



II-5.11: Le gel par le Gouvernement français des tarifs gaziers est annulé par le Conseil d'Etat

Gonzague de Lorme, Academic assistant

INFORMATION PRINCIPALE

Par une ordonnance du 28 novembre 2011, le Conseil d'Etat suspend en référé l'arrêté qui gelait les tarifs gaziers résidentiels, en raison de l'effet de ciseaux ainsi produit au détriment de la concurrence et sans justification au regard du critère du coût posé par le décret, texte juridiquement supérieur.

CONTEXTE ET RESUME

Pour lire l'ordonnance, cliquez [ici](#).

Le Gouvernement envisageant de continuer à « geler » les tarifs gaziers, notamment au bénéfice des consommateurs domestiques, avait sollicité l'avis de la Commission de Régulation de l'Energie. Celle-ci, par un avis du 29 septembre 2011, avait exprimé un avis défavorable¹. L'avis n'étant que consultatif, c'est-à-dire ne liant pas le Gouvernement, celui-ci adopta un arrêté le 29 septembre 2011 *relatif aux tarifs réglementés de vent de gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez*, ne modifiant pas les tarifs.

L'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie saisit le Conseil d'Etat en référé. Celui-ci, statuant par une ordonnance du 28 novembre 2011, suspend l'exécution de l'arrêté contesté par l'association des opérations et enjoint aux ministres compétents de fixer, dans le délai d'un mois à compter de la décision, des tarifs conformes au droit.

Le juge des référés considère en effet que la loi française du 3 janvier 2003 *relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie* a organisé l'ouverture à la concurrence du marché français du gaz, en tenant compte des objectifs des directives communautaires. Mais coexistent sur un même marché des prix libres pour les consommateurs qui ont opté pour les fournisseurs alternatifs et les prix réglementés pour les consommateurs qui continuent d'avoir recours au fournisseur historique, principalement GDF Suez.

Or, le juge se réfère à la loi de 2003 qui a inséré dans le Code de l'énergie une disposition selon laquelle le tarif doit couvrir l'ensemble des coûts qui sont liés à la fourniture du gaz, en fonction des caractéristiques intrinsèques à cette fourniture, à l'exclusion de toute subvention en faveur des clients.

Continuant son analyse des textes, le juge relève que le décret du 18 décembre 2009 prévoit sur la même question de la méthode de détermination des tarifs qu'ils doivent couvrir « les coûts d'approvisionnement en gaz naturels et des coûts hors approvisionnement », ce qui « permet de

¹ Frison-Roche, Marie-Anne, The French energy. Regulator published its first unfavorable opinion regarding the government's proposed natural gas tariffs for residential customers, *The Journal of Regulation*, II-5.9.

déterminer un coût moyen de fourniture du gaz naturel, à partir duquel sont fixés les tarifs réglementés de vente ».

Le juge observe que les tarifs réglementés applicables à GDF Suez sont maintenus à l'identique par l'arrêté attaqué au bénéfice des clients résidentiels et des « petits clients professionnels », alors que le tarif augmente d'environ 5% pour les autres clients.

Le Conseil d'Etat rappelle qu'en tant que juge des référés, il peut suspendre l'application d'un acte administratif, ici un arrêté, lorsqu'il y a urgence, ce qui est le cas en l'espèce.

Il se réfère ensuite à l'avis que la Commission de Régulation de l'Energie avait formulé le 29 septembre 2011 pour estimé que l'évolution des tarifs fixée par l'arrêté envisagé était très insuffisante pour couvrir les coûts d'approvisionnement de GDF Suez. Du fait de l'exigence posée par un décret quand à la couverture par le tarif des coûts, il y a un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté.

En outre, les fournisseurs alternatifs sont entrés sur le marché pour faire concurrence au fournisseur historique, ce qui suppose une aptitude à pratiquer des remises par rapport aux tarifs pratiqués par celui-ci. Or, du fait de l'état du marché de gros, qui n'est pas favorable aux acheteurs intermédiaires, et des tarifs pratiqués de force par GDF Suez, un gel durable des tarifs crée un « ciseau tarifaire » qui engendre pour les concurrence l'obligation de pratiquer des prix supérieurs à leurs propres coûts, compromettant alors leur présence sur le marché.

C'est pourquoi il y a suspension de l'arrêté non seulement quant au gèle du tarif, mais encore quant au montant de l'augmentation de tarifs prévus dans certains cas.

BREF COMMENTAIRE

Ainsi, la copie du Gouvernement est entièrement à revoir.

Qu'il y soit contraint en ce qui concerne le gel du tarif, on n'en doutait guère. En effet, la fermeté de l'avis du régulateur de l'énergie le 29 septembre 2011 et le soin que celui-ci avait pris à se référer à la jurisprudence du Conseil d'Etat, pouvait faire penser que la contestation trouvait un écho favorable auprès de celui-ci.

Mais en premier lieu, c'est non seulement par la voie classique de l'annulation par un recours pour excès de pouvoir, mais encore par la voie plus périlleuse de la suspension par référé, que l'anéantissement de fait, si ce n'est de droit car suspension ne vaut pas annulation, fût obtenue.

En outre, on pouvait penser que le gel continu des tarifs n'était plus tenable, notamment au regard du principe d'ouverture à la concurrence du marché et de la coexistence des prix libres et des tarifs, mais c'est d'une façon plus surprenante que même l'augmentation a été remise en cause, parce qu'insuffisante. En effet, certes le régulateur, comme le Conseil d'Etat, avait estimé qu'une augmentation de 10% serait adéquate pour permettre à l'opération de service public d'opérer son office. Le Gouvernement en prévoyant une augmentation de la moitié semblait avoir « coupé la poire en deux ».

Cela ne suffit pas. Le Conseil d'Etat demande aux ministres compétents, s'ils veulent faire prévaloir le souci social dont ils se prévalaient par ailleurs expressément dans leurs écritures contentieuses, de les intégrer dans leurs calculs et, s'ils contestaient la réalité des coûts, il convenaient de reprendre eux-mêmes la démonstration des coûts pertinents.

On mesure ainsi que l'exercice de tarification par les coûts, telle que RAMSAY-BOITEUX en furent les parangons, trouve désormais non seulement une assise juridictionnelle mais encore constitue une protection pour les opérateurs, contre un usage trop désinvolte de l'affirmation rhétorique de l'intérêt supérieur par le Gouvernement pour fixer arbitrairement des prix.

Le juge a le dernier mot. D'ailleurs, les tarifs gaziers domestiques seront augmentés au 1^{ier} janvier 2011.