

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N° 363572

ASSOCIATION NATIONALE DES
OPÉRATEURS DÉTAILLANTS EN
ÉNERGIE (ANODE)

Ordonnance du 29 novembre 2012

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la requête, enregistrée le 26 octobre 2012 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), représentée par son président en exercice ; l'association requérante 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 26 septembre 2012 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez en tant qu'il n'a pas fixé à un niveau plus élevé l'augmentation de ces tarifs ;

2°) d'enjoindre au ministre de l'économie et des finances ainsi qu'à la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie 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, dans un délai d'un mois, sous astreinte de 10 000 euros par jour de retard ;

3°) de mettre à la charge de l'État le versement de la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elle soutient que :

- la condition d'urgence est remplie ;
- 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 et hors approvisionnement ;
- 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, la maîtrise des dépenses d'énergie et l'efficacité de la consommation énergétique ;

- aucun intérêt public ne justifie qu'il ne soit pas fait droit à la demande de suspension ;

- il existe un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté du 26 septembre 2012 ;

- il est entaché d'erreur manifeste d'appréciation, dès lors qu'en procédant à une sous-évaluation de l'évolution tarifaire, 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 du gaz naturel ;

- l'arrêté contesté est entaché d'une erreur de droit en ce que les ministres compétents n'ont pas observé les règles de révision des barèmes tarifaires telles qu'elles découlent de ces dispositions ;

- l'arrêté méconnaît les dispositions de la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 relative aux règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel ainsi que les dispositions de l'article L. 420-5 du code de commerce ;

- l'injonction sollicitée du juge des référés 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 20 novembre 2012, présenté par le ministre de l'économie et des finances, qui conclut au rejet de la requête ; il soutient que :

- la requête est irrecevable en l'absence de décision des organes compétents de l'ANODE ;

- la condition d'urgence n'est pas remplie ;

- la situation actuelle invoquée par l'ANODE n'est pas similaire à celle qui prévalait à l'époque de la suspension de l'exécution de l'arrêté tarifaire du 29 septembre 2011 ;

- l'ANODE ne justifie pas que l'arrêté contesté compromet la situation financière de ses membres ;

- l'arrêté du 26 septembre 2012 ne crée pas une situation de ciseau tarifaire ;

- aucun effet irréversible sur la structure concurrentielle du marché du gaz ni aucune atteinte à l'objectif public d'ouverture du marché de la fourniture de gaz en détail ne sont démontrés ;

- un intérêt public tenant à la nécessaire modération des prix de l'énergie s'oppose à la suspension de l'arrêté ;

- aucun des moyens soulevés n'est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté contesté ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 26 novembre 2012, présenté pour l'ANODE, qui reprend les conclusions de sa requête et les mêmes moyens ; elle soutient en outre que :

- la délibération de son bureau, en date du 28 septembre 2012, établit la recevabilité de sa requête ;

- le moyen tiré de ce que la situation actuelle n'est pas similaire à celle qui prévalait à l'époque de la suspension de l'exécution de l'arrêté tarifaire du 29 septembre 2011 est inopérant ;

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 22 décembre 2011 relatif aux tarifs réglementés de vente de 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 et des finances ainsi que le ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 27 novembre 2012 à 14 heures 30, 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 et des finances ;

- le représentant du ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie ;

et à l'issue de laquelle l'instruction a été close ;

1. 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* » ; qu'il résulte de ces dispositions que le prononcé de la suspension d'un acte administratif est subordonné notamment à une condition d'urgence ; que l'urgence justifie la suspension de l'exécution d'un acte administratif lorsque celui-ci porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate, à un

intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ; que l'urgence doit être appréciée objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire ;

Sur la recevabilité de la requête :

2. Considérant que si le ministre de l'économie et des finances soutient que la requête de l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) serait irrecevable en l'absence de décision des organes compétents de cette association, il ressort, en tout état de cause des pièces du dossier que, par délibération en date du 28 septembre 2012, le bureau de l'association requérante a autorisé son président à engager une telle action ;

Sur la demande de suspension :

3. Considérant, en premier lieu, que dans son avis du 25 septembre 2012, la Commission de régulation de l'énergie a estimé que l'augmentation de 2% des tarifs fixée par l'arrêté contesté est insuffisante pour couvrir les coûts d'approvisionnement de GDF Suez au 1er octobre 2012, l'application de la formule tarifaire prévue par l'arrêté du 22 décembre 2011 conduisant à une hausse d'environ 6% ; qu'eu égard à cet élément, les moyens présentés par l'ANODE, selon lesquels l'arrêté contesté méconnaît les dispositions du décret du 18 décembre 2009 et est entaché d'une 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 26 septembre 2012 ;

4. 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 ; qu'alors même qu'il leur est possible d'adopter des stratégies commerciales non exclusivement fondées sur les prix, l'implantation sur le marché de la distribution de gaz aux particuliers, qui, contrairement à ce que soutient le ministre, est loin d'être assurée à ce jour ou à une échéance proche, implique de leur part des remises par rapport aux tarifs du fournisseur historique, GDF Suez, qui occupe une place prépondérante sur ce marché, dès lors notamment que la possibilité donnée aux clients de revenir aux tarifs réglementés fait du prix un critère de choix prépondérant du consommateur ; que certaines de ces entreprises avaient un résultat déficitaire avant l'entrée en vigueur de l'arrêté contesté dont l'exécution devrait avoir pour effet raisonnablement prévisible d'aggraver leur situation ; qu'en effet, eu égard au mode d'approvisionnement en gaz de ces entreprises, qui ne repose pas seulement sur le marché à court terme du gaz naturel mais aussi sur des contrats à moyen ou long terme indexés selon des formules voisines de celles applicables à GDF Suez, l'exécution de l'arrêté contesté est de nature à créer un phénomène de " ciseau tarifaire " entre les coûts complets des opérateurs et les tarifs réglementés de GDF Suez, affectant les marges des opérateurs membres de l'ANODE 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 et des finances invoque l'intérêt public s'attachant à la protection des consommateurs et au maintien d'un coût raisonnable de l'énergie pour ceux-ci, il appartient aux autorités compétentes de prendre les dispositions susceptibles de satisfaire à ces objectifs, notamment en modifiant les modes de calcul des tarifs réglementés ; qu'ainsi l'arrêté contesté crée une situation d'urgence de nature à justifier sa suspension ;

5. 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'arrêté du 26 septembre 2012 en tant qu'il n'a pas fixé à un niveau plus élevé l'augmentation des tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez ;

Sur la demande d'injonction :

6. 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 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 et des finances et à la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie 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 ; qu'il n'y a pas lieu d'assortir cette injonction d'une astreinte ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

7. 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 ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'exécution de l'arrêté du 26 septembre 2012 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez est suspendue en tant que cet arrêté n'a pas fixé à un niveau plus élevé l'augmentation de ces tarifs.

Article 2 : Il est enjoint au ministre de l'économie et des finances et à la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie 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 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie, au ministre de l'économie et des finances et à la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie.