

N° 370321
ASSOCIATION NATIONALE DES
OPERATEURS DETAILLANTS EN
ENERGIE

Assemblée du contentieux
Séance du 7 juillet 2017
Lecture du 19 juillet 2017

CONCLUSIONS

Mme Marie-Astrid de BARMON, rapporteur public

La France peut-elle maintenir des tarifs réglementés de vente du gaz aux consommateurs finals sans méconnaître l'objectif d'ouverture à la concurrence du marché intérieur de la fourniture de gaz naturel, fixé par la directive 2009/73 CE du 13 juillet 2009¹? C'est pratiquement dix ans jour pour jour après la libéralisation complète de ce marché, effective depuis le 1^{er} juillet 2007, que vous allez trancher la question de la conformité au droit de l'Union européenne du système français de régulation des prix de vente au détail du gaz naturel. Cette question est en effet au cœur du recours pour excès de pouvoir que l'Association Nationale des Opérateurs Détaillants en Energie (ANODE) a formé contre le décret du 16 mai 2013 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel, au nom des cinq fournisseurs alternatifs d'énergie qu'elle défend².

I. Le gaz est un produit de la vie courante - comme, hélas, la facture qui l'accompagne - mais la réglementation de son prix vous est peut-être un peu moins familière. Aussi commencerons-nous par rappeler les grands traits du dispositif d'intervention étatique sur les prix dont la conventionalité est contestée.

* Conçus il y a soixante-dix ans pour réguler un monopole verticalement intégré, dans le souci de garantir aux consommateurs une énergie à un prix compétitif, les tarifs réglementés de vente ont perduré après l'achèvement du marché intérieur européen de la fourniture de gaz. Depuis 2007, les consommateurs finals, c'est-à-dire ceux qui achètent du gaz pour leur propre usage domestique ou professionnel, ont la possibilité de choisir entre des offres de marché dont le prix est librement fixé par le fournisseur, et les tarifs réglementés de vente arrêtés par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie dans les conditions prévues aux articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie. Ce choix est entièrement réversible pour les petits consommateurs, particuliers ou professionnels, consommant moins de 30 MWh par an : ceux qui ont exercé leur droit d'éligibilité en souscrivant une offre de marché peuvent à tout moment revenir aux tarifs réglementés.

¹ Directive 2009/73 CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE.

² Décret n° 2013-400 du 16 mai 2013 modifiant le décret n° 2009-1603 du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel.

Au 31 mars 2013, date proche de celle du décret attaqué, 88 % des 10 600 000 consommateurs résidentiels et la moitié des 675 000 clients non résidentiels se fournissaient aux tarifs réglementés, soit un peu plus de 9 millions de consommateurs au total. Au 31 mars 2017, le nombre de sites aux tarifs réglementés a significativement reculé : seulement la moitié des clients résidentiels et 11 % des professionnels y souscrivent encore, soit 5 474 000 sites. La part des fournisseurs alternatifs s'est accrue dans le même temps, mais dans une proportion moindre que ne le laisse penser le reflux des tarifs réglementés, car lorsqu'ils souscrivent une offre de marché, les consommateurs se tournent majoritairement vers celles de leur fournisseur historique : le taux de pénétration des fournisseurs alternatifs est passé de 11 à 24 % entre 2013 et 2017 sur le segment des clients résidentiels.

** C'est à l'article L. 445-3 du code de l'énergie que sont codifiées depuis 2011 les dispositions législatives encadrant la fixation des tarifs réglementés. La loi énonce une ligne directrice, celle de refléter « *les caractéristiques intrinsèques des fournitures et des coûts liés à ces fournitures* », et encadre leur niveau entre un minimum et un maximum. Les tarifs doivent couvrir les coûts moyens complets de l'opérateur – c'est le plancher, prohibant la vente à perte. Mais ils ne doivent pas excéder ces coûts majorés d'une marge raisonnable – c'est le plafond, interdisant les subventions croisées au profit des clients ayant décidé de souscrire une offre de marché proposée par le même fournisseur.

Sur ce fondement, un décret du 18 décembre 2009, puis le décret attaqué qui le modifie, ont précisé les modalités de détermination des tarifs réglementés de vente du gaz de la société GDF-Suez devenue Engie, de la société Total Energie Gaz et des 22 entreprises locales de distribution, c'est-à-dire des sociétés, coopératives et régies des collectivités locales qui n'ont pas été nationalisées en 1946³. Ces opérateurs historiques sont, *de facto*, les seuls à proposer des tarifs réglementés dans leur zone de desserte respective. Chacun dispose de son propre barème de tarifs réglementés, lequel comprend plusieurs catégories de tarifs en fonction de seuils de consommation (base, B0, B1, etc). Les tarifs ne sont donc pas uniformes sur le territoire relié au réseau de distribution publique de gaz, même si la société GDF Suez en couvre à elle seule 95 %.

Le décret de 2009 prévoyait l'établissement, pour chaque fournisseur concerné, d'une formule tarifaire traduisant la totalité de ses coûts d'approvisionnement en gaz naturel et de ses coûts hors approvisionnement. Le prix de détail du gaz facturé au consommateur final résulte en effet de l'empilement de trois composantes : le coût de la matière première (la molécule de gaz) représentant 30 % du prix, celui des infrastructures de stockage et d'acheminement pour 55 % du prix (incorporant les tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution, eux-mêmes régulés), et enfin les coûts de commercialisation s'élevant à 15 % du prix total de vente. A partir de la formule tarifaire, les ministres arrêtaient au moins une fois par an les tarifs réglementés de vente du fournisseur. Dans l'attente de l'intervention d'un nouvel arrêté, chaque fournisseur avait la faculté⁴ de modifier ses tarifs à titre conservatoire pour y répercuter les variations de ses coûts d'approvisionnement.

³ Le décret de 2013 n'a apporté qu'un changement de pure forme aux dispositions de l'article 2 du décret de 2009, qui ont été reprises à l'article R. 445-1 du code de l'énergie.

⁴ Après saisine de la CRE.

Vous avez annulé la plupart des arrêtés pris sur le fondement de ce décret de 2009, souvent d'ailleurs à l'instigation de l'ANODE⁵. De votre abondante jurisprudence sur le niveau des tarifs réglementés, retenons simplement l'idée que vous avez progressivement donné toute sa portée à l'encadrement tarifaire institué par le législateur et considérablement réduit la marge de manœuvre antérieurement reconnue aux ministres pour s'écarter d'une répercussion mécanique de la hausse du coût du gaz sur les tarifs dans le but de préserver le pouvoir d'achat des ménages. Ce contrôle juridictionnel renforcé s'est traduit par une série de censures des arrêtés pour défaut d'application de la formule tarifaire et méconnaissance de l'obligation de couvrir les coûts de l'opérateur.

Le décret attaqué du 16 mai 2013 apporte trois modifications essentielles au décret de décembre 2009. La formule tarifaire ne traduit plus que les coûts d'approvisionnement en gaz, les autres coûts étant évalués séparément selon une méthodologie définie par arrêté interministériel. Entre les arrêtés tarifaires, les fournisseurs sont désormais tenus de modifier périodiquement leurs barèmes pour répercuter l'évolution de leurs coûts d'approvisionnement, chaque mois pour GDF-Suez, et chaque trimestre pour les entreprises locales de distribution. Dernière innovation : en cas d'augmentation exceptionnelle des prix des produits pétroliers ou des prix de marché du gaz naturel, une « clause de sauvegarde » permet au Premier ministre de s'opposer par décret aux propositions de barèmes des fournisseurs, sous réserve de remettre à niveau les tarifs et de récupérer les montants non perçus dans l'année qui suit le gel tarifaire. Ce dispositif, adossé sur les tarifs réglementés, s'ajoute à la faculté générale offerte par le troisième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce de décréter, pour une durée maximale de six mois, des mesures temporaires contre des variations excessives de prix, motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché, mécanisme qui s'applique aussi au secteur du gaz en vertu de l'article L. 445-1 du code de l'énergie.

Saisie du projet de décret, l'Autorité de la concurrence a rendu le 25 mars 2013 un avis pour le moins réservé. Extraits choisis : « *l'existence même des tarifs réglementés de vente (TRV) est la principale raison des dysfonctionnements sur le marché du gaz* ». « *Le gaz est moins cher dans les pays qui ont supprimé toute réglementation des prix de détail (Grande Bretagne et Allemagne)* ». « *De nombreuses analyses économiques (...) mettent en évidence le fait qu'une réglementation des prix est souvent facteur d'augmentation des prix payés par les consommateurs* ». « *Le maintien des TRV en France a une influence défavorable sur le fonctionnement de la concurrence sans pour autant contribuer positivement à la compétitivité des entreprises françaises et au pouvoir d'achat des ménages* »⁶. Au terme de cette analyse sans appel, l'Autorité a recommandé au gouvernement d'établir une feuille de route visant à supprimer par étapes l'ensemble des tarifs réglementés de vente du gaz au cours des prochaines années⁷, avant de donner, à titre subsidiaire, un avis favorable au décret sous réserves. La commission de régulation de l'énergie (CRE) n'a quant à elle pas émis d'objections dans son avis sur la question de fond qui vous est aujourd'hui soumise.

⁵ 10 juillet 2012, n° 353356 et 353555, *GDF Suez et ANODE* ; 30 janvier 2013, *ANODE*, n° 352206 ; 30 janvier 2013, n° 362165 et 362774, *GDF Suez et Uprigaz* ; 30 janvier 2013, *ANODE*, n° 363571 ; 2 octobre 2013, *ANODE*, n° 357037 ; 30 décembre 2013, n° 366496, 369574 et 369575.

⁶ Points 40, 42, 48 et 55 de l'avis.

⁷ Et, à court terme, de renoncer à la couverture globale des barèmes de tarifs par les coûts pour privilégier une approche tarif par tarif.

Accalmie avant la tempête, aucun des arrêtés tarifaires pris en application du décret de mai 2013 n'a été contesté. C'est que l'ANODE fonde, ces dernières années, tous ses espoirs contentieux sur l'issue du présent recours, dirigé pour la première fois contre le décret lui-même.

II. Venons-en au moyen de sa requête qui a justifié l'inscription de cette affaire devant votre formation de jugement. L'ANODE soutient que les articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie et le deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce en tant qu'il s'applique à la fourniture du gaz naturel, méconnaissent les objectifs de la directive du 13 juillet 2009. Le décret attaqué serait ainsi privé de base légale.

* Lorsque cette affaire a été appelée pour la première fois devant vos chambres réunies, en novembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne n'avait eu qu'une seule occasion de se prononcer sur la conformité avec la directive d'une intervention étatique sur les prix de fourniture du gaz après la pleine ouverture du marché à la concurrence, dans un arrêt *Federutility* rendu en Grande chambre le 20 avril 2010 (aff. C-265/08, *Federutility e.a. contre Autorita per l'energia elettrica e il gas*, RJEP 2010 comm. 50)⁸.

Nous vous avons fait part des sérieux doutes que l'on pouvait d'ores et déjà nourrir sur la compatibilité du système français de tarifs réglementés avec la directive de 2009 à la lecture de cet arrêt. Il n'était toutefois pas évident de le transposer purement et simplement au dispositif français. Non parce que l'arrêt *Federutility* interprétait la directive antérieure de 2003, rédigée en des termes très proches de celle de 2009 sur le point qui nous occupe, mais parce qu'il existe des différences substantielles entre la réglementation italienne sur laquelle la Cour s'était prononcée et les tarifs réglementés régis par notre décret de mai 2013.

Le mécanisme italien, adopté en juin 2007, était contemporain du passage d'un marché administré à un marché concurrentiel. Le décret attaqué a été adopté six ans plus tard, alors que le marché du gaz français n'en était plus à l'amorce de sa libéralisation, ce qui jetait d'emblée une plus grande suspicion quant à sa conformité avec la directive.

A l'inverse, le dispositif italien en cause dans l'arrêt *Federutility* semblait porter, en pratique, une atteinte plus franche à la libre fixation des prix que le système français. Le prix de référence italien devait obligatoirement figurer dans les offres de l'ensemble des fournisseurs de gaz aux clients domestiques et était fixé à un niveau inférieur à celui résultant du libre jeu de l'offre et de la demande. Il s'agissait en pratique d'un prix-plancher uniforme ne laissant pas place au développement d'une concurrence par les prix. La situation française en 2013 est tout autre. Soumis au principe de couverture des coûts complets de chaque fournisseur historique, les tarifs réglementés français sont généralement supérieurs, depuis juillet 2007, aux offres de marché proposées par la vingtaine de fournisseurs alternatifs que la CRE recense en mars 2013. Les tarifs réglementés jouent *de facto* un rôle de prix-plafond sur le marché français et sont en concurrence avec des offres plus compétitives auprès d'une clientèle qui peut arbitrer à tout moment entre les offres libres et les tarifs réglementés.

⁸ RJEP 2010 comm. 50.

Il était également troublant de constater que quinze Etats membres sur vingt-cinq (dont l'Italie, le Portugal, l'Espagne, le Danemark, la Pologne, la Hongrie et la Grèce)⁹ avaient conservé fin 2012 des tarifs réglementés pour les consommateurs résidentiels et douze¹⁰ pour les petites entreprises, d'après l'Agence de coordination des régulateurs de l'énergie (ACER), sans que la Commission ait engagé d'actions en manquement en ce qui concerne ces segments de marché.

Vos chambres réunies ont donc décidé d'interroger la Cour à titre préjudiciel sur le point de savoir si les tarifs réglementés français constituent, en dépit de leurs caractéristiques, une entrave à la réalisation d'un marché intérieur du gaz concurrentiel et le cas échéant, s'il convient bien d'analyser leur conventionalité à l'aune des critères de la décision *Federutility*.

**** La Cour vous a répondu par un arrêt du 7 septembre dernier** (aff. C-121/15). Elle y confirme d'abord que le cadre d'analyse tracé dans l'arrêt *Federutility* s'applique bien à toute intervention étatique sur les prix du gaz, y compris aux tarifs réglementés de vente français¹¹.

Elle rappelle ensuite qu'il découle de la finalité et de l'économie générale de la directive de 2009, comme de celle de 2003, que le prix de fourniture du gaz naturel devrait désormais être fixé exclusivement par le jeu de l'offre et de la demande, ces directives tendant à la réalisation d'un marché intérieur du gaz naturel entièrement et effectivement ouvert et concurrentiel. La Cour en déduit une réponse sans appel à votre première question : comme le système italien, le dispositif français de tarifs réglementés constitue, par nature, une entrave à la réalisation d'un marché concurrentiel, alors même que cette intervention ne fait pas obstacle à ce que des offres concurrentes soient proposées à des prix inférieurs par tous les fournisseurs.

La Cour ne ferme néanmoins pas totalement la porte à une telle réglementation tarifaire. Dans la lignée du précédent *Federutility*, elle admet, dans son principe, la possibilité d'une intervention publique dans la fixation des prix, sur le fondement du § 2 de l'article 3 de la directive, qui autorise les Etats membres à imposer aux entreprises opérant dans le secteur de gaz, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public pouvant porter sur le prix de la fourniture du gaz. Mais ce pouvoir reconnu aux Etats membres est loin d'être discrétionnaire. Trois conditions doivent être satisfaites pour que la réglementation tarifaire soit conforme à la directive.

La première condition est qu'elle poursuive un objectif d'intérêt économique général. La jurisprudence de la Cour laisse aux Etats membres un large pouvoir d'appréciation dans la définition de ces objectifs dans le secteur du gaz, comme pour l'ensemble des services d'intérêt économique général au sens de l'article 106 § 2 du TFUE, auquel elle se réfère pour interpréter la directive de 2009. Cependant, l'arrêt *Federutility* n'avait expressément admis la validité que d'un seul objectif, celui de maintenir à un niveau raisonnable le prix de la fourniture du gaz au client final ; il s'agit effectivement d'une des responsabilités qui

⁹ Outre la France, avaient alors une réglementation des prix de détail : Belgique, Italie, Portugal, Espagne, Pologne, Danemark, Irlande, Roumanie, Bulgarie, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Grèce, Slovaquie.

¹⁰ France, Belgique, Italie, Portugal, Espagne, Pologne, Roumanie, Bulgarie, Lettonie, Hongrie, Grèce, Slovaquie.

¹¹ Elle avait déjà réitéré les critères de l'arrêt *Federutility* dans un arrêt rendu à propos de la réglementation polonaise le 10 septembre 2015, après votre décision avant dire droit.

incombent aux Etats membres en vertu de la directive¹², qui les invite à concilier les objectifs de libéralisation du marché et de protection du consommateur. Le principal apport de l'arrêt *ANODE* de septembre 2016 est la reconnaissance par la Cour de deux autres objectifs d'intérêt économique général susceptibles de justifier des tarifs réglementés : la sécurité d'approvisionnement et la cohésion territoriale.

La deuxième condition posée par la Cour à une réglementation des prix du gaz tient au caractère proportionné de l'intervention étatique. S'il revient là aussi à la juridiction nationale d'apprécier le respect de cette exigence, la Cour indique que le test de proportionnalité se subdivise en quatre composantes : l'adéquation entre la mesure et l'objectif poursuivi, la durée de la réglementation, la méthode d'intervention sur les prix proprement dite et le champ des bénéficiaires de la mesure.

S'agissant de la première composante du test, la Cour doute que la réglementation des prix soit nécessaire à la réalisation des objectifs très généraux de sécurité d'approvisionnement et de cohésion territoriale invoqués par le gouvernement français, et se demande s'il n'existe pas des mesures moins attentatoires à la concurrence permettant de les atteindre.

Sur le second point, la Cour réaffirme clairement que toute intervention sur les prix qui, par nature, freine l'ouverture du marché, doit avoir un caractère temporaire et relève que tel n'est pas le cas de la réglementation française. Il faut que la nécessité même de l'intervention publique fasse l'objet d'un réexamen périodique à intervalles rapprochés, et la révision périodique du niveau des tarifs, par l'adoption d'un nouvel arrêté tarifaire, ne peut y suffire.

La troisième composante du test, relative à la méthode d'intervention, implique de vérifier qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs d'intérêt économique général poursuivis et qu'il n'existe pas des mesures appropriées moins contraignantes. Cela requiert notamment, selon la Cour, d'identifier avec précision la composante du prix du gaz devant être régulée pour atteindre l'objectif envisagé.

Concernant le champ d'application personnel de la mesure, la Cour juge que les tarifs réglementés ne sauraient en principe bénéficier de manière identique aux particuliers et aux entreprises de toutes tailles. Elle vous invite dès lors à vérifier si des tarifs réglementés offerts indistinctement aux clients domestiques et aux petites et moyennes entreprises respectent l'exigence de proportionnalité.

Enfin, - et c'est le troisième ensemble de conditions posées par les arrêts *Federutility* et *ANODE* - la Cour rappelle que les obligations de service public imposées aux entreprises du secteur du gaz doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables, et garantir un égal accès des entreprises de gaz de l'Union aux consommateurs. Alors que vous ne l'aviez pas spécifiquement interrogée sur ce point, la Cour attire votre attention sur le système de désignation des entreprises chargées d'obligations de service public : sous peine d'être discriminatoire, il ne doit exclure a priori aucune des entreprises

¹² Cf 27ème considérant de la directive.

opérant dans le secteur du gaz. La Cour semble ainsi désapprouver en filigrane une réglementation qui ne permet qu'aux opérateurs historiques de proposer les tarifs régulés.

La Cour en conclut qu'une législation qui respecte l'ensemble de ces exigences est conforme aux objectifs de la directive, mais leur longue énumération n'incite pas à l'optimisme quant au pronostic vital des tarifs réglementés de vente français.

Revenons à la première condition, l'existence d'un objectif d'intérêt économique général. Tant que le marché de détail du gaz était exploité en monopole, la raison d'être des tarifs réglementés était claire : il s'agissait d'éviter que l'opérateur historique profite de sa situation dominante pour surfacturer la fourniture de gaz. Depuis l'ouverture de ce marché à la concurrence, quelle est la justification des tarifs réglementés ? Le ministre en invoque trois.

Il soutient d'abord que les tarifs réglementés de vente contribuent à la sécurité d'approvisionnement. Les tarifs régulés seraient consubstantiellement liés à l'approvisionnement d'Engie en gaz par le biais de contrats de long terme. Le ministre et Engie font valoir que, dans un pays comme la France qui ne produit plus de gaz, ces contrats, conclus en général pour une durée de 25 ans avec des producteurs étrangers diversifiés (norvégiens, russes et néerlandais pour l'essentiel) confèrent une visibilité sur les volumes livrés et sur les prix, indispensable pour assurer l'approvisionnement continu en gaz des consommateurs, notamment en cas d'hiver froid et prolongé ou de crise énergétique.

Lorsque nous avons conclu une première fois dans cette affaire, nous fondions quelques espoirs sur ce premier objectif d'intérêt général. Mais ils ont été déçus par la suite de l'instruction, notamment l'enquête à la barre qu'a menée votre 9^e chambre. Comme le craignait l'avocat général Mengozzi dans ses conclusions sur l'arrêt *ANODE* de la Cour de justice, le ministre ne démontre pas l'existence d'un lien juridique contraignant entre la conclusion de contrats de long terme et les tarifs réglementés.

A vrai dire, l'on peine à établir une simple corrélation entre ce mode d'approvisionnement et la vente de gaz aux tarifs réglementés. Toutes les entreprises locales de distribution n'ont probablement pas de contrats de long terme et proposent pourtant des tarifs réglementés. Il est vrai qu'en 2013, les contrats de long terme, plus onéreux, couvrent 88 % de la consommation de l'ensemble des clients de GDF-Suez en France aux tarifs réglementés et aux offres de marché, alors que les fournisseurs alternatifs s'approvisionnent majoritairement à court terme, sur le marché de gros. Mais les quantités achetées par Engie via des contrats de long terme excèdent largement le volume vendu aux tarifs régulés et sont donc aussi commercialisées en offre de marché par l'opérateur historique. Plus fondamentalement, il est difficile de voir dans les tarifs réglementés un instrument crédible au service de la sécurité d'approvisionnement, alors que les consommateurs sont libres d'opter pour une offre de marché. Le droit d'éligibilité fragilise l'argumentation du ministre, car dans un marché ouvert à la concurrence, rien ne garantit le volume de gaz fourni aux tarifs réglementés par le biais de contrats de long terme. En 2012, la consommation en offre de marché représentait d'ailleurs déjà 60 % de la consommation totale en volume des clients professionnels et résidentiels. Il est paradoxal de justifier les tarifs réglementés, entorse temporaire à la libre concurrence, au nom d'un objectif de sécurité d'approvisionnement en gaz qu'ils ne pourraient efficacement poursuivre que s'ils continuent de concerner dans la durée une part importante des quantités consommées.

Le ministre prétend malgré tout que le contrat de service public conclu entre l'Etat et Engie sur le fondement de l'article L. 121-46 du code de l'énergie pour la période 2010-2013 établit un lien juridique entre tarifs réglementés et contrats de long terme. Toutefois, il n'impose pas à l'opérateur historique de souscrire des contrats de long terme pour une quantité déterminée ou permettant de couvrir les besoins de ses clients aux tarifs réglementés. Aux termes de l'article 1.1 de ce contrat, GDF-Suez s'engage seulement à conserver et développer un portefeuille d'approvisionnement diversifié en gaz, fondé sur des contrats d'approvisionnement de long terme, mais aussi d'autres sources de gaz aisément mobilisables, en recourant aux contrats interruptibles et aux achats sur les marchés de court terme. Certes, l'article 1^{er} de ce contrat stipule qu'un terme de la formule de calcul des tarifs réglementés représente les coûts du gaz naturel importé par GDF-Suez pour l'alimentation de ses clients, « dans le cadre des contrats de long terme constitutifs de son portefeuille d'approvisionnement ». Mais ces stipulations ne font que constater un état de fait résultant d'une politique d'approvisionnement du fournisseur et garantir à Engie que le coût des contrats de long terme sera couvert ; elles ne consacrent pas une obligation de service public relative à la souscription de contrats de long terme qui aurait pour finalité d'assurer la sécurité d'approvisionnement. Le nouveau contrat conclu en 2015 entre Engie et l'Etat crée un lien plus étroit entre TRV et contrats de long terme, en exigeant qu'Engie couvre intégralement les besoins de ses clients bénéficiant de tarifs réglementés avec des contrats de long terme. Postérieur au décret attaqué, il ne peut toutefois être pris en compte pour en apprécier la légalité, selon une règle constante rappelée dans votre décision de Section *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)* du 30 juillet 2003, au Rec. (n° 237201).

Le contrat applicable à la date du décret attaqué ne met pas à la charge d'Engie, en lien direct avec les tarifs réglementés, d'obligations de service public plus contraignantes en matière de sécurité d'approvisionnement que celles qui incombent à tout opérateur ayant obtenu l'autorisation administrative de fournir du gaz. Pour obtenir cette autorisation, un fournisseur doit démontrer sa capacité à assurer l'approvisionnement de ses futurs clients, en présentant au ministre de l'énergie son plan prévisionnel d'approvisionnement en gaz à cinq ans, comprenant le cas échéant des contrats de long terme, comme l'indique l'article D. 141-13 du code de l'énergie. Tous les fournisseurs autorisés sont ensuite tenus de contribuer à la sécurité d'approvisionnement et à la continuité de la fourniture du gaz en vertu de l'article L. 121-32 de ce code. L'article R. 121-1 prescrit notamment à ceux qui alimentent des clients domestiques ou des clients assurant des missions d'intérêt général d'avoir accès à plusieurs sources d'approvisionnement diversifiées géographiquement, de faire preuve de capacités d'acheminement jusqu'à la frontière française et d'avoir accès à plusieurs points d'entrée sur le réseau de transport national en fonction de leur part du marché national. La sécurité d'approvisionnement des consommateurs français passe beaucoup plus sûrement par ces contraintes et par les obligations de stockage que par des prix administrés de vente au détail.

Il ne nous paraît donc pas possible de juger que les tarifs réglementés répondent à un objectif de sécurité d'approvisionnement.

L'objectif de cohésion territoriale, également assigné par le ministre aux tarifs réglementés de vente, peut faire davantage hésiter. La société Engie y voit un vecteur de solidarité sociale et d'aménagement du territoire, un outil de lutte contre la précarité énergétique et un frein au dépeuplement des communes rurales.

La loi crée un lien plus net entre cet objectif et les tarifs réglementés, puisque l'article L. 445-3 du code de l'énergie impose qu'ils soient harmonisés dans les zones de desserte respectives des fournisseurs historiques. Cette exigence, directement corrélée aux tarifs réglementés, nous semble plus contraignante que l'obligation de développement équilibré du territoire mise à la charge de l'ensemble des fournisseurs par l'article L. 121-32 du même code.

Les tarifs réglementés aboutissent indéniablement à une double péréquation tarifaire. Ils atténuent d'abord significativement les variations de prix liées à l'éloignement du consommateur par rapport au réseau principal de transport. A la date du décret litigieux, une répercussion intégrale des coûts de transport du gaz aurait conduit à un écart de 25 €/MWh en défaveur des clients les plus isolés. Ce différentiel est ramené à 3 €/MWh au maximum grâce aux tarifs réglementés au sein de la zone de desserte d'Engie : c'est l'écart de prix entre le 1^{er} et le 6^e des niveaux que distingue son barème de tarifs en fonction de l'endroit où réside le client. La péréquation est même totale pour les 1 650 000 petits consommateurs alimentés par Engie aux tarifs Base et B0, qui utilisent le gaz pour la cuisson, l'eau chaude sanitaire et le chauffage de très petits logements.

Les tarifs réglementés d'Engie absorbent aussi les écarts de prix de la molécule de gaz observés entre la zone nord et la zone sud de la France. Les capacités de transport par gazoduc du nord vers le sud de la France sont insuffisantes. La congestion chronique de ces infrastructures oblige les fournisseurs, pour satisfaire les besoins de leurs clients dans la zone sud, à s'approvisionner en gaz naturel liquéfié livré en Méditerranée par méthaniers, plus cher que le gaz arrivant du nord par gazoduc. Le différentiel de prix entre les marchés de gros des zones nord et sud a ainsi atteint à plusieurs reprises 10 €/MWh au cours de l'année 2013. Les tarifs réglementés d'Engie effacent cet écart de coût d'approvisionnement puisque la société propose une grille unique de tarifs à l'intérieur de son large périmètre de desserte, à cheval sur les zones nord et sud.

Il paraît cependant difficile de justifier les tarifs réglementés par un objectif de cohésion territoriale, alors qu'il n'existe pas de droit au raccordement au réseau de distribution publique de gaz, qui, étant une énergie substituable dans tous ses usages, n'est pas reconnue par la loi comme un bien de première nécessité, à la différence de l'électricité¹³. Dans ces conditions, la couverture de l'ensemble du territoire, nécessitant des infrastructures onéreuses, ne serait pas rationnelle économiquement et ce n'est clairement pas un objectif recherché par les pouvoirs publics. De fait, seule une minorité de communes - moins du tiers - est desservie en gaz. A l'intérieur du territoire raccordé, la péréquation se limite à la zone de desserte de chaque fournisseur historique, laissant subsister des écarts de prix de 30 % entre les zones d'Engie et de certaines entreprises locales de distribution fin 2012. Ainsi, l'harmonisation des prix décrite précédemment résulte surtout d'une situation de fait, l'étendue géographique de la zone desservie par Engie, qui couvre 95 % des communes ayant accès au gaz en distribution publique. Et, comme on l'a vu, la péréquation n'est elle-même que partielle au sein de la zone de desserte d'Engie, sa grille tarifaire distinguant, hors tarifs Base et B0, 6 zones de prix croissant avec l'éloignement du réseau de transport. Ces constats nous conduisent à penser que, bien qu'il y concoure effectivement, le système des tarifs réglementés n'a pas été conçu à des fins de cohésion territoriale. En l'absence de droit au raccordement et donc d'obligation légale d'assurer la desserte en gaz des communes les plus

¹³ Cf article L. 121-1 du code de l'énergie.

reculées, cet objectif n'est pas suffisant à lui seul pour légitimer une entrave à la concurrence sur le marché de la fourniture du gaz.

Reste un ultime objectif d'intérêt général invoqué par le ministre : maintenir le prix de fourniture du gaz au consommateur final à un niveau stable et raisonnable.

La fixation d'un prix raisonnable était la justification originelle des tarifs réglementés, parfaitement admissible lorsque l'activité de fourniture du gaz était monopolistique. Cette justification ne tient plus dans un marché ouvert à la concurrence, où, à la date du décret attaqué, étaient déjà proposés des tarifs libres inférieurs aux tarifs régulés. Les tarifs réglementés ne sont pas conçus pour garantir un prix compétitif car la loi prévoit qu'ils couvrent les coûts effectivement supportés par les fournisseurs historiques, quel que soit leur niveau, et non les coûts d'un opérateur efficient. Ce sont les tarifs qui s'ajustent aux coûts, et non l'inverse. Vos décisions successives annulant des arrêtés tarifaires pour méconnaissance du principe de couverture des coûts n'ont fait que renforcer cette obligation de répercussion mécanique des coûts constatés sur les tarifs réglementés.

L'objectif de stabilité des prix, variante du précédent, ne nous convainc pas davantage. Le ministre soutient que les tarifs réglementés amortissent l'impact pour le consommateur final de la volatilité des cours du gaz et du pétrole sur les marchés de gros. Mais la loi et le décret contesté ne garantissent nullement que les tarifs réglementés soient moins volatiles que les prix de marché. Au contraire, la part approvisionnement des tarifs réglementés était indexée à environ 60 % sur les prix de marché selon la formule tarifaire arrêtée en 2013 en application du décret attaqué. Les prix de marché du gaz ayant évolué à la baisse ces dernières années, la formule tarifaire a d'ailleurs été modifiée en juillet 2015 pour porter cette indexation à 77 % : le ministre a donc lui-même pris le risque de soumettre les tarifs réglementés à une plus grande volatilité, pour faire profiter les consommateurs aux tarifs réglementés de la baisse conjoncturelle des prix de marché du gaz.

Le ministre souligne que l'évolution des indices de marché de référence est lissée sur huit mois dans le calcul des tarifs réglementés. Cet argument ne résiste toutefois pas à l'analyse, car les fournisseurs alternatifs proposaient dès 2013 des offres de marché à prix fixe sur plusieurs années, par définition beaucoup plus stables dans le temps que les tarifs réglementés d'Engie, ajustés chaque mois. Certes, comme l'indique le ministre, les clients ayant souscrit ces offres de marché à prix fixe ne sont pas à l'abri d'une hausse brutale du prix à l'échéance du contrat, mais si le prix du gaz a augmenté pendant sa durée, les tarifs réglementés ont eux aussi évolué à la hausse pour couvrir le coût d'approvisionnement, et les consommateurs sont libres de faire jouer la concurrence pour se fournir au prix le plus avantageux du marché au moment du renouvellement de leur contrat.

Aucun objectif d'intérêt économique général ne nous paraît donc justifier l'entrave à la réalisation d'un marché pleinement ouvert à la concurrence que constituent les TRV.

Même si vous ne partagiez pas cette analyse, le décret ne pourrait échapper à l'annulation totale, car le dispositif français de tarifs réglementés qu'il régit ne passerait pas victorieusement le rigoureux test de proportionnalité auquel la CJUE subordonne la conformité à la directive d'une intervention étatique sur les prix de fourniture du gaz.

Une première différence saute aux yeux lorsqu'on le confronte à la grille de lecture des arrêts *Federutility* et *ANODE* : la pérennité du dispositif. Comme l'a rappelé la Cour, les TRV français présentent un caractère permanent, faute pour la loi de prévoir, sinon une date définitive de suppression des tarifs réglementés, du moins un terme d'application au-delà duquel il appartiendrait au législateur de réexaminer sérieusement la nécessité de cette intervention sur les prix. Le ministre invoque la sortie des TRV des consommateurs finals non domestiques consommant plus de 30 MWh par an, qui s'est échelonnée jusqu'au 31 décembre 2015. Les tarifs réglementés n'existent plus depuis cette date que pour les particuliers et les petits professionnels. Mais cette mise en extinction des tarifs réglementés pour les gros consommateurs a été décidée par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation¹⁴, postérieure au décret attaqué, et laisse entier le problème du maintien sans échéance des tarifs réglementés pour les ménages et les petits professionnels.

Le dispositif achoppe également sur une deuxième composante du test de proportionnalité, celle qui tient au champ des bénéficiaires des tarifs réglementés. La loi du 17 mars 2014 nous semble avoir corrigé son inconventionnalité sur ce point. Elle fixe un seuil bas d'éligibilité aux tarifs réglementés : il en exclut une fraction des ménages, qui consomment plus de 30 MWh. L'ANODE elle-même admet que les petits professionnels (artisans, professions libérales) qui demeurent éligibles aux tarifs réglementés depuis le 1^{er} janvier 2016 ont un comportement de consommation similaire à un consommateur résidentiel ; ils n'ont d'ailleurs souvent pas de compteurs distincts pour leur consommation de gaz privée et professionnelle. Mais à la date d'adoption du décret, il est certain que le système de tarifs réglementés, qui bénéficiait de manière identique aux clients domestiques et aux grandes entreprises, ne respectait pas l'exigence de proportionnalité concernant le champ d'application personnel de la mesure. La CJUE a ainsi jugé le mécanisme polonais de réglementation des prix de fourniture du gaz disproportionné en ce qu'il n'établit pas de distinction entre ces catégories de clients (CJUE, *Commission c. Pologne*, 10 septembre 2015, aff. C-36/14).

Deux autres aspects liés du test de proportionnalité posent difficulté : l'exigence d'adéquation entre la méthode d'intervention et les objectifs poursuivis, et l'absence de méthodes moins contraignantes permettant de les atteindre. Si l'objectif de sécurité d'approvisionnement passe par la conclusion de contrats de long terme, la mesure la plus adéquate serait d'obliger tous les fournisseurs à couvrir une part définie de leur approvisionnement en contrats de cette nature. Si l'on retenait l'objectif de cohésion territoriale, la réglementation devrait en principe être limitée aux composantes de prix dont il faut assurer la péréquation : les coûts d'acheminement pour compenser les variations de prix liées à l'éloignement du réseau de transport, et les coûts d'approvisionnement pour remédier aux différences du prix du gaz entre les zones nord et sud de la France. On peut d'ailleurs se demander si la péréquation ne serait pas mieux assurée, sans risque de distorsion de concurrence, via une taxe acquittée par tous les consommateurs sur leur facture de gaz, et non seulement ceux soumis aux tarifs réglementés, à l'instar de la contribution au service public de l'électricité. Enfin, si l'objectif est de maintenir les prix à un niveau raisonnable pour le consommateur, une intervention permanente sur les prix ne se justifie pas, puisque le marché permet depuis plusieurs années de lui proposer des prix du gaz plus compétitifs que les tarifs réglementés. Dans ce contexte, deux types d'intervention sur les prix demeurent proportionnées : le tarif spécial de solidarité prévu à l'article L. 445-5 du code de l'énergie

¹⁴ Loi n° 2014-344.

pour les consommateurs en situation de précarité, qui n'est pas en cause devant vous et a un fondement spécifique dans la directive ; et les clauses de sauvegarde activées ponctuellement au bénéfice de l'ensemble des consommateurs en cas de hausse exceptionnelle du prix du gaz. La clause de cette nature prévue par le 4° de l'article 5 du décret attaqué ne peut toutefois subsister dans sa forme actuelle, car elle est adossée au système global des tarifs réglementés.

Le système français d'intervention sur les prix de vente du gaz n'est, à l'évidence, pas proportionné au sens où l'entend la Cour¹⁵. Mais pour les raisons exposées précédemment, nous pensons que vous devez vous arrêter au stade antérieur du raisonnement et constater l'absence d'objectif d'intérêt économique général justifiant la réglementation contestée. Vous accueillerez pour ce motif le moyen tiré de l'incompatibilité entre les articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie et les objectifs de la directive du 13 juillet 2009. Privé de base légale, le décret ne peut qu'être annulé.

III. Mais au juste, mesdames et messieurs, pour qui sonne le glas aujourd'hui ? Pas encore pour les dispositions qui régissent actuellement les tarifs réglementés de vente du gaz.

Jusque dans le dernier état de ses écritures, dépourvues de toute ambiguïté à cet égard, l'association requérante n'a dirigé ses conclusions qu'à l'encontre du décret du 16 mai 2013 modifiant le décret du 18 décembre 2009. Or, ce dernier a été abrogé par le 77° de l'article 6 du décret du 30 décembre 2015 codifiant la partie réglementaire du code de l'énergie, emportant silencieusement dans sa disparition, en bonne légistique, celle du décret attaqué qui le modifiait.

Il y a évidemment toujours lieu de statuer sur les conclusions à fins d'annulation du décret de 2013, dès lors qu'il a reçu de multiples applications pendant la période où il était en vigueur (*B...*, 19 avril 2000, n° 207469, au Rec.). Votre décision ne peut toutefois avoir pour effet que d'annuler le décret contesté depuis son entrée en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2016, date de son abrogation.

Vous pourriez être tentés de faire une lecture bienveillante des conclusions de l'ANODE en les regardant comme également dirigées contre les dispositions des articles R. 445-1 à R. 445-7 du code de l'énergie, qui reprennent sans modification de fond le décret de 2009 modifié. Il nous paraît toutefois impossible de consentir cet effort au cas présent, pour plusieurs raisons.

La première est que les conditions mises jusqu'à présent par votre jurisprudence à une telle extension des conclusions ne sont pas réunies. Lorsque le décret attaqué est codifié en cours d'instance, vous n'étendez son annulation aux dispositions issues de sa codification à droit constant que si le requérant vous saisit expressément de conclusions en ce sens dans le délai de recours ouvert à compter de la publication du décret de codification et s'il réitère le moyen justifiant l'annulation à l'encontre des dispositions codifiées, ce qui revient peu ou prou à joindre deux requêtes distinctes (voyez vos décisions du 16 janvier 2006, *Fédération bancaire française*, n° 274686 et *Société JTI et autres*, n° 399117, 23 décembre 2016, aux T.

¹⁵ Nous vous épargnerons l'examen de la dernière condition posée par l'arrêt ANODE, celle de la désignation non discriminatoire des entreprises chargées de fournir les tarifs réglementés.

sur un autre point)¹⁶. Ces exigences ne sont pas dénuées de fondement : comme le rappellent les conclusions de Yann Aguila sur votre décision de Section *Ordre des avocats du barreau d'Evreux* du 5 octobre 2007 (n° 282321), le juge de l'excès de pouvoir est saisi de la légalité d'un acte, pas d'une question de droit autonome qui sauterait de texte en texte. Il ne lui appartient pas de faire sortir de l'ordonnancement juridique un texte dont il n'est pas saisi, sous peine de statuer *ultra petita*.

La deuxième raison, déterminante à nos yeux, est qu'une requalification par le juge des conclusions dont il est saisi n'est concevable que si la version codifiée reprend textuellement l'acte réglementaire attaqué et lui seul. Cette continuité fait défaut lorsque l'acte attaqué est un décret modificatif qui s'intercale entre l'acte source qu'il modifiait et sa codification, surtout lorsque le décret intermédiaire procède, comme en l'espèce, à de nombreuses modifications chirurgicales du décret d'origine au lieu d'en réécrire les dispositions par bloc. Ainsi, en annulant les dispositions codifiées en 2015, vous censureriez non seulement le décret de 2013 mais aussi celui de 2009, qui n'a jamais été attaqué. Cela reviendrait à admettre que la codification d'un décret modificatif rouvre un délai de recours à l'encontre des dispositions du décret de base. Vous opposez au contraire à juste titre la forclusion au requérant qui critique les dispositions codifiées issues d'un décret antérieur, à l'occasion d'une requête dirigée contre un nouveau décret complétant les mêmes articles du code (*Syndicat des avocats de France*, 15 novembre 1985, n° 49622, aux T.).

Ainsi, à supposer que l'ANODE ait formulé des conclusions additionnelles dirigées contre les dispositions codifiées dans la foulée de la parution du décret de codification, elles auraient été tardives en tant qu'elles ciblent les dispositions issues du décret de 2009. Elles se seraient vraisemblablement heurtées aux règles de divisibilité si elles avaient à l'inverse été cantonnées aux dispositions codifiées originaires du décret de 2013, car les articles codifiés, qui mêlent inextricablement les dispositions issues des deux décrets, seraient inapplicables une fois amputés de celles issues du décret modificatif. Il nous paraît exclu qu'une requalification accommodante des écritures vienne suppléer des conclusions qui n'auraient sans doute pas été recevables dans la configuration particulière de notre affaire, et c'est le troisième motif qui nous persuade d'en retenir une lecture stricte.

La réglementation en vigueur est en sursis, car entachée, à peu de choses près, des mêmes contrariétés de principe avec le droit de l'Union, mais nous pensons qu'il incombe à la requérante de former une demande d'abrogation du nouveau texte, si elle veut en obtenir la condamnation ferme.

IV. A la lumière de ces précisions sur la portée de l'annulation du décret attaqué, la dernière question, celle de la modulation de ses effets dans le temps en application de votre jurisprudence AC !, s'éclaire d'un jour nouveau¹⁷.

Les parties et observateurs s'accordent tous pour vous demander de faire un usage d'une ampleur inédite de ce pouvoir en reportant la date d'effet de l'annulation avec un délai

¹⁶ Dans le contentieux du refus d'abrogation, lorsque les dispositions initialement visées par la demande sont abrogées et remplacées par des dispositions identiques en cours d'instance, vous admettez par exception qu'il y a toujours lieu de statuer mais vous n'examinez pas les moyens soulevés au regard du nouveau texte (Section, *Ordre des avocats du barreau d'Evreux*, 5 octobre 2007, n° 282321, revenant sur la solution contraire explorée quelques mois auparavant dans votre décision *GISTI* du 24 janvier 2007, n° 243976).

¹⁷ Ass., Association AC ! et autres, 11 mai 2004, n° 255886, au Rec.

allant de deux ans pour l'ANODE à cinq ans pour Engie. Nous ne sous-estimons pas les conséquences de la fin des tarifs réglementés pour les fournisseurs historiques et les gestionnaires de réseaux de distribution, en particulier Engie et GRDF. Les difficultés de mise en œuvre de l'extinction des tarifs réglementés destinés aux entreprises, décidée par la loi dite « NOME » du 7 décembre 2010 pour 750 000 sites en électricité et par la loi relative à la consommation du 17 mars 2014 pour 167 000 sites en gaz, sont éloquentes à cet égard. La sortie des tarifs réglementés pour 5,4 millions de particuliers, moins informés, sera d'une tout autre complexité et nécessitera impérativement une période transitoire suffisante pour ne pas déstabiliser le marché sans véritable gain pour la concurrence. Mais c'est au législateur qu'il appartiendra d'y pourvoir. Vous ne sauriez en effet repousser l'effet de l'annulation du décret attaqué à une date postérieure à celle de son abrogation au 1er janvier 2016.

Reste la question de savoir s'il y a lieu et si vous pouvez réputer définitifs les effets produits par le décret litigieux jusqu'à son abrogation, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de votre décision.

Quelles sont les conséquences d'une annulation rétroactive ? Elle fait revivre le décret de 2009 dans sa version antérieure aux modifications apportées par le décret attaqué en 2013, qui ne peut servir de fondement aux arrêtés tarifaires car il n'est pas plus conforme à la directive que celui dont vous êtes saisis. Votre décision révèle l'illégalité de ces arrêtés tarifaires, auxquels renvoient les stipulations des contrats conclus entre les fournisseurs de gaz et leurs clients. Elle prive ainsi indirectement de base légale les clauses tarifaires des contrats conclus ou renouvelés entre mai 2013 et décembre 2015. Sont concernés les contrats aux tarifs réglementés souscrits par plus de 9 millions de consommateurs au premier trimestre 2013, mais aussi les nombreux contrats en offre de marché dont les prix sont fixés par référence aux tarifs réglementés.

Il est difficile de prédire la réponse que le juge judiciaire apporterait à un consommateur qui exciperait de l'illégalité des arrêtés tarifaires pour contester la validité de son contrat de droit privé de fourniture de gaz. Si cette exception d'illégalité peut être soulevée après l'expiration du délai de recours contentieux contre le contrat lui-même (Cass. civ.1^{ère}, 6 février 2001, n° 99-11.996, au Bull., et 28 janvier 2003, n° 00-20.828), la solution du litige reste incertaine. Il est possible que la déclaration d'illégalité des arrêtés, que le juge administratif serait amené à prononcer en réponse à une question préjudicielle du juge judiciaire, entraîne la nullité du contrat comme le craint Engie. Mais comme nous l'indiquons dans nos conclusions sur la décision de Section A... du 28 avril 2014 au Rec. (n° 357090), les positions divergentes des juges du fond judiciaires témoignent d'un certain embarras, en l'absence d'arrêt de principe de la Cour de cassation, quand il s'agit de tirer les conséquences sur les contrats de fourniture d'un bien des déclarations d'illégalité de règlements tarifaires, qui rend le sort des contrats de fourniture du gaz assez imprévisible. L'effet de l'annulation rétroactive du décret sur les contrats passés dépendrait aussi de la règle de prescription que le juge judiciaire estimerait applicable. On peut penser qu'il s'agit de la prescription quinquennale prévue en matière commerciale par l'article L. 110-4 du code de commerce, laquelle ne serait pas encore acquise pour la période qui nous intéresse.

Des incertitudes similaires sur l'issue des litiges relatifs à l'exécution de contrats conclus entre les usagers et l'autorité exploitant le service public de fourniture d'eau potable et le souci d'assurer la rémunération du fournisseur pour l'eau consommée, vous ont conduit, dans la décision A..., (n° 357090), à admettre la possibilité pour le gestionnaire du service

public de fixer rétroactivement par voie réglementaire le tarif du service rendu, afin de solder pour le passé les conséquences de la déclaration d'illégalité de la délibération tarifaire initiale. La situation résultant de l'annulation du décret contesté par l'ANODE est assez proche de ce précédent : le décret de 2009 et les arrêtés fixant les TRV entre mai 2013 et décembre 2015, qui n'ont pas été attaqués, subsistent intacts pour le passé dans l'ordonnancement juridique, mais ils ne peuvent plus recevoir légalement application. La voie ouverte par votre décision A... (n° 357090), pour sécuriser les situations contractuelles passées est cependant fermée en l'espèce. A supposer qu'il existe un service public de distribution du gaz comme il en existe un pour l'eau, la cause de l'illégalité des décrets et des arrêtés pris depuis 2009, l'absence d'objectif d'intérêt économique général justifiant au regard du droit de l'Union européenne une intervention étatique sur les prix de détail du gaz, fait radicalement obstacle à l'édiction d'un tarif rétroactif par le ministre.

Le très grand nombre de contrats concernés et son corollaire, le risque d'un contentieux de masse ou d'une action de groupe, conjugué aux incertitudes sur leur sort contentieux et à l'impossibilité d'assurer la sécurité juridique des situations constituées sous l'empire du décret attaqué, plaident pour réputer définitifs ses effets passés en faisant application de la jurisprudence *Ac !*. Il y a matière à hésitations. Deux raisons nous retiennent toutefois de vous inviter à vous engager dans cette voie.

En premier lieu, nous nous demandons si la modulation permettrait vraiment d'atteindre l'objectif recherché. Les contrats de fourniture du gaz aux consommateurs finals sont des contrats de droit privé. Il n'est pas certain que le juge judiciaire, seul compétent pour se prononcer sur les litiges relatifs à l'exécution de ces contrats de fourniture, s'estime lié par la décision du juge administratif de paralyser les effets du décret sur les contrats et accepte d'écarter pour ce motif l'exception d'illégalité de l'arrêté tarifaire soulevée à l'encontre du contrat. Cela supposerait que l'autorité de chose jugée que le juge judiciaire attache à l'annulation d'un acte réglementaire même dans le litige distinct qui se noue devant lui (voyez sur ce point Cass. civ. 1^e, 18 septembre 2002, n° 01-01.424, au Bull.) s'étende à sa modulation dans le temps, ce dont nous n'avons pas trouvé d'exemple. Les certitudes quant à l'effet de la jurisprudence *AC !* s'arrêtent là où commence la compétence du juge judiciaire : vos pouvoirs de cristallisation des relations contractuelles se heurtent peut-être à votre incompétence pour connaître des litiges individuels nés de l'application de contrats de droit privé.

Si l'on peut malgré tout avoir bon espoir quant à l'accueil que réserverait le juge judiciaire à une modulation des effets de l'annulation, il est difficile d'en dire autant de la Cour de justice de l'Union européenne. Sa jurisprudence extrêmement stricte sur les conditions dans lesquelles elle autorise exceptionnellement le maintien à titre provisoire des effets produits par une norme de droit interne contraire au droit de l'Union est le second et principal obstacle à la modulation, dès lors que l'annulation du décret attaqué sanctionne une méconnaissance du droit de l'Union.

Dans sa décision *France Nature Environnement* du 28 juillet 2016 (aff. C-379/15), la CJUE a certes ouvert une brèche dans le monopole de la modulation qu'elle se réservait jusqu'à présent en pareille hypothèse. Tout en rappelant qu'en principe, une juridiction nationale est tenue d'obtenir son aval avant de prolonger ou de rendre définitifs les effets passés d'une violation du droit de l'Union, elle a admis qu'une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours décide elle-même de limiter les effets dans le

temps de l'annulation. Dès lors que la Cour ne vous l'a pas interdit dans son arrêt *ANODE* de septembre dernier¹⁸, vous pourriez par conséquent procéder à la modulation sans la réinterroger sur ce point, comme vous l'avez d'ailleurs déjà fait dans votre décision *Octapharma* du 23 juillet 2014, au Rec., compte tenu des enjeux majeurs de santé publique en litige (n° 349717).

Encore faut-il que vous soyez certains que les conditions de fond mises par la Cour à une telle entorse aux principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union dans son arrêt *Inter-Environnement Wallonie* du 28 février 2012 sont réunies (aff. C-41//11) : c'est ce qu'elle exige dans son arrêt *France Nature Environnement*.

Or, il est évident que tel n'est pas le cas en l'espèce. Dans le précédent *Inter-Environnement Wallonie*, la Cour n'avait accepté le maintien en vigueur d'un texte réglementaire adopté selon une procédure irrégulière au regard du droit de l'Union que parce qu'il s'agissait de l'acte de transposition d'une directive dont la disparition préjudiciait évidemment plus que son maintien à la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive. L'existence de l'arrêté litigieux était requise par le droit de l'Union, alors que dans notre affaire, son respect commandait au contraire de ne pas adopter le décret réglementant les prix de vente du gaz. En outre, le maintien des effets qu'il a produits dans le passé irait à l'encontre de deux objectifs poursuivis par la directive de juillet 2009 : l'objectif de libéralisation du marché de la fourniture du gaz, mais aussi l'objectif de protection des consommateurs, puisque la modulation a pour but de faire obstacle à ce qu'ils contestent la validité des contrats qu'ils ont conclu avec leur fournisseur.

La Cour ne se laisse pas apitoyer par les conséquences rétroactives d'une annulation de tarifs réglementés concernant un grand nombre de consommateurs. Elle n'a pas suivi son avocat général qui l'invitait à autoriser l'Allemagne à limiter dans le temps les effets de l'annulation, pour méconnaissance des directives du paquet énergie de 2003, de sa législation tarifaire concernant 4,1 millions de clients résidentiels en gaz et 18 millions de clients résidentiels en électricité. Aux parties qui faisaient valoir que les fournisseurs seraient contraints de procéder à un remboursement rétroactif des sommes acquittées par les consommateurs au cours des années antérieures, ce qui pouvait menacer l'existence même de ces fournisseurs et avoir des conséquences négatives sur l'approvisionnement des consommateurs allemands en électricité et en gaz, le Cour a répondu qu'il n'était pas démontré que la remise en cause de rapports juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé bouleverserait rétroactivement l'ensemble du secteur énergétique (CJUE, *Alexandra Schulz*, 23 octobre 2014, aff. C-359/11). Un an auparavant, la Cour avait déjà répondu par la négative à l'Allemagne qui demandait si elle pouvait limiter aux contrats conclus après son prononcé les effets de l'arrêt constatant la contrariété au droit de l'Union des clauses de révision tarifaire stipulées dans les contrats de fourniture de gaz aux petits consommateurs qui renvoyaient aux conditions prévues pour les tarifs réglementés existant alors en Allemagne (CJUE, 21 mars 2013, aff. C-92/11, *RWE Vertrieb AG*).

Dans ces conditions, il nous semble difficile de sanctuariser les effets produits par le décret attaqué lorsqu'il était en vigueur. La balance des intérêts penche du côté du principe de légalité. Aller à l'encontre de la jurisprudence de la CJUE pour dresser par voie prétorienne

¹⁸ Lorsque la Cour vous l'interdit expressément, vous ne vous reconnaissez pas la possibilité de moduler (CE, *Association Vent de colère !*, 28 mai 2014, n° 324852, au Rec.).

un rempart qui pourrait s'effondrer en ordre dispersé devant les juridictions judiciaires ne nous semble pas être la bonne solution. Nous vous proposons donc de ne pas moduler dans le temps les effets de l'annulation du décret attaqué.

V. L'ANODE vous demande également d'enjoindre à l'Etat de prendre toutes les mesures garantissant la disparition des tarifs réglementés de vente du gaz naturel et en particulier de décider que les contrats de fourniture en cours des clients aux tarifs réglementés ne puissent être renouvelés que pour une année. Mais votre décision, qui n'annule pas les dispositions réglementaires régissant actuellement les tarifs réglementés, n'implique pas que vous prescriviez de telles mesures sur le fondement de l'article L. 911-1 du CJA.

Enfin, vous constaterez que les dispositions de l'article L. 761-1 de ce code font obstacle à ce que l'ANODE verse une somme sur ce fondement à la société Engie. Il n'y a pas lieu, en l'espèce, de mettre à la charge de la société Engie le versement d'une somme au même titre. Vous pourrez en revanche condamner l'Etat à verser à l'ANODE une somme de 5 000 euros en application de ces dispositions.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation du décret attaqué,
- à ce que l'Etat verse à l'ANODE une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative,
- et au rejet du surplus des conclusions de l'ANODE ainsi que des conclusions présentées par la société Engie sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.