

N°s 380091, 380336
Eni Spa et Eni Gas & Power France SA
Union professionnelle des industries
privées du gaz

9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies
Séance du 30 mars 2016
Lecture du 15 avril 2016

CONCLUSIONS

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public

Le gaz naturel présente d'avec l'électricité cette double différence essentielle au regard de la sécurité de l'approvisionnement, d'une part, qu'il peut physiquement être stocké et, d'autre part, qu'il n'est plus produit en France qu'à hauteur de 2% de la consommation nationale, les 98% restants étant importés.

Les stockages souterrains français sont aujourd'hui exploités par deux opérateurs : Storengy, filiale de GDF Suez, représentant 79% des capacités françaises de stockage, et TIGF, pour les 21 % restants.

L'article L. 121-32 du code de l'énergie assigne aux fournisseurs de gaz naturel et aux titulaires de concessions de stockage souterrain de gaz des obligations de service public, portant notamment sur la continuité de la fourniture de gaz et la sécurité d'approvisionnement. Ces obligations sont détaillées par le décret n° 2004-251 du 19 mars 2004 relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz.

L'article L. 421-3 du même code prévoit que les stocks de gaz naturel permettent d'assurer en priorité le bon fonctionnement et l'équilibrage des réseaux raccordés aux stockages souterrains de gaz naturel ; la satisfaction directe ou indirecte des besoins des clients domestiques et de ceux des autres clients n'ayant pas accepté contractuellement une fourniture interruptible ou assurant des missions d'intérêt général ; et le respect des autres obligations de service public mentionnées à l'article L. 121-32.

L'accès à ces stockages souterrains est organisé de manière à préserver leur usage saisonnier (remplissage en été, soutirage en hiver). Chaque fournisseur dispose d'un droit d'accès à des capacités de stockage en fonction des besoins de modulation de ses clients..

Mais les fournisseurs ne disposent pas seulement de droits : ils sont aussi soumis à des obligations. L'article L. 421-4 du code de l'énergie leur impose ainsi de détenir en France, au 31 octobre de chaque année, des stocks de gaz naturel suffisants, compte tenu de leurs autres instruments de modulation, pour remplir pendant la période comprise entre le 1^{er} novembre et le 31 mars leurs obligations contractuelles d'alimentation des clients domestiques, des clients assurant des missions d'intérêt général et des autres clients n'ayant pas accepté contractuellement une fourniture interrompible, et de déclarer à l'administration les conditions dans lesquelles ils respectent cette obligation.

En cas de manquement à l'obligation de détention ainsi prévue, le second alinéa de l'article L. 421-4 du code dispose que l'autorité administrative met en demeure le fournisseur de satisfaire à celle-ci et que les personnes qui ne se conforment pas aux prescriptions de la mise en demeure sont passibles d'une sanction de retrait ou de suspension de leur autorisation de fourniture et de sanctions pécuniaires, étant précisé par ailleurs que le paiement de cette amende ne libère pas le fournisseur de l'obligation de constituer des stocks suffisants.

Le décret n° 2006-1034 du 21 août 2006 relatif à l'accès aux stockages souterrains de gaz naturel, modifié par le décret n° 2014-328 du 12 mars 2014 précise les modalités de cet accès. En particulier, il fixe les règles de détermination et d'attribution des droits d'accès à des capacités de stockage des fournisseurs en fonction du portefeuille de leurs clients. L'arrêté du 7 février 2007, modifié par un arrêté du 11 mars 2014, établit les différents profils de consommation et précise les modalités de calcul des droits unitaires de stockage qui y sont attachés.

Le décret précise par ailleurs les obligations de déclaration et de stockage pesant sur les fournisseurs en vertu de l'article L. 421-4 du code de l'énergie. Ainsi, dans sa rédaction initiale, son article 12 prévoit, que chaque fournisseur adresse au ministre chargé de l'énergie, au plus tard le 1^{er} mai de chaque année, une déclaration établissant qu'il est en mesure d'assurer l'approvisionnement de ses clients dans les conditions prévues à l'article 4 du décret n° 2004-251 du 19 mars 2004, c'est-à-dire en cas de disparition pendant six mois au maximum de la principale source d'approvisionnement dans des conditions météorologiques moyennes, en cas d'hiver froid tel qu'il s'en produit statistiquement un tous les cinquante ans, ou en cas de température extrêmement basse pendant une période de trois jours au maximum telle qu'il s'en produit statistiquement une tous les cinquante ans, et qu'au vu de cette déclaration, le ministre chargé de l'énergie peut imposer au fournisseur de constituer des stocks dans la limite du volume utile de stockage correspondant à son droit d'accès à des capacités de stockage. Ces stocks doivent être constitués avant le 31 octobre de l'année au cours de laquelle la déclaration a été déposée. Par ailleurs, l'article 13 du décret disposait qu'au 1^{er} novembre de chaque année, les volumes de gaz stockés par un fournisseur ne pouvaient être inférieurs à 85 % des droits de stockage en volume utile de ses clients domestiques, y compris des ménages résidant dans un immeuble d'habitation chauffé collectivement, et de ses autres clients assurant des missions d'intérêt général.

L'article 9 du décret du 12 mars 2014 a modifié ces deux articles. En particulier, d'une part, il a étendu le périmètre des clients pris en compte pour la détermination du volume de l'obligation de stockage en y incluant désormais les clients non domestiques n'ayant pas accepté contractuellement une fourniture interruptible et a, en contrepartie, fait passer de 85% à 80% de ce volume la proportion de l'obligation de stockage. D'autre part, cette obligation de stockage en volume utile s'est doublée d'une obligation en termes de droits de soutirage assortis, mais aussi d'une obligation de détention des capacités de stockage acquises au titre des droits, en volume utile et en débit de soutirage de pointe, correspondant à l'obligation de détention de stocks. Enfin, il a prévu que la déclaration effectuée avant le 1^{er} mai par chaque fournisseur pour établir qu'il est en mesure d'assurer l'approvisionnement de ses clients dans les conditions prévues à l'article 4 du décret du 19 mars 2004 devait désormais également établir qu'il est en mesure de satisfaire à ses obligations de stocks et de détention de capacités de stockage définies par l'article 12 du décret de 2006, et que le ministre chargé de l'énergie peut, lorsqu'il estime que les capacités de stockage détenues par un fournisseur sont insuffisantes pour garantir le respect de son obligation de stockage de gaz, le mettre en demeure de souscrire des capacités de stockage additionnelles, « dans la limite de son droit d'accès à des capacités de stockage et en tenant compte des autres instruments de modulation dont il dispose », ces capacités de stockage additionnelles devant alors être souscrites dans les deux mois de la mise en demeure.

Cette réforme a eu pour principal objet de renforcer la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel du territoire français après des préoccupations émises en 2013 sur les faiblesses du dispositif en cas de pic de froid, alors qu'était constatée une baisse du niveau des souscriptions des capacités de stockage des fournisseurs.

Par les présentes requêtes, les sociétés Eni SpA et Eni Gas & Power France SA et l'Union professionnelle des industries privées du gaz (Uprigaz) vous demandent d'annuler pour excès de pouvoir le décret du 12 mars 2014. Uprigaz vous demande également d'annuler l'arrêté du 11 mars 2014 modifiant l'arrêté du 7 février 2007 relatif aux profils de consommation et aux droits unitaires de stockage qui y sont attachés.

Ces requêtes fleuves sont recevables, tout comme le sont les interventions en défense des sociétés Storengy et TIGF, qui ont intérêt au maintien des actes attaqués.

Commençons par les moyens de légalité externe.

Vous écarterez sans difficulté celui tiré de ce que le décret du 12 mars 2014 serait irrégulier faute de contresoin du ministre de l'économie et du ministre du redressement productif, qui n'était pas requis.

Vous écarterez également le moyen tiré de ce que l'absence de consultation de l'Autorité de la concurrence et de la Commission de régulation de l'énergie entacherait le décret et l'arrêté attaqués d'irrégularité.

S'agissant de la première, les modifications apportées, si elles affectent indéniablement les conditions d'exercice de l'activité de fourniture de gaz, ne constituent pas un régime nouveau soumettant l'exercice de l'activité de fourniture de gaz ou l'accès au marché de fourniture de gaz à des restrictions quantitatives ou octroyant aux opérateurs de stockage un droit exclusif, rendant nécessaire la consultation de l'Autorité sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce, ni même des modifications substantielles au régime antérieur. Quant à la seconde, la circonstance que les activités de stockage souterrain de gaz naturel soient intrinsèquement liées aux activités de transport et de distribution de gaz et que l'élargissement des obligations de stockage aurait pour effet d'augmenter les coûts des fournisseurs de gaz, ne saurait faire regarder ce décret comme étant relatif à « *l'accès (...) aux ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel et aux installations de gaz naturel liquéfié et à leur utilisation* » au sens de l'article L. 134-10 du code de l'énergie, qui énumère limitativement les projets de texte devant faire l'objet d'une consultation préalable de la Commission de régulation de l'énergie. Il ne découle pas davantage de l'article L. 421-16 de ce code qu'une telle consultation aurait été nécessaire.

Enfin, vous pourrez écarter le moyen tiré de ce que la consultation du Conseil supérieur de l'énergie aurait été irrégulière, dans ses deux branches. D'une part, le moyen tiré de ce que le quorum n'aurait pas été atteint lors de la séance au cours de laquelle a été adopté l'avis du 10 décembre 2013 manque en fait. Quant à la circonstance que seuls 25 des 28 membres devant être nommés par arrêté ministériel auraient disposé à cette date d'un mandat valide, à supposer qu'on y voie un moyen d'irrégularité de composition autonome par rapport à celui tiré d'une méconnaissance du quorum, il n'est assorti d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé. D'autre part, les modifications apportées par rapport aux projets de décret et d'arrêté soumis au Conseil, par rapport aux versions soumises à la consultation du conseil, ne posaient pas de question nouvelle qui aurait rendu nécessaire une nouvelle consultation de celui-ci (cf. par ex. CE, Assemblée, 23 octobre 1998, *Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilés*, n° 169797, p. 360 ; CE, 15 mai 2000, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, n° 193725, p. 170). En effet, la question de la pertinence de la date à laquelle les capacités de stockage devaient être souscrites a bien été en débat devant le Conseil ; il en va de même du taux de l'obligation de stockage, même si celui-ci figurait initialement, non dans le projet de décret, mais dans le projet d'arrêté soumis simultanément au CSE ; et le projet initial faisait déjà mention du principe de capacités restituables, même s'il était moins détaillé.

Nous pouvons venir aux moyens critiquant la légalité interne du décret et de l'arrêté.

Certains ne posent pas de difficulté particulière.

C'est le cas, tout d'abord, du moyen tiré par Uprigaz de l'incompétence du pouvoir réglementaire pour créer une obligation de détention de capacités de stockage non prévue par la loi. En effet, cette obligation est en réalité indissociable de l'obligation – prévue par la loi – de détention des stocks, à laquelle elle est associée dans le but d'en garantir le respect. Le décret se borne ainsi à préciser les conditions de mise en œuvre d'une obligation légale.

Ne saurait davantage prospérer le moyen tiré de ce que le décret attaqué dénaturerait la portée de la loi et méconnaîtrait l'article L. 421-4 du code de l'énergie en transformant, selon Uprigaz, la détention de stocks de gaz en une obligation alors qu'elle n'était qu'une faculté, ou encore, selon la formulation des sociétés Eni SpA et Eni gas France, l'obligation de moyens relative à la continuité de fourniture en une obligation de résultat en termes de stockage minimum de gaz. L'article L. 421-4 du code de l'énergie assigne aux fournisseurs une obligation de détention de stocks de gaz suffisants, compte tenu de leurs autres instruments de modulation, pour assurer la continuité de l'approvisionnement de certains clients. En mettant le périmètre des clients pris en compte pour la détermination des stocks de gaz devant être obligatoirement détenus par les fournisseurs avec celui dont l'approvisionnement doit être garanti en vertu de cet article, et en prévoyant la faculté pour le ministre de mettre en demeure le fournisseur de se procurer des capacités additionnelles, le décret attaqué n'a eu ni pour objet ni pour effet de faire du stockage de gaz l'unique instrument de modulation auquel les fournisseurs de gaz peuvent recourir et n'a pas dénaturé la loi, même s'il est sans doute allé jusqu'à l'extrême limite de ce qu'autorisait celle-ci.

Vous écarterez aussi le groupe de moyens invoquant les principes régissant les sanctions. Il est ainsi soutenu que le décret attaqué instaurerait une sanction non prévue par la loi, en méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines garanti par la Constitution et par la Charte des droits fondamentaux de l'UE, et qu'il violerait ce même principe du fait de son imprécision, d'une part, sur le large pouvoir d'appréciation laissé au ministre dans la mise en œuvre de son pouvoir de mise en demeure et, d'autre part, sur la nature et la portée de la sanction du non respect de cette mise en demeure. Il est également soutenu que le principe du « non bis in idem » serait méconnu et qu'il résulterait du décret comme de la loi un cumul de sanctions.

Toutefois, le décret attaqué n'institue aucune sanction nouvelle. La mise en demeure de souscrire des capacités de stockage additionnelles que le ministre peut adresser à un fournisseur au vu de la déclaration que celui-ci doit établir avant le 1^{er} mai de chaque année constitue une simple mesure administrative qui n'est assortie d'aucune sanction. Le pouvoir de sanction du ministre demeure encadré par l'article L. 421-4 du code de l'énergie : ce n'est qu'en cas de manquement constaté, au 31 octobre d'une année, à l'obligation de détenir des stocks suffisants, en tenant compte des autres instruments de modulation dont le fournisseur dispose, qu'une sanction peut être prononcée par le ministre. Enfin, dès lors que le décret ne crée aucune sanction, le moyen tiré de ce qu'il aboutirait à un cumul de sanctions illégal ne peut qu'être écarté et la critique adressée à la loi au regard du principe du « non bis in idem » est inopérante à son encontre.

Vous pourrez également écarter le moyen tiré d'une méconnaissance du principe de sécurité juridique, dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'application immédiate du décret attaqué, le 15 mars 2014, sans mesures transitoires telles qu'un report de la date limite de la déclaration au 1^{er} mai ou une période d'adaptation, entraînerait une atteinte excessive aux intérêts en cause. En particulier, l'entrée en vigueur immédiate du décret répondait à la nécessité de préserver dès l'hiver 2014-2015 la sécurité de l'approvisionnement en gaz. Et contrairement à ce que soutiennent les requérantes, ce n'est qu'au 31 octobre, soit six mois plus tard, que

l'insuffisance de stocks pouvait exposer un fournisseur au prononcé d'une sanction. Par ailleurs, lors de l'entrée en vigueur du décret, il était encore possible de participer au troisième tour de réservation des capacités de stockage – sans compter la faculté d'acquérir des capacités de stockage supplémentaires sur le marché en dehors des trois tours de réservation prévus. En outre, les modifications apportées par le décret attaqué étaient prévisibles, dès lors que les fournisseurs de gaz naturel avaient déjà été informés des axes de réforme envisagés dans le cadre de la consultation publique lancée par le Gouvernement.

Vous écarterez aussi le moyen tiré d'un détournement de pouvoir au profit du seul stockeur Storengy, qui n'est pas établi.

Enfin, vous ferez subir le même sort au moyen tiré d'une méconnaissance, par l'article 5 de l'arrêté du 11 mars 2014, du principe d'égalité du fait de la différence de traitement qu'il institue, pour le calcul des droits de stockage soumis à obligation de détention de stock d'un fournisseur, selon que les clients industriels ne présentant aucun risque en cas de délestage ont une consommation annuelle de référence supérieure ou inférieure à 5 000 000 kWh. Sont ici visés les consommateurs industriels qui peuvent, en cas de rupture d'approvisionnement, constituer un instrument de modulation et contribuer ainsi directement à la sécurité de l'approvisionnement.

Les moyens suivants sont plus délicats.

Quels que soient les principes invoqués, ils tournent pour la plupart autour des mêmes arguments : le renforcement des obligations de stockage par le décret attaqué ne répondrait à aucune nécessité pour la sécurité de l'approvisionnement ; ce renforcement affecterait prioritairement les fournisseurs alternatifs, dont le portefeuille de clients est essentiellement constitué de clients domestiques n'assurant pas de mission d'intérêt général et n'ayant pas accepté de fourniture interruptible ; ces nouvelles mesures seraient disproportionnées au regard notamment de leurs conséquences en termes de coûts supplémentaires de stockage pour les fournisseurs, dont la répercussion sur le prix du gaz serait inévitable, et préjudicieraient au bon fonctionnement du marché ; cette réforme mettrait les fournisseurs de gaz entre les mains des deux opérateurs de stockage français ; et tout ceci, alors que d'autres instruments de modulation moins coûteux, tels que le recours à des capacités de stockage à l'étranger, à des clauses de flexibilité dans les contrats à long terme ou encore au marché spot, seraient disponibles, aussi efficaces et moins onéreux.

Quelques mots généraux sur la justesse de ces différents arguments permettront d'évacuer plus rapidement, par la suite, les moyens invoqués.

S'agissant tout d'abord de la nécessité même d'un renforcement du stockage de gaz, la DGEC a constaté en septembre 2013 l'existence d'un déficit d'approvisionnement pour couvrir la demande de gaz naturel à la pointe de froid au risque 2 %, même dans l'hypothèse d'une utilisation maximum des interconnexions et des terminaux méthaniers, et par suite, l'existence d'un risque que les points d'échange de gaz ne soient pas en mesure de fournir les ressources nécessaires pour équilibrer le système français.

Quant à la pertinence d'une priorité donnée à l'instrument du stockage souterrain en France par rapport aux autres instruments de flexibilité, il convient de relever que les stockages, dont le remplissage doit être anticipé dès l'été, sont essentiels pour la continuité de l'approvisionnement gazier français en cas de pointe de froid en hiver. D'une part, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, les autres sources d'approvisionnement du marché gazier ne sont pas dans un contexte si favorable que cela : en particulier, la DGEC relevait en 2013 que les niveaux de gaz naturel en stock constatés au niveau européen sont bas, que les ressources physiques mobilisables à court terme dans les pays transfrontaliers pour les besoins ponctuels du marché français pourraient donc être limitées, en particulier en période de froid, que la disponibilité de livraisons GNL dans les terminaux méthaniers français est incertaine, et que la liquidité des marchés demeure imparfaite. D'autre part, en cas de crise de l'approvisionnement au niveau européen, que ce soit du fait de la défaillance d'une infrastructure de transport, d'une forte hausse du besoin des consommateurs ou d'une rupture de l'approvisionnement en provenance d'un pays exportateur, se traduisant alors par des phénomènes de congestion des réseaux ou de rareté de la ressource et par une hausse des coûts sur les marchés, seul le stockage préalable d'une quantité suffisante de gaz sur le territoire français, dans chaque zone d'équilibrage, permet de garantir la continuité et la sécurité de fourniture des consommateurs français.

Quant au périmètre des clients pris en compte pour calculer l'obligation de stockage, il apparaît techniquement difficile, voire impossible, d'isoler sur le réseau de distribution les consommateurs domestiques et assurant des missions d'intérêt général des autres consommateurs afin de pratiquer des délestages sélectifs ne visant que ces derniers.

Enfin, s'agissant des coûts, si s'il est certain que le nouveau décret induit des coûts supplémentaires de stockage, les dossiers ne comportent pas de chiffrage, d'une part, permettant de justifier que l'augmentation de leurs propres coûts alléguée par les requérantes ne serait due qu'aux modifications apportées par le décret attaqué et ne procéderait pas en partie d'une internalisation des coûts de contribution à la sécurité générale de l'approvisionnement quelles n'exposaient pas auparavant¹ grâce à un effet d'aubaine, d'autre part, sur les coûts induits pour la généralité des fournisseurs, et enfin, sur la capacité de ceux-ci à les absorber, étant précisé que le coût de stockage représente 4% du prix final du gaz. Ces effets dépendent en effet non seulement des portefeuilles clients des fournisseurs, mais aussi de leur politique tarifaire et de leur choix de répercuter tout ou seulement partie du surcoût sur les consommateurs.

¹ Alors même que le respect des obligations de service public en termes de continuité de la fourniture, visant également les clients industriels n'ayant pas accepté de fourniture interruptible, et l'alimentation continue en cas de crise des clients domestiques et des clients assurant des missions d'intérêt général supposaient, compte tenu notamment de l'impossibilité de délestages sélectifs, la disposition de volumes de gaz correspondant aux clients non domestiques n'ayant pas accepté de fourniture interruptible

Ces précisions étant apportées, vous pourrez écarter le moyen tiré d'une remise en cause du principe, posé par l'article L. 421-8 du code de l'énergie, de l'accès négocié aux stockages souterrains de gaz et de l'atteinte à la liberté contractuelle. En effet, s'il est vrai que les stockages souterrains français sont exploités par un duopole, composé de Storengy et TIGF, chaque société étant en réalité en monopole sur sa zone géographique d'équilibrage, de sorte qu'en pratique, l'extension de l'obligation de stockage de gaz par le décret attaqué peut se traduire par un renforcement du pouvoir de marché de ces deux opérateurs dans la négociation des prix d'accès à leurs infrastructures, le décret attaqué ne remet pas, par lui-même, en cause le principe d'un accès négocié. Par ailleurs, il n'impose pas de contracter avec tel opérateur nommément désigné plutôt qu'avec tel autre, et demeure sans effet sur la composition, du côté de l'offre, des opérateurs présents sur le marché des capacités de stockage de gaz. De plus, il ne conduit pas, par lui-même, à un abus de position dominante automatique par TIGF et Storengy.

Il est ensuite soutenu que le décret, en renforçant l'obligation de stockage et en étendant son périmètre, méconnaîtrait la liberté d'entreprendre et sa composante, la liberté du commerce et de l'industrie. Ces principes sont invoqués sous le double pavillon du droit interne et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Or si, s'agissant du premier, on pourrait hésiter un instant à admettre l'invocabilité de ce principe, au regard de votre jurisprudence d'Assemblée *Syndicat national de transporteurs aériens* (12 décembre 1953, n° 18046, p. 547, réitérée notamment par votre décision *T...* du 8 juillet 2005, n° 262182, T. p 702 sur un autre point), en vertu de laquelle le principe de liberté du commerce et de l'industrie ne saurait être utilement invoqué à l'égard des professions dont la loi subordonne l'exercice à une autorisation ou à une concession de l'administration, et du constat que les fournisseurs de gaz sont soumis à un régime d'autorisation par l'article L. 443-1 du code de l'énergie, son opérance ne paraît en tout état de cause pas faire de doute dans son versant européen.

La liberté d'entreprendre, comme la liberté du commerce et de l'industrie, impliquent que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi (par ex. CE, 23 mai 2012, *Régie Autonome des transports parisiens*, n° 348909, p. 231 ; CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tours*, n° 341173, p. 368). Rappelons que vous exercez en règle générale un contrôle normal sur le caractère excessif de l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie par une décision de l'administration (v. par ex. Section, 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*, n° 201853, p. 119, s'agissant d'une décision en matière de contrôle des concentrations, c'est-à-dire il est vrai d'une décision de police).

Or en l'espèce, le renforcement des obligations de stockage des fournisseurs de gaz naturel est justifié par l'objectif d'intérêt général lié à la sécurité de l'approvisionnement. Par ailleurs, compte tenu de ce que nous vous avons dit précédemment, en premier lieu, sur les atouts du stockage en France par rapport aux autres instruments de modulation en cas de crise de l'approvisionnement, en deuxième lieu, sur la pertinence du périmètre des clients pris en compte pour déterminer l'obligation de stockage, et en troisième lieu, sur les coûts supplémentaires pour

les fournisseurs, et eu égard au fait que le décret n'exclut pas le recours à d'autres instruments de modulation s'agissant des volumes non couverts par l'obligation de stockage litigieuse, la mesure critiquée ne nous paraît pas induire des coûts supplémentaires de stockage ni une perturbation du marché excessifs pour les fournisseurs de gaz naturel au regard de l'objectif poursuivi.

L'invocation du principe de libre concurrence, très peu étoffée, ne saurait davantage prospérer.

Les moyens suivants procèdent de l'invocation du seul droit de l'Union.

En premier lieu, le moyen tiré par Uprigaz de ce que le décret instaurerait des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation, en méconnaissance de l'article 34 du TFUE, pourra être écarté sans difficulté : en effet, les importations de gaz ne sont pas restreintes par le décret attaqué. A cet égard, il convient de rappeler que 98% du gaz consommé en France est importé et que les fournisseurs établis en France ont donc également recours à du gaz importé.

En deuxième lieu, le moyen tiré de ce que le décret, en ce qu'il renforce l'obligation de stockage en France à laquelle sont soumis les fournisseurs de gaz alimentant des consommateurs français, porte atteinte à la libre prestation de services, s'il (ou aggrave l'atteinte qui lui est portée par la loi) soulève plus de questions, ne nous paraît pas davantage fondé.

Certes, la seule circonstance qu'une réglementation s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres ne suffit pas, en principe, à écarter l'existence d'une restriction à cette liberté (CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, aff. C-42/07). Or à première vue, l'argumentation des requérantes selon laquelle le décret, en ce qu'il contraindrait les fournisseurs de gaz à constituer des stocks en France pour alimenter des clients français, même s'agissant de fournisseurs étrangers disposant déjà de stocks dans leur pays d'établissement, rendrait l'exercice de leur liberté de prestation de services moins attrayante, peut paraître ne pas manquer de force. Elles se prévalent de votre décision du 28 février 2001, *Union française des industries pétrolières* (n° 209419, au Recueil), relative à l'obligation imposée aux raffineurs de détenir une capacité de transport sous pavillon national, qui avait nécessairement pour effet de réduire la part du trafic pétrolier aboutissant aux usines françaises de raffinage susceptible d'être assurée par des navires battant pavillon d'autres États.

Toutefois, il convient de tenir compte de la particularité de la prestation en cause, consistant dans la fourniture de gaz, que les fournisseurs eux-mêmes se procurent par différentes voies, qui peut être importé depuis l'extérieur de l'Union, qui n'est nullement nécessairement produit ni importé à proximité du lieu d'établissement du fournisseur et qu'il n'est donc pas plus naturel ni plus facile de stocker dans l'État d'établissement du siège du fournisseur que dans un autre État membre. En imposant à tous les fournisseurs de gaz, qu'ils soient établis en France ou dans un autre État, de disposer dans une certaine proportion de stocks de gaz en France, la loi et, à sa suite, le décret attaqué ne nous paraissent donc pas avoir rendu moins attrayant l'exercice de

la libre prestation de services de fourniture de gaz en France depuis un autre Etat membre ni, par suite, avoir méconnu cette liberté.

En tout état de cause, compte tenu de ce que nous vous avons dit précédemment sur l'objectif poursuivi et l'absence de caractère excessif des charges, l'atteinte éventuellement portée par le décret nous paraîtrait pouvoir être regardée comme justifiée par un motif d'intérêt général et conforme au principe de proportionnalité, dans la mesure où il n'est pas certain que des mesures moins contraignantes permettraient de garantir le même degré de sécurité de l'approvisionnement en cas de crise et de pic de froid.

En troisième lieu, les requérantes invoquent, soit directement à l'encontre du décret (c'est le cas d'Uprigaz), soit à l'appui d'un moyen tiré d'une méconnaissance des articles L. 421-3 et suivants du code de l'énergie interprétés à la lumière de cette directive (c'est la requête des sociétés Eni SpA et Eni Gas France), l'article 3 de la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, qui exige que les obligations de service public imposées par les Etats membres soient « *clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables et garantissent aux entreprises de gaz naturel de la Communauté un égal accès aux consommateurs nationaux* », et prévoit que les Etats membres doivent notifier à la Commission, tous les deux ans, toute modification apportée aux mesures prises pour remplir ces obligations de service public.

Toutefois, les obligations de service public, au sens strict, des fournisseurs de gaz naturel sont définies à l'article L. 121-32 du code et précisées par le décret n° 2004-251 du 19 mars 2004. Parmi ces obligations figurent des obligations de continuité de fourniture, pour lesquelles les fournisseurs doivent, en vertu de l'article 5 du décret du 19 mars 2004, s'assurer de la disponibilité de sources alternatives, « *notamment par le recours (...) aux stockages de gaz* ». Le décret attaqué, qui précise l'étendue de l'obligation de disposer de stocks souterrains de gaz naturel, n'a pas en lui-même pour objet de définir une obligation de service public même s'il définit bien une obligation, mais détaille seulement la réglementation relative à l'un des moyens mis en œuvre pour satisfaire l'obligation de service public de continuité de la fourniture.

Si vous trouviez toutefois une telle approche de la notion d'obligation de service public non seulement formaliste – ce qu'elle est assurément – mais trop formaliste pour vous permettre d'écarter le moyen tiré de l'invocation des dispositions de la directive du 13 juillet 2009 comme inopérant, vous pourriez toutefois écarter ce moyen comme étant en tout état de cause non fondé. En particulier, les dispositions du décret nous paraissent suffisamment précises et transparentes sur l'étendue de l'obligation de stockage et n'être pas discriminatoires. Si la requérante invoque la jurisprudence *Federutility* du 22 juillet 2010 de la CJUE (aff. C-265/08) sur les conditions de proportionnalité d'une intervention de l'Etat consistant à imposer des obligations de service public, en faisant valoir notamment l'absence de limitation dans le temps de la mesure litigieuse, ce critère nous paraît toutefois propre à la problématique examinée dans l'affaire *Federutility*, à savoir celle d'une réglementation des prix retardant l'ouverture des marchés, et n'être pas transposable à celle de la sécurité et de la continuité de l'approvisionnement par l'édition d'obligations de stockage, qui visent à prémunir les consommateurs des conséquences négatives

d'événements exceptionnels. Enfin, outre que l'absence de notification n'emporterait pas l'illégalité du décret, compte tenu du délai de deux années laissé par la directive, la Commission a été informée de l'essentiel du dispositif français par le biais de la notification du plan d'action préventif et du plan d'urgence.

Quant au moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 106 du TFUE, il n'est pas assorti de précisions.

Le dernier groupe de moyens des requêtes procède de l'invocation de divers articles du règlement (UE) n° 994/2010 du 20 octobre 2010 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel.

Vous pourrez d'abord écarter le moyen tiré de ce que le décret affecterait la concurrence et le bon fonctionnement du marché du gaz naturel en méconnaissance des articles 8(2) et 3(6) de ce règlement, pour les motifs déjà évoqués plus haut s'agissant notamment du coût des mesures en cause et de l'efficacité des autres moyens de modulation, il ne nous paraît pas établi que le décret fausserait indûment la concurrence sur les marchés (de gros et de détail) du gaz naturel. Quant à l'invocation d'une contradiction avec l'objectif de solidarité européenne, elle nous paraît davantage pertinente à l'appui des moyens tirés d'une méconnaissance de l'article 2 et du 5 de l'article 8 que nous examinerons dans un instant.

Le décret attaqué ne nous paraît pas davantage méconnaître l'article 8 (4) du règlement, au terme duquel « *les obligations imposées aux entreprises de gaz naturel pour le respect des normes d'approvisionnement prévues au présent article sont non discriminatoires et n'imposent pas de charge excessive à ces entreprises* », dès lors d'une part, qu'ainsi que nous vous l'avons déjà dit, les charges imposées par le décret attaqué ne nous paraissent pas excessives et, d'autre part, que les obligations s'adressent indifféremment à tous les fournisseurs de gaz en fonction de leur portefeuille de clients et du profil de ceux-ci, portefeuilles qui ont par ailleurs vocation à évoluer.

L'invocation du 3 de l'article 5, à la supposer opérante alors même qu'il vise seulement les plans préventifs nationaux, pourra être écartée pour les mêmes motifs que ceux conduisant à écarter les moyens tirés d'une méconnaissance des 2 et 4 de l'article 8 du règlement.

Les deux derniers moyens nous paraissent en revanche – et enfin ! – soulever des difficultés d'interprétation du droit de l'Union trop délicates pour que vous puissiez y répondre vous-mêmes, et justifier un renvoi à titre préjudiciel à la Cour de justice.

Il est d'abord soutenu que le décret attaqué étendrait la définition des clients protégés en méconnaissance des articles 2 et 8 du règlement.

Aux termes du 1 de l'article 8, « l'autorité compétente exige que les entreprises de gaz naturel qu'elle identifie prennent les mesures visant à garantir l'approvisionnement en gaz des clients protégés de l'État membre dans les cas suivants: a) températures extrêmes (...); b) (...) demande en gaz exceptionnellement élevée (...); et c) (...) défaillance de la plus grande infrastructure gazière (...). » Les clients protégés sont définis à l'article 2, comme « tous les ménages qui sont connectés à un réseau de distribution de gaz et, en outre, lorsque l'État membre concerné le décide: a) les petites et moyennes entreprises, pour autant qu'elles soient connectées à un réseau de distribution de gaz, et les services sociaux essentiels, pour autant qu'ils soient connectés à un réseau de distribution ou de transport de gaz, et que l'ensemble de ces clients supplémentaires ne représente pas plus de 20 % de la consommation finale de gaz; et/ou b) les installations de chauffage urbain (...). Dans les meilleurs délais, et au plus tard le 3 décembre 2011, les États membres notifient à la Commission s'ils ont l'intention d'inclure le point a) et/ou le point b) dans leur définition des clients protégés ».

Or les clients dont le décret attaqué vise à garantir l'approvisionnement en cas de températures extrêmes ou de crise ne font pas tous partie des « clients protégés » au sens du règlement, dès lors que ce décret aboutit à fixer une obligation de stockage égale à 80 % de la consommation annuelle des clients mentionnés à l'article 4 du décret n° 2004-251 du 19 mars 2004, à savoir les ménages et les clients non domestiques assurant des missions d'intérêt général liées à la satisfaction des besoins essentiels de la nation, mais aussi « les clients non domestiques n'ayant pas accepté contractuellement une fourniture susceptible d'interruption », ces derniers n'étant pas au nombre des « clients protégés » définis par le règlement, même dans le cas des extensions de périmètre qu'il ouvre aux États membres en application de son article 2. En étendant l'obligation de détention de stocks de gaz, le décret attaqué crée donc une norme d'approvisionnement supplémentaire profitant à un périmètre de clients protégés plus large que celui prévu par l'article 2 du règlement, sans qu'il soit possible de faire écran de la loi pour échapper à la critique d'inconventionnalité.

Les requérantes soutiennent que la France a ainsi élargi le périmètre des clients protégés par des normes d'approvisionnement au-delà de ce que le droit de l'Union l'y autorisait.

La volonté d'un tel élargissement est assumée par les autorités françaises, qui ont notifié le 9 janvier 2012 à la Commission leur intention de considérer comme protégés l'ensemble des clients raccordés aux réseaux de distribution, en justifiant cette définition par la difficulté de mettre en place un dispositif fiable permettant d'identifier préalablement les sites raccordés aux réseaux de distribution par taille d'entreprises conformément à la définition retenue par le règlement, et par les risques pesant en cas de délestages sélectifs sur l'approvisionnement de l'ensemble des consommateurs, y compris les ménages ou les services sociaux essentiels. Ce choix d'une définition élargie des clients protégés figure également dans le plan d'action préventif et le plan d'urgence français, notifiés à la Commission le 24 avril 2013.

Le ministre conteste l'inconventionnalité de ces mesures, en faisant valoir que les Etats membres conservent la faculté de fixer des normes d'approvisionnement allant au-delà du socle minimal défini par le règlement, notamment en ce qui concerne les consommateurs à l'égard desquels la continuité de l'approvisionnement doit être assurée, et en invoquant le 2 de l'article 8 du règlement, aux termes duquel « *Toute norme d'approvisionnement renforcée d'une durée supérieure à la période de trente jours visée au paragraphe 1, points b) et c), ou toute obligation supplémentaire imposée pour des raisons de sécurité de l'approvisionnement en gaz, repose sur l'évaluation des risques visée à l'article 9, figure dans le plan d'action préventif* » et respecte diverses conditions de fond qu'il énumère.

Nous nourrissons toutefois des doutes quant à l'approche ainsi défendue par le ministre.

D'une part, le règlement n° 994/2010 ne nous paraît pas se borner à édicter un simple socle minimal de sécurité de l'approvisionnement en gaz, qui laisserait aux Etats membres toute latitude pour édicter des règles supplémentaires. En effet, il résulte de ses considérants que ce règlement, qui repose sur le constat que « *l'objectif [poursuivi], à savoir garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz dans l'Union, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les Etats membres et peut donc, en raison de la dimension et des effets de l'action, être mieux atteint au niveau de l'Union* », tend à une harmonisation aussi complète que possible.

D'autre part, l'article 2 définit étroitement la notion de clients protégés, en prévoyant expressément quelles options d'élargissement sont ouvertes aux Etats membres, et l'article 8 encadre la faculté membre de fixer des normes d'approvisionnement, telles que des obligations de stockage imposées aux fournisseurs de gaz. Les considérants du règlement soulignent le caractère essentiel d'une définition mesurée des clients protégés pour le fonctionnement efficace du marché commun du gaz, y compris en cas de crise, afin qu'une définition trop large de ces clients ne vienne pas entrer en conflit avec les mécanismes de solidarité européens, en limitant les marges de manœuvre mobilisables en cas d'appel à cette solidarité.

Certes, le 2 de l'article 8 ne précise pas que les obligations supplémentaires que les Etats membres peuvent édicter ne sauraient viser que les clients protégés au sens de l'article 2, mais eu égard à l'économie du règlement, à ses objectifs et au reste de ses dispositions, la question, déterminante pour l'issue du litige, de savoir si les obligations supplémentaires mentionnées au paragraphe 2 de l'article 8 permettent à un Etat membre de retenir une définition des « *clients protégés* » allant au-delà de ce que prévoit l'article 2 ou si elles permettent seulement de prendre des mesures visant à garantir l'approvisionnement des « *clients protégés* » définis à cet article dans des cas plus larges que ceux qui sont prévus au paragraphe 1 de l'article 8, nous paraît poser des difficultés sérieuses et intéressant l'ensemble des Etats membres, que seule la CJUE peut trancher. Vous renverrez donc cette question préjudicielle à la Cour.

Il est aussi soutenu que le décret attaqué méconnaît le 5 de l'article 8 du règlement, qui prévoit que « *Les entreprises de gaz naturel sont autorisées à satisfaire à ces obligations au niveau régional ou au niveau de l'Union, le cas échéant. L'autorité compétente n'exige pas que les normes établies par le présent article soient respectées en tenant compte uniquement des infrastructures situées sur son territoire* ».

Il résulte des dispositions du décret attaqué, lues en combinaison avec celles de l'article L. 421-4 du code de l'énergie aux termes duquel « *Tout fournisseur doit détenir en France, à la date du 31 octobre de chaque année, directement ou indirectement par l'intermédiaire d'un mandataire, des stocks de gaz naturel suffisants* », que les fournisseurs de gaz naturel desservant des clients français sont tenus de détenir en France pendant la période hivernale, quels que soient par ailleurs les autres instruments de flexibilité dont ils disposent et leurs quantités, des stocks correspondant à au moins 80% des besoins de leurs consommateurs connectés à un réseau de distribution, et excluent qu'un fournisseur s'acquitte de cette obligation de stockage en-dehors des frontières nationales.

Certes, l'article L. 421-4 du code de l'énergie reconnaît l'existence d'autres instruments de modulation, à côté du stockage en France, et ne s'oppose donc pas à la prise en compte par le ministre, pour l'appréciation de la satisfaction par un fournisseur de son obligation de détention de stocks suffisants en France, d'instruments de flexibilité qui peuvent recourir à des infrastructures situées dans d'autres Etats membres – même s'il nous faut bien admettre que l'essentiel de ces instruments ne paraît pas renvoyer à des « infrastructures » (clauses de flexibilité des contrats, achats complémentaires de gaz provenant d'autres sources d'approvisionnement...). Or l'interdiction posée par le 5 de l'article 8 vise les réglementations qui imposeraient de recourir uniquement à des infrastructures nationales pour respecter une norme d'approvisionnement.

Toutefois, même en prenant en considération l'apparente marge de souplesse, laissée par l'article L. 421-4 du code et par le décret au stade de l'appréciation par le ministre de la nécessité d'une mise en demeure, sur la faculté de tenir compte des autres instruments de modulation, force est de constater que la norme d'approvisionnement pesant sur les fournisseurs en combinaison de la loi et du décret consiste bien en une obligation de détention de stocks suffisants en France pour alimenter les clients protégés en hiver, que la prise en compte de ces autres instruments ne vient qu'en atténuation éventuelle de cette obligation et en fonction de la seule appréciation par le ministre du caractère suffisant ou non des garanties offertes par ces autres instruments, et qu'en outre, quels que soient les garanties d'approvisionnement présentées par le fournisseur et des stocks dont il dispose dans d'autres Etats membres, il doit toujours stocker en France 80% au moins des besoins hivernaux de ses clients reliés à un réseau de distribution – soit de la quasi-totalité des consommateurs et sites français.

Même si nous comprenons l'intérêt légitime de la France à exiger la détention de stocks en France, la question de la compatibilité de la réglementation en cause avec le 5 de l'article 8 du règlement nous paraît donc sérieuse et justifier un renvoi préjudiciel à la Cour de justice.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'admission des interventions de Storengy et TIGF ;
- et à ce que vous sursoyez à statuer sur les requêtes n°s 390091 et 380336 jusqu'à ce que la CJUE se soit prononcée sur les questions suivantes:
 - le paragraphe 2 de l'article 8 du règlement (UE) n° 994/2010 doit-il être interprété en ce sens qu'il fait obstacle à ce qu'un Etat membre impose aux fournisseurs de gaz naturel des normes d'approvisionnement supplémentaires résultant de l'inclusion parmi les clients protégés, dont la consommation contribue à définir le périmètre des obligations de stockage visant à assurer la continuité de l'approvisionnement, des clients qui ne sont pas mentionnés au paragraphe 1 de l'article 2 de ce règlement ?
 - le paragraphe 5 de l'article 8 de ce règlement doit-il être interprété en ce sens qu'il fait obstacle à ce qu'un Etat membre impose aux fournisseurs de gaz naturel des obligations portant sur les volumes de gaz stockés et les débits de soutirage assortis, ainsi que sur la détention de capacités de stockage, qui impliquent que ces stocks soient détenus sur le territoire de cet Etat membre, tout en prévoyant que le ministre, dans son appréciation des capacités de stockage détenues par un fournisseur, tient compte des autres instruments de modulation dont celui-ci dispose ?