 2004, a organisé l'ouverture à la concurrence du marché français du gaz naturel, en tenant compte des objectifs définis par la directive 98/30/CE du 22 juin 1998 puis par la directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 ; qu'à partir du 1er juillet 2007, tous les clients ont pu se fournir en gaz naturel auprès du fournisseur de leur choix ; que toutefois des tarifs réglementés s'appliquent aux fournisseurs historiques de gaz, principalement à GDF Suez, lorsque leurs clients n'ont pas exercé la faculté de se fournir auprès du fournisseur de leur choix ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 445-3 du code de l'énergie, reprenant le II de l'article 7 de la loi du 3 janvier 2003 : « Les tarifs réglementés de vente du gaz naturel sont définis en fonction des caractéristiques intrinsèques des fournitures et des coûts liés à ces fournitures. Ils couvrent l'ensemble de ces coûts à l'exclusion de toute subvention en faveur des clients qui ont exercé leur droit prévu à l'article L. 441-1 (...) » ; que selon ce dernier article : « Tout client qui consomme le gaz qu'il achète ou qui achète du gaz pour le revendre a le droit, le cas échéant, par l'intermédiaire de son mandataire, de choisir son fournisseur de gaz naturel » ;

Considérant que le décret du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel prévoit dans son article 3 que « les tarifs réglementés de vente du gaz naturel couvrent les coûts d'approvisionnement en gaz naturel et les coûts hors approvisionnement » ; que selon l'article 4 de ce décret : « Pour chaque fournisseur, une formule tarifaire traduit la totalité des coûts d'approvisionnement en gaz naturel et des coûts hors approvisionnement et permet de déterminer le coût moyen de fourniture du gaz naturel, à partir duquel sont fixés les tarifs réglementés de vente de celui-ci, en fonction des modalités de desserte des clients concernés (...) /La formule tarifaire est fixée par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, à partir, le cas échéant, des propositions faites par le fournisseur (...) » ; que l'article 5 du décret dispose : « Pour chaque fournisseur, un arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie fixe les barèmes des tarifs réglementés à partir, le cas échéant, des propositions du fournisseur. /Ces barèmes sont réexaminés au moins une fois par an et révisés s'il y a lieu en fonction de l'évolution de la formule tarifaire et compte tenu des modifications intervenues à l'initiative du fournisseur en application de l'article 6 du présent décret (...) » ;

Considérant que, par un arrêté du 9 décembre 2010, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique ont, en application de l'article 4 du décret du 18 décembre 2009, fixé la formule tarifaire en fonction de laquelle sont déterminés les tarifs réglementés de vente hors taxes du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez ;

Considérant que les tarifs réglementés applicables à GDF Suez ont été fixés en dernier lieu, en application de l'article 5 du décret du 18 décembre 2009, par des arrêtés interministériels du 27 juin 2011 et du 29 septembre 2011 ; que ce dernier arrêté, par son article 2, maintient à l'identique les tarifs réglementés applicables aux clients résidentiels et aux petits clients professionnels ; que, par son article 1^{er}, il augmente en moyenne de 4,9% les tarifs réglementés applicables aux autres clients ;

Considérant que l'ASSOCIATION NATIONALE DES OPÉRATEURS DÉTAILLANTS EN ÉNERGIE (ANODE), regroupant plusieurs fournisseurs « alternatifs » de gaz, tels que les sociétés Altergaz, Direct Energie, Gaz de Paris et Poweo, approvisionnant des clients ayant exercé la faculté de se fournir auprès du fournisseur de leur choix, demande, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'arrêté du 29 septembre 2011 en tant qu'il refuse d'appliquer la formule tarifaire prévue par l'arrêté du 9 décembre 2010 ;

Sur la demande de suspension :

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » ;

Considérant, en premier lieu, que dans son avis du 29 septembre 2011, la Commission de régulation de l'énergie a estimé que l'évolution des tarifs fixée par l'arrêté contesté est très insuffisante pour couvrir les coûts d'approvisionnement de GDF Suez au 1^{er} octobre 2011, l'application de la formule tarifaire prévue par l'arrêté du 9 décembre 2010 conduisant en moyenne, compte tenu des hausses des coûts d'approvisionnement en gaz naturel, à une hausse des tarifs variant de 8,8 % à 10 % selon les tarifs ; qu'en égard à cet élément, et compte tenu de ce que, contrairement à ce que soutient le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, les articles 5 à 7 du décret du 18 décembre 2009 ne permettent pas aux ministres de suspendre l'application de la formule tarifaire prévue par l'article 4 de ce décret, les moyens présentés par l'ANODE, selon lesquels l'arrêté contesté est entaché de violation du décret du 18 décembre 2009 et d'erreur manifeste d'appréciation, paraissent, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté du 29 septembre 2011 ;

Considérant, en second lieu, qu'il résulte de l'instruction que les entreprises membres de l'ANODE sont entrées sur le marché de la distribution du gaz à la suite de l'ouverture partielle, puis totale, de ce marché à la concurrence ; que cette entrée implique qu'elles pratiquent à l'égard de leurs clients des remises par rapport aux tarifs du fournisseur historique, GDF Suez, occupant une place prépondérante sur ce marché ; que certaines de ces entreprises avaient un résultat déficitaire avant l'arrêté contesté ; qu'en égard au mode d'approvisionnement en gaz de ces entreprises, qui ne repose pas seulement sur le marché à court terme du gaz naturel, dont les prix sont pour l'instant favorables aux acheteurs, mais aussi sur des contrats à moyen ou long terme indexés selon des formules voisines de celles applicables à GDF Suez, un gel durable des tarifs réglementés de GDF Suez est de nature à créer un phénomène de « ciseau tarifaire » selon lequel les coûts complets de ces opérateurs seraient supérieurs aux tarifs réglementés de GDF Suez, affectant leurs marges et compromettant leur présence sur le marché de la distribution du gaz ainsi que l'objectif public d'ouverture de ce marché à la concurrence ; que, si le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie invoque l'intérêt public s'attachant, d'une part, à une meilleure adéquation de la formule tarifaire aux coûts réels de GDF Suez et, d'autre part, à la protection des consommateurs contre des hausses tarifaires qui ne reflèteraient pas ces coûts, il appartient aux autorités détentrices du pouvoir réglementaire de modifier, si les données économiques le justifient, les modes de calcul des tarifs réglementés ; qu'ainsi l'arrêté contesté crée une situation d'urgence de nature à justifier sa suspension ;

Considérant que les conditions posées par l'article L. 521-1 du code de justice administrative étant remplies, il y a lieu de suspendre l'article 2 de l'arrêté du 29 septembre 2011, 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 ;

Sur la demande d'injonction :

Considérant que compte tenu, d'une part, de ce que les ministres compétents ont eux-mêmes procédé à un ajustement tarifaire par l'arrêté contesté du 29 septembre 2011 et, d'autre part, du doute sérieux quant à la légalité du niveau tarifaire retenu, il y a lieu d'enjoindre au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique de se prononcer à nouveau sur la fixation des tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez, par application des textes réglementaires en vigueur, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente ordonnance ;

Sur la demande relative au remboursement de frais :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, de mettre à la charge de l'État la somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par l'ANODE et non compris dans les dépens ;

O R D O N N E :

Article 1^{er} : L'exécution de l'article 2 de l'arrêté du 29 septembre 2011 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez est suspendue, ainsi que l'exécution du surplus de cet arrêté en tant qu'il n'a pas fixé à un niveau plus élevé l'augmentation des tarifs.

Article 2 : Il est enjoint au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique de se prononcer à nouveau sur la fixation des tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez, par application des textes réglementaires en vigueur, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente ordonnance.

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

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à l'ASSOCIATION NATIONALE DES OPÉRATEURS DÉTAILLANTS EN ÉNERGIE, au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique.