

**LES ENJEUX DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES PRIX RÉGLEMENTÉS
DE L'ÉNERGIE**

A PROPOS DES AFFAIRES « ANODE » DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Stéphane DE LA ROSA*

INDEX

ABSTRACT

- 1. LA SPÉCIFICITÉ FRANÇAISE EN MATIÈRE DE PRIX RÉGLEMENTÉS**
- 2. LE CONTEXTE HISTORIQUE D'APPRÉCIATION DE LA LÉGALITÉ DES PRIX RÉGLEMENTÉS DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF**
- 3. LE RENOUVELLEMENT D'UN CADRE D'ANALYSE DES PRIX RÉGLEMENTÉS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 106§2 TFUE**
- 4. L'EXAMEN DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DU GAZ: LE REJET DES JUSTIFICATIONS TIRÉES D'OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC (CE, 18 JUILLET 2018, ANODE, N° 370321)**
- 5. L'EXAMEN DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DE L'ÉLECTRICITÉ: LA JUSTIFICATION POSSIBLE TIRÉE DE LA STABILITÉ DES PRIX (CE, 19 MAI 2018, ANODE, N° 413688).**
- 6. UN ENJEU COMMUN SUR LE TERRAIN DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL: L'EXAMEN DE PROPORTIONNALITÉ**

ABSTRACT

En moins d'une année, le Conseil d'Etat français a eu à statuer dans deux affaires portant sur l'utilisation de prix réglementés, fixés par voie d'arrêtés ministériels, en matière de gaz et d'électricité. Suite à des recours en excès de pouvoir introduits par l'ANODE, l'association professionnelle qui regroupe les fournisseurs d'énergie nouveaux entrants¹, la haute juridiction a rendu deux arrêts importants – l'un en septembre 2017 (prix du gaz)², l'autre en mai 2018 (prix de l'électricité)³ –, qui systématisent la méthodologie suivie par le juge administratif français pour examiner de la légalité de décrets instituant des prix au regard du droit de l'Union et, plus spécifiquement, de l'article 106§2 du TFUE⁴.

^{*} Professeur de droit public à l'Université Paris-Est Créteil, Directeur du laboratoire MIL EA 7382

¹ Depuis septembre 2006, l'ANODE est une association qui assure la défense des intérêts collectifs de fournisseurs d'énergie alternatifs aux opérateurs historiques (essentiellement, Direct Energie, Eni gas & power France, Gaz Européen, Lampiris, Planète OUI et SAVE).

² CE, ass., 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, n° 370321; comm. S. de La Rosa, « Les prix réglementés et les marchés de l'énergie: disparition, sursis, adaptation? », *Rev. Française Droit Administratif* 2017, n° 6, p. 1099 ; F. MARTUCCI, *Revue Concurrences*, n° 4-2017.169.

³ CE, ass., 19 mai 2018, *Société ENGIE et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, n° 413688 et 414656, comm. CL. BOITEAU, P. GEOFFRON, *Rev. Française Droit Administratif* 2018 n° 4, p. 686.

⁴ Rappelons qu'aux termes de l'article 106§2 du TFUE, « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ». Depuis la célèbre décision *Corbeau* (CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale c. Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec. p. I-2563*), cet article est conçu comme le fondement en droit primaire pour justifier des droits spécifiques, notamment sous forme d'exclusivité, dont peuvent bénéficier les entreprises publiques, afin de compenser leurs missions particulières et la satisfaction de besoins d'intérêt général qui présentent un caractère économique.

Ces décisions méritent d’être présentées au-delà de la doctrine française. Dans une perspective comparée, le régime français des prix réglementés du gaz et de l’électricité fait figure d’exception en Europe: la France est l’un des rares Etats à conserver un régime administratif pour les prix de l’énergie (en faisant coexister un régime concurrentiel), avec une fixation de ceux-ci par la voie d’arrêtés ministériels (I). Si le contentieux des prix correspond à un contentieux ancien, qui s’est progressivement raréfié devant le juge administratif (II), l’ouverture à la concurrence des marchés de l’énergie a eu pour effet de le raviver.

Outre l’appréciation de la pertinence et de l’efficacité de ces tarifs dans un marché ouvert, les affaires jugées par le Conseil d’Etat sont illustratives, au plan du raisonnement contentieux, d’un enjeu d’appropriation par le juge interne du principe de proportionnalité. Sur renvoi préjudiciel du Conseil d’Etat, la Cour de justice a rappelé dans son arrêt *ANODE* de septembre 2016⁵ la portée du principe de proportionnalité pour apprécier la compatibilité d’une réglementation étatique – tel qu’un régime de prix – au regard de l’article 106§2. Son arrêt confirme une solution préalablement dégagée dans l’arrêt *Federutility*, relative au régime italien de prix réglementés pour le gaz⁶. Il en ressort la constitution d’un cadre d’analyse spécifique pour apprécier cette forme d’intervention étatique dans l’économie, avec un examen poussé des motifs de justification et de l’adéquation d’un dispositif de réglementation tarifaire (III).

En s’appuyant sur l’interprétation développée par la Cour dans les arrêts *Federutility* puis *ANODE*, le Conseil d’Etat a apprécié différemment la légalité des prix

⁵ CJUE, 7 septembre 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) c. Ministre de l’Économie, de l’Industrie et du Numérique, Commission de régulation de l’énergie, ENGIE, anciennement GDF Suez*, aff. C-121/15, ECLI:EU:C:2016:637.

⁶ CJUE, gr. ch., 20 avril 2010, *Federutility e.a. contre Autorità per l’energia elettrica e il gas*, aff. C-265/08, Rec. p. I-3377; comm. L. IDOT, *Europe* n° 6, juin 2010, comm. 206; S. RODRIGUES, *Concurrences* n° 3-2010, rubrique Secteur Public 2-1.

réglementés: si le système de réglementation a été jugé non conforme pour le gaz (IV), il est considéré comme étant possible dans son principe pour l'électricité, sous réserve de ne pas aller au-delà du nécessaire pour atteindre des objectifs d'intérêt économique général (V). L'intérêt de ces deux arrêts est double: outre qu'ils conduisent à des solutions distinctes selon le type d'énergie, ils illustrent la difficulté à concevoir la mise en œuvre du principe de proportionnalité dans le cadre de l'article 106§2 TFUE (VI).

1. LA SPÉCIFICITÉ FRANÇAISE EN MATIÈRE DE PRIX RÉGLEMENTÉS

Ainsi que l'illustrent les rapports de l'ACER (Agence de coopération des régulateurs de l'énergie), la France fait partie des quelques Etats, avec la Pologne, l'Espagne, la Roumanie, le Portugal, Malte, la Lettonie la Hongrie, Chypre et la Bulgarie, à avoir maintenu un dispositif dans lequel le pouvoir réglementaire (le ministre de l'économie) fixe par voie d'arrêté un prix de fourniture, calculé sur au regard d'une formule de coût qui prend en compte les coûts d'approvisionnements⁷. Des systèmes similaires se retrouvent également dans des Etats non membres de l'Union mais partie à la Communauté européenne de l'énergie⁸.

Le régime de prix réglementés est défini et précisé par plusieurs articles du Code de l'énergie. Il est conçu, en droit français, comme une dérogation au principe général de liberté des prix, selon lequel, en vertu de l'article de L. 410-2 du Code du commerce, "les prix des biens, Toutefois, l'al. 2 de l'article L. 410-2 prévoit que " dans les secteurs ou les

⁷ ACER/CEER, Retail Markets Monitoring Report, Ref. C17-MMR-83-02, 21 November 2017, <https://www.ceer.eu/documents/104400/6122966/Retail+Market+Monitoring+Report/56216063-66c8-0469-7aa0-9f321b196f9f>

⁸ Ces régimes de réglementation demeurent généralisés dans les Etats parties à la communauté de l'énergie, à savoir l'Albanie, la Bosnie, la Géorgie, le Kosovo, la Macédoine, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie et l'Ukraine.

zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence". C'est sur le fondement de cette disposition que furent adoptées les dispositions dérogatoires du Code de l'énergie, qui régissent le régime des prix réglementés. S'agissant du gaz, l'article L. 445-3 de ce code prévoit que "les tarifs réglementés de vente du gaz naturel sont définis en fonction des caractéristiques intrinsèques des fournitures et des coûts liés à ces fournitures. Ils couvrent l'ensemble de ces coûts à l'exclusion de toute subvention en faveur des clients qui ont exercé leur droit prévu à l'article L. 441-1. Ils sont harmonisés dans les zones de desserte respectives des différents gestionnaires de réseaux de distribution". Pour l'électricité, l'article L. 337-6 prévoit que "les tarifs réglementés de vente d'électricité sont établis par addition du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément d'approvisionnement au prix de marché, de la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale de l'activité de fourniture".

Ces dispositions techniques fondent un régime relativement complexe de tarification. Pour le gaz, la fourniture du tarif réglementé n'est possible que pour un nombre limité d'opérateurs, qui sont habilités à la proposer: outre le fournisseur historique, à savoir GDF Suez, devenu Engie, il est ouvert à 22 entreprises locales de distribution et à Total Energie Gaz. Par ailleurs, seuls peuvent en bénéficier des consommateurs domestiques et des consommateurs finals non domestiques s'ils consomment moins de 30 000 kWh/an. Le calcul de ces tarifs repose sur un principe de couverture des coûts avec une part fixe et une part variable liée à la consommation effective. La détermination des tarifs se fait par voie réglementaire, par un arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur avis de la Commission de régulation de l'énergie (la CRE). Pour l'électricité, la tarification repose sur la technique de l'empilement des coûts, en additionnant des coût d'acheminement, des coûts d'approvisionnement (en partant de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique), des coûts d'approvisionnement en capacité et des coûts de commercialisation (art. L. 337-6 du Code de l'énergie). Ces tarifs sont proposés, à leur demande, aux

consommateurs finals domestiques et non domestique pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères (art. L. 337-7 du Code de l'énergie).

Ce régime n'est pas identique au régime italien dit de la 'maggior tutela', qui renvoie à l'existence d'une offre de standard (ou prix de référence) au regard de laquelle se définissent les offres de marché⁹. Celui-ci avait été au centre de l'affaire Federutility¹⁰, dans laquelle la Cour, statuant sur le fondement de l'ancienne directive 2003/55, avait considéré qu'un tel régime de prix de référence pouvait être justifié, à la triple condition qu'il poursuive un intérêt économique général consistant à maintenir le prix de fourniture du gaz au consommateur final, qu'il ne porte pas atteinte à la libre fixation des prix que dans la mesure du nécessaire et que la définition des prix repose sur des garanties procédurales de prévisibilité, non-discrimination et transparence. A court terme, ce régime devrait disparaître: en vertu du décret-loi n° 91/2018, l'abrogation du régime « maggior tutela » est prévue pour le 1er juillet 2020.

Pour la plupart des acteurs du marché de l'énergie, ces prix – réglementés ou de référence – vont à l'encontre de la finalité concurrentielle des directives et ne servent pas la protection des consommateurs en maintenant les prix artificiellement haut ou, à tout le moins, dissociés de la réalité des forces du marché. Plusieurs arguments sont avancés pour justifier leur remise en cause : les changements de fournisseurs sont très faibles en présence de prix réglementés, les nouveaux entrants ont une confiance moindre dans le marché, les critères pour leur détermination et leur perception ne sont toujours pas transparents, ils

⁹ Sileo A., The Italian retail electricity and natural gas markets: a slow march, <https://www.unibocconi.eu/wps/wcm/connect/bb0063ef-7914-4fd0-a997-e6ca7fa4525f/ISPI+18+marzo+2015.pdf?MOD=AJPERES>

¹⁰ Aff. C-265/08, op. cit.

maintiennent des prix artificiellement haut¹¹. Même si ces arguments peuvent être contestés¹², la remise en cause des prix réglementés a été engagée dans le cadre d'un plan d'action de l'ACER¹³.

Ces positions contrastent, en France et dans plusieurs Etats membres, avec des positions gouvernementales qui mettent en avant les prix réglementés de l'énergie comme réponse aux différentes crises sociales et à la baisse du pouvoir d'achat. Mais c'est surtout au niveau juridictionnel qu'il convient ici de les apprécier. Saisies de la compatibilité de ces tarifs avec les directives européennes et avec l'article 106§2 TFUE, les juridictions développent un raisonnement fondé l'approche - classique en droit européen - de l'entrave et la justification. Cette grille de lecture a conduit le Conseil d'Etat à renouveler son cadre d'analyse des prix réglementés, qui avait été élaboré dans la période de l'après-guerre.

2. LE CONTEXTE HISTORIQUE D'APPRECIATION DE LA LÉGALITÉ DES PRIX RÉGLEMENTÉS DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

La législation relative à la fixation des prix renvoie à un contentieux ancien en France. Il s'agit *a priori* de l'une des formes les plus intrusives de l'Etat dans le fonctionnement de l'économie de marché: dans la mesure où la liberté des prix constitue l'un des éléments essentiels de l'organisation marchande et qu'elle constitue l'une des conditions de l'équilibre général, la réglementation tarifaire peut conduire « à frapper le

¹¹ European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A Economic and Scientific Policy, Competition Policy and an Internal Energy Market, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/607327/IPOL_STU\(2017\)607327_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/607327/IPOL_STU(2017)607327_EN.pdf)

¹² Avec un prix de vente au détail de l'électricité plus bas que la moyenne européenne (17.2 cts d'euros/kwh en France et 20.4 pour la moyenne européenne) mais plus élevé pour le gaz (6.7 au lieu de 6.1 pour la moyenne), il paraît difficile de considérer que les prix réglementés sont la cause d'un niveau élevé de ceux-ci.

¹³ ACER/CEER, Retail Markets Monitoring Report, Ref. C17-MMR-83-02, 21 November 2017, p. 51.

marché dans ce qu'il a de plus efficace »¹⁴. Cette première appréciation ne peut toutefois conduire à écarter, par principe, le bien-fondé de toute forme de réglementation tarifaire: la volatilité des prix sur certains marchés, la nécessité de maintenir l'accessibilité de biens essentiels, les disparités territoriales sont autant de facteurs qui peuvent justifier le maintien de prix fixés par voie administrative.

Dans l'immédiat après-guerre, la France a établi un système général de réglementation sur les prix. Il reposait sur l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, qui fut complétée et précisée par des textes ultérieurs¹⁵. Ce texte instituait un régime très général et établissait de larges facultés d'interventions pour les ministères compétents: l'autorité administrative pouvait définir le prix de tout produit ou service, la détermination tarifaire s'appliquait à tous les échanges réalisés sur le territoire national et concernait à la fois les importations et les exportations¹⁶. La fixation pouvait se réaliser par la détermination en valeur absolue du prix lui-même, soit par l'établissement d'une majoration ou d'une diminution en valeur relative, soit encore par la fixation d'un taux de marge en valeur relative. D'autres mesures étaient également possibles : qualifiées de mesures accessoires, elles permettaient à l'autorité administrative d'agir sous la forme d'un contrôle préalable,

¹⁴ J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, p. 565 et s.

¹⁵ D'autres actes furent pris pour compléter cette ordonnance: Ord n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, qui constitua le volet pénal ; Décret n° 49-1473 du 14 novembre 1949 relatif à la coordination et à l'harmonisation des transports ferroviaires et routiers, Décret n° du 2 février 1981 relatif aux tarifs des services de transports publics d'intérêt local et des services de remontées mécaniques, Loi n° du 31 décembre 1970 sur l'eau, et de nombreux autres sectoriels.

¹⁶ V. la présentation d'ensemble et le contentieux afférent à cette ordonnance dans la thèse de M. HICHAM RASSAFI, -*Guibal, La notion de preuve économique. Essai sur les interactions entre le droit et l'économie en droits administratifs français et européens*, Valenciennes, 2016, p. 105 et s.

d'une obligation de communication des prix¹⁷ ou encore de la mise en place d'un système de compensation¹⁸.

Dans le cadre de cette réglementation, le juge administratif fut conduit à examiner les arrêtés de fixation des prix et à apprécier le contenu des mesures accessoires. Le fil directeur de sa jurisprudence consista essentiellement à préserver la marge de manœuvre de l'autorité administrative: l'opportunité économique d'une décision politique sortait du champ du contrôle et n'était pas susceptible d'être discutée par la voie contentieuse¹⁹. L'argumentation de l'administration destinée à justifier la réglementation échappait ainsi au contrôle du juge : elle s'imposait tel un fait économique, dissocié de l'examen de la légalité²⁰. Cet encadrement très général des prix, qui fut contesté par une partie de la doctrine²¹, tomba progressivement en désuétude et fut définitivement abandonné par l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Désormais, ainsi que cela a été précédemment souligné, l'article L. 410-2 du Code de commerce consacre un principe de liberté des prix.

Il n'en demeure pas moins que ce régime historique de réglementation tarifaire a significativement influencé le comportement des consommateurs par rapport à

¹⁷ CE, 8 décembre 1950, Confédération générale des petites et moyennes entreprises, Rec. p.605

¹⁸ Grâce auquel les entreprises qui vendaient à perte à cause des prix réglementés étaient financées par les entreprises qui réalisaient des bénéfices sur la base de ce prix: CE, 29 juin 1951, Syndicat de la raffinerie de soufre française, S.1952, 3, p. 33, concl. Barbier.

¹⁹ H. RASSAFI, *La notion de preuve économique*, op. cit. p. 108

²⁰ Ce qui mit en évidence en 1966 le professeur Michel Fromont, M. FROMONT, « *Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative* », AJDA 1966, p. 588.

²¹ V. l'ouvrage classique de A. DE LAUBADÈRE et P. DELVOLVÉ, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 5ème ed. 1986, p. 573, où les auteurs considèrent que cette réglementation fait peser une "chape de plomb" sur l'économie française.

l’approvisionnement en énergie : le régime des prix réglementés, conjugué au fait que le fournisseur de gaz et d’électricité fut jusqu’au début des années 2000 en situation de monopole et que les nouveaux entrants ont difficilement pénétré le marché interne, sont des facteurs qui ont contribué à une représentation commune, suivant laquelle les tarifs énergétiques seraient nécessairement réglementés et que cette réglementation serait bénéfique.

Le système général de fixation des prix ne fut jamais porté à la connaissance de la Cour de justice. Seule une législation spécifique sur le prix des livres donna lieu à un arrêt – l’affaire dite *Edouard Leclerc*²² –, par lequel elle considéra « qu’en l’état du droit communautaire » une telle législation n’est pas incompatible avec les règles de concurrence mais peut être constitutive d’une mesure d’effet équivalent à une restriction quantitative dans le cadre de la libre circulation des marchandises.

3. LE RENOUVELLEMENT D’UN CADRE D’ANALYSE DES PRIX RÉGLEMENTÉS SUR LE FONDEMENT DE L’ARTICLE 106§2 TFUE

La remise en cause de dispositifs généraux portant sur la réglementation des prix aurait pu faire croire à la disparition progressive du contentieux s’y rapportant. L’ouverture à la concurrence des marchés historiquement monopolistiques a pourtant généré un nouveau contexte normatif pour apprécier la légalité de ces réglementations.

Les directives applicables au secteur de l’énergie – directive 2009/73 pour le gaz, directive 2009/72 pour l’électricité²³ - prévoient la possibilité pour les Etats de maintenir

²² CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres contre SARL "Au blé vert"* et a., aff. 229/83, Rec. p. 1

²³ Ces deux directives sont actuellement en cours de refonte et la négociation des nouvelles directives est toujours en cours devant le Parlement européen, v. pour l’électricité, COM (2016) 861 final, Proposition de réglementation sur le marché intérieur de l’électricité et COM (2016) et COM (2017) 660 final, Proposal for a Directive amending directive 2009/73/CE concerning common rules for the internal market in natural gas.

des tarifs réglementés afin de satisfaire à la réalisation d'obligations de service public. Ainsi, pour le gaz, l'article 3§2 de la directive 2009/73 prévoit que les États, en lien avec l'article 106§2 du TFUE, peuvent « imposer aux entreprises opérant dans le secteur du gaz, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables et la protection du climat ». Une formulation strictement analogue figure à l'article 3§2 de la directive 2009/72 en matière d'électricité. Une contrainte, classique, doit être observée dans la détermination des obligations qui fondent la détermination des prix: elles doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires, vérifiables et garantissent un accès égal aux consommateurs nationaux.

Sur le fondement de ces dispositions, la France a conservé un régime de prix réglementés de vente dans les secteurs de l'énergie. Ainsi que cela a été souligné précédemment, il diffère du régime italien mais se rapproche de dispositifs existants en Pologne, Roumanie ou Bulgarie ; la différence tenant toutefois à la complexité du calcul du coût de l'approvisionnement et sur une tarification correspondant à des profits de consommation²⁴. Des articles du code de l'énergie organisent la détermination de ces prix et leurs modalités de fixation par le ministre de l'économie²⁵. Un contentieux, déjà substantiel, s'est progressivement développé au sujet de la formule suivie pour leur calcul et de leur

²⁴ Par exemple, les tarifs de vente de l'électricité sont distingués selon un "tarif bleu" (proposé aux consommateurs finals pour leurs sites raccordés en basse tension avec une puissance maximale inférieure ou égale à 36 kVA), un tarif "bleu plus" (en outre-mer), un tarif "jaune" (en extinction), un tarif "vert", applicable en cas de raccord en haute tension. V. Décision du 31 janvier 2018 relative aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, JORF du 1er février 2018.

²⁵ Art. L. 445-1 à L. 445-4 du Code de l'énergie pour les tarifs réglementés de vente du gaz; Art. L. 337-4 à 337-9 du Code de l'énergie pour les tarifs réglementés de l'électricité. Ces dispositions sont dérogoatoires à l'article L. 410-2 du code du commerce qui pose le principe de liberté des prix.

fourchette de variation par rapport au marché. Mais les deux arrêts ANODE du Conseil d'Etat s'inscrivent dans une perspective plus générale, dans la mesure où ils soulèvent la compatibilité même de ces régimes de vente avec le droit de l'Union lui-même.

Dans son important arrêt *Federutility*²⁶, la Cour de justice a posé un cadre général d'analyse afin d'apprécier la compatibilité d'une intervention étatique par la fixation de prix, en l'occurrence la pratique des prix de référence en Italie (v. infra). En cohérence avec les conclusions denses et fines de l'Avocat général Ruiz Jarabo Colomer, la Cour, dans cette affaire, a considéré que l'article 3§2 de la directive 2003/55 (qui a précédé la directive 2009/73) ne s'opposait pas à une législation nationale qui prévoit l'existence d'un prix de référence, à la triple condition qu'elle poursuive un intérêt économique général dont la détermination revient aux États, qu'elle ne porte pas atteinte à la libre fixation des prix de la fourniture du gaz naturel et qu'elle soit clairement définie, de manière transparente et non discriminatoire.

Par ce raisonnement, relativement proche de celui développé sur le terrain des libertés de circulation, la Cour a admis que l'article 106§2 puisse servir de justification à l'existence de prix réglementés, à condition qu'ils ne soient pas permanents et que leur champ d'application ne soit pas général. Mais cette faculté laissée aux États est enserrée dans une double contrainte, l'une, relativement peu contraignante, qui implique d'identifier une « cause d'intérêt économique général »²⁷, l'autre, plus rigoureuse, qui nécessite d'apprécier la proportionnalité du régime d'intervention avec les objectifs recherchés. En s'appuyant sur cet arrêt, la Commission a envisagé une action en manquement à l'égard de

²⁶ CJUE, gr. ch., 20 avril 2010, *Federutility e.a. contre Autorità per l'energia elettrica e il gas*, aff. C-265/08, Rec. p. I-3377; comm. Laurence Idot, Europe n° 6, juin 2010, comm. 206; STÉPHANE RODRIGUES, Concurrences n° 3-2010, rubrique Secteur Public 2-1.

²⁷ Conclusions de l'Avocat général DÁMASO RUIZ-JARABO Colomer présentées le 20 octobre 2009, aff. C-265/08, pt. 51.

la France (finalement écartée du fait de la modification du calcul du coût des prix réglementés)²⁸ et a porté une telle action récemment à l'égard de la Pologne²⁹.

Le cadre d'appréciation suivi dans l'affaire *Federutility* sera repris dans l'arrêt *ANODE* de la Cour de justice³⁰. La Cour y confirme le caractère par nature restrictif des prix réglementés: « une mesure d'intervention publique sur les prix de vente du gaz naturel est une mesure qui, par sa nature même, constitue une entrave à la réalisation d'un marché intérieur du gaz opérationnel »³¹. Pour conclure à l'entrave, deux niveaux d'analyse sont mobilisés, celui de la liberté de l'entreprise et celui du fonctionnement du marché. D'un côté, la possibilité pour certaines entreprises de se placer dans le jeu concurrentiel est limitée en ce qu'elles sont tenues de proposer des tarifs réglementés, une telle « limitation de leur liberté d'action sur le marché » est réputée affecter « le processus concurrentiel qui s'y déroule »³². D'un autre côté, le marché du gaz se trouve être fragmenté par l'existence de ces tarifs ; ainsi que l'indique l'Avocat général Mengozzi, « il existe nécessairement deux segments sur le marché, à savoir un segment «régulé» (...) dans lequel les prix du produit ou du service sont établis en dehors du jeu de la concurrence et un segment libre »

²⁸ Comm. UE, communiqué IP/12/542, 31 mai 2012

²⁹ CJUE, 10 septembre 2015, *Commission c. Pologne*, aff. C-36/14, ECLI:EU:C:2015:570. La Cour, en suivant le raisonnement systématisé dans l'affaire *Federutility*, constate l'incompatibilité de la législation incriminée, en relevant son caractère général, du fait de l'absence de distinction pour le recours aux tarifs réglementés suivant la situation des clients, résidentiels ou non, finals ou intermédiaires, industriels ou entreprises énergétiques.

³⁰ CJUE, 7 septembre 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, C-121/15.

³¹ Aff. C-121/15, pt. 27: « il convient, à cet égard, de rappeler qu'une mesure d'intervention publique sur les prix de vente du gaz naturel est une mesure qui, par sa nature même, constitue une entrave à la réalisation d'un marché intérieur du gaz opérationnel (voir arrêt du 20 avril 2010, *Federutility e.a.*, C-265/08, EU:C:2010:205 (pt. 35) ».

³² Aff. C-121/15, pt. 31.

³³. Incompatibles avec l'idée d'un marché intérieur du gaz naturel entièrement ouvert au jeu concurrentiel, l'imposition des prix et la segmentation des marchés sont dès lors conçues comme une forme d'intervention publique qui se situe, selon les termes utilisés par la Cour, « en dehors de la dynamique des forces de marchés »³⁴. Par ce raisonnement, la Cour semble adapter son cadre d'analyse traditionnel de l'entrave aux libertés de circulation. Alors que celle-ci, lorsqu'elle est indistinctement applicable, se définit au regard de la gêne, des freins, des limites que supporte un opérateur pour accéder à un marché³⁵, elle est ici envisagée suivant une appréhension qui est plus macroéconomique et qui renvoie au fonctionnement général du marché, à sa capacité à garantir que les prix soient exclusivement le résultat de l'offre et de la demande. Un tel raisonnement, qui, au-delà du gaz, à vocation à structurer le raisonnement contentieux pour contrôler les interventions tarifaires sur les marchés en réseau devrait certainement être affiné dans l'avenir.

L'affirmation du caractère restrictif des prix réglementés de vente s'accompagne de la reconnaissance d'une marge de manœuvre au profit des Etats pour identifier des motifs d'intérêt général de nature à justifier le maintien de ces mêmes tarifs. L'intérêt de l'arrêt *ANODE* de septembre 2016 est d'avoir élargi ces motifs en dépassant la liste a priori exhaustive des motifs d'intérêt général contenus à l'article 3§2 de la directive 2009/73. D'autres exigences peuvent être intégrées, telles que la cohésion territoriale et la sécurité des approvisionnements, mais leur admission nécessite une que la législation interne soit

³³ Conclusions de l'Avocat général PAOLO MENGOZZI, aff. C-121/15, pt. 35.

³⁴ Aff. C-121/15, pt. 29.

³⁵ V. la systématisation de la notion d'entrave indistinctement applicable, depuis l'arrêt *Säger* en matière de libre prestation de services; CJCE, 25 juillet 1991, MANFRED SÄGER, C-76/90, pt. 12: « [l'article 56 TFUE] exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues »

non discriminatoire et que les obligations de service public qui fondent l'institution de tarifs réglementés respectent le principe de proportionnalité, à savoir que l'intervention étatique aille au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs d'intérêt économique général qu'elle poursuit. Devant le Conseil d'Etat, l'enjeu a dès lors porté sur l'appréciation de cette exigence de proportionnalité.

4. L'EXAMEN DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DU GAZ: LE REJET DES JUSTIFICATIONS TIRÉES D'OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC (CE, 18 JUILLET 2018, ANODE, N° 370321)

Dans son arrêt du 19 juillet 2018, le Conseil d'Etat s'est appuyé sur l'argumentation suivie par la Cour de justice pour considérer que les articles contestés du code de l'énergie (art. L. 445-1 à L. 445-4), relatifs au marché du gaz, « constituent une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel »³⁶. Sur le terrain du contrôle de la justification, le Conseil d'Etat écarte trois objectifs, qui étaient avancés par le gouvernement: la sécurité de l'approvisionnement, la cohésion territoriale et la garantie de prix à un niveau raisonnable.

Le premier motif renvoie à l'équilibre des contrats d'approvisionnements conclus par les opérateurs auprès des producteurs étrangers (par ordre d'importance: Norvège, Russie, Pays-Bas, Algérie). La possibilité de garantir un seuil minimal de recettes par les prix réglementés permettrait aux opérateurs de se projeter sur les volumes et les prix d'achats du gaz, dans un contexte de forte volatilité du prix du gaz. Bien qu'il ne soit dénué de fondement, cet argument est rejeté au terme d'un raisonnement qui démontre, d'une part, que les dispositions du code de l'énergie ne sont pas aptes à atteindre l'objectif de sécurité et, d'autre part, que celles-ci révèlent un défaut de cohérence dans le mécanisme des prix

³⁶ A rapprocher de la formulation suivie par la Cour dans son arrêt ANODE, aff. C-121/15, pt. 27: « une mesure d'intervention publique sur les prix de vente du gaz naturel est une mesure qui, par sa nature même, constitue une entrave à la réalisation d'un marché intérieur du gaz opérationnel ».

réglementés. L'arrêt souligne que « le principal fournisseur historique s'approvisionne de manière prépondérante par le biais de contrats à long terme [couvrant 88% de la consommation totale des clients en 2013] » et que « cet état de fait ne résulte pas d'une obligation mise à sa charge par la loi, ni, à la date du décret attaqué, par le contrat de service public prévu par l'article L. 121-56 du code de l'énergie ». Le fait que les contrats de long terme couvrent la quasi-totalité des offres de l'opérateur (et non uniquement celles aux tarifs réglementés) révèle, à suivre le raisonnement, un défaut de corrélation entre la stabilité des recettes qui serait inhérent aux tarifs réglementés et l'équilibre recherché des contrats d'approvisionnement. En outre, la possibilité pour les consommateurs d'opter pour une offre de marché ne garantit pas une visibilité suffisante aux opérateurs.

Le motif tiré de la cohésion territoriale n'est guère admis par ailleurs. Cette justification renvoie essentiellement à une exigence d'équité tarifaire sur l'ensemble du territoire, dans la mesure où, selon le ministre, les tarifs réglementés permettraient de garantir une harmonisation des prix. En l'absence de tels tarifs, celle-ci pourrait être remise en cause, d'une part, car les coûts d'éloignement du transport du gaz diffèrent selon les territoires, d'autre part, en raison d'une congestion des capacités de transport de gaz du Nord vers le Sud de la France, susceptible de renchérir les prix. De son côté, la Cour a pleinement reconnu la possibilité d'avancer un argument lié à la cohésion territoriale, en relevant, dans la lignée de son avocat général, qu'il y a, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, à l'origine d'un nouveau protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, un « nouveau contexte », qui justifie de faire évoluer l'interprétation de l'intérêt général³⁷. Suivant un raisonnement similaire à celui précédemment développé pour la sécurité des

³⁷ Aff. C-121/15 : « il résulte de ce qui précède que le droit de l'Union, et notamment l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/73, lu à la lumière des articles 14 et 106 TFUE, permet aux États membres d'apprécier si, dans l'intérêt économique général, il y a lieu d'imposer aux entreprises intervenant dans le secteur du gaz des obligations de service public portant sur le prix de fourniture du gaz naturel afin, notamment, d'assurer la sécurité de l'approvisionnement et la cohésion territoriale, sous réserve que toutes les autres conditions que cette directive prévoit soient remplies ». L'expression « nouveau contexte » est employée par l'Avocat général Mengozzi dans ses conclusions (pt. 44).

approvisionnement, l'arrêt écarte ce motif, en énonçant (§ 13) que « la réglementation prévue aux articles L. 445-1 et suivants du code de l'énergie ne peut être regardée comme visant l'objectif d'harmoniser le prix du gaz sur l'ensemble du territoire national ». On peut y voir une appréciation du défaut d'aptitude de la mesure à atteindre l'objectif, notamment car la tarification instituée par l'article L. 445-3 n'est pas uniforme et laisse subsister d'importantes différences tarifaires selon les territoires. Surtout, comme pour les approvisionnements, il semble que ce soit l'incomplétude de la base légale et l'absence d'un droit au raccordement au réseau de gaz qui emporte la mise à l'écart de la justification : « à la différence de l'électricité qui, en application de l'article L. 121-1 du code de l'énergie est, « un produit de première nécessité » faisant l'objet d'un approvisionnement « sur l'ensemble du territoire national », le gaz, auquel d'autres sources d'énergie sont substituables, ne constitue pas un bien de première nécessité » (§ 13).

Enfin, le motif lié à la préservation de prix raisonnable n'est pas non plus accepté. Il peut être susceptible de justifier les prix réglementés car ceux-ci sont calculés par référence aux coûts supportés par les fournisseurs historiques. Pour l'écarter, l'arrêt ne renvoie plus ici à l'incomplétude ou au défaut de l'obligation de service public, mais, de manière plus technique, aux modalités de calcul des prix réglementés. Dans la mesure où ceux-ci sont calqués sur les coûts d'approvisionnement, ils suivent nécessairement le prix du marché de gros du gaz, qui est très volatil. Il s'en suit une certaine instabilité de ces prix, qui contraste avec le caractère plus stable des offres de marché, et qui fait obstacle à l'admission de la justification. Toutefois, a contrario, cet argument serait-il recevable si la formule de calcul des tarifs réglementés (du gaz ou de l'électricité) venait à évoluer? La réponse n'est guère évidente. On pourrait le cas échéant l'admettre, à condition que le prix ainsi fixé ne soit pas artificiellement plus bas que le prix de marché (il servirait en quelque sorte d'étalon) et que son mode de calcul garantisse une certaine stabilité (par exemple en envisageant la valeur d'un panier d'énergies, gaz, électricité, pétrole).

Dans le raisonnement développé pour chacun de ces motifs, le Conseil d'Etat se limite à rejeter les motifs de justification, sans procéder véritablement à un contrôle de proportionnalité: l'arrêt apprécie conjointement des objectifs d'intérêt économique général (qui servent de motifs de justification) et l'aptitude des prix réglementés à les réaliser,

« sans qu'il soit besoin de s'interroger sur le caractère proportionné de la réglementation » (§ 15 de l'arrêt). Ce faisant, il n'a pas développé pas l'intégralité du contrôle de proportionnalité tel qu'il est conçu par la Cour (en n'abordant pas les différentes facettes du contrôle de nécessité) et, surtout, à la différence de celle-ci, l'arrêt conçoit le contrôle de l'aptitude comme allant de pair avec l'identification de l'objectif d'intérêt général et non comme faisant partie de l'examen global de proportionnalité. Tout autre fut son raisonnement pour apprécier les tarifs de vente de l'électricité.

5. L'EXAMEN DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DE L'ÉLECTRICITÉ: LA JUSTIFICATION POSSIBLE TIRÉE DE LA STABILITÉ DES PRIX (CE, 19 MAI 2018, ANODE, N° 413688)

En tant que source d'énergie, l'électricité présente des différences significatives par rapport au gaz naturel: elle est distribuée sur l'ensemble du territoire (alors que le gaz est distribué, en France, dans un tiers des communes), tous les foyers en sont nécessairement équipés et il s'agit d'un bien de première nécessité dont l'usage ne peut être substitué. En outre, il s'agit d'un bien qui ne peut être stocké (ou très difficilement) et l'équilibre entre l'offre et la demande doit pouvoir être assuré à tout moment par la mise en œuvre de capacités de production supplémentaires.

Ces considérations sont de nature à expliquer la différence de raisonnement pour apprécier les tarifs de vente du gaz et de l'électricité. Si le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 19 mai 2018, reprend le même cadre de raisonnement et mobilise, à ce titre, les solutions dégagées par la CJUE dans les arrêts Federutility et ANODE, il n'en tire pas du tout les mêmes conséquences. Son raisonnement est beaucoup plus fin et précis s'agissant de la mise en œuvre du principe de proportionnalité : là où, pour le gaz, il faisait coïncider l'examen du motif de justification (cohésion territoriale, stabilité des prix, équilibre des contrats d'approvisionnement) avec l'examen de l'aptitude de la mesure ; pour l'électricité, il procède à une mise en œuvre bien plus étayée de la proportionnalité, en identifiant un objectif d'intérêt économique général puis examine le respect du principe en tant que tel, en appréciant le champ de la réglementation en cause, ses bénéficiaires, l'absence de mesures

moins contraignantes et les garanties de transparence et d'accessibilité qui s'attachent au régime des tarifs réglementés.

S'agissant du motif retenu, le Conseil d'Etat retient comme objectif d'intérêt économique général l'exigence de stabilité des prix. Il s'agit d'une justification distincte de celle avancée par le gouvernement, qui préconisait de retenir le critère du maintien du prix de fourniture de l'électricité à un niveau stable et raisonnable afin de protéger le consommateur. A l'appui de sa motivation, et en s'appuyant sur des mesures d'instruction, la haute juridiction administrative met en avant la volatilité des tarifs de l'électricité, qui peuvent varier de 25 à 60€ par mégawattheure en quelques mois. Cette volatilité s'explique, à suivre l'arrêt, par la structure des coûts de fourniture de l'électricité qui sont appréciés par empilement de plusieurs composantes du prix. Le fondement ainsi retenu fait sens mais peut surprendre, d'une part, car la stabilité des prix aurait également pu justifier le maintien de tarifs réglementés pour le gaz (ce que le Conseil d'Etat a rejeté), d'autre part, car les offres commerciales – tant de l'opérateur historique que des nouveaux entrants – sont très souvent inférieures aux prix réglementés et se caractérisent par une permanence tarifaire. Aussi, l'on ne manquera pas de s'interroger sur l'opportunité de ce motif : soit le Conseil d'Etat souhaite préserver l'équilibre dans un secteur de l'énergie en mutation alors même que les approches macro et micro économiques annoncent l'obsolescence du mécanisme tarifaire, soit cette qualification permet de donner sens au fait que la fourniture d'électricité soit associée à des obligations de service public.

Sur le terrain de la mise en œuvre de la proportionnalité, l'arrêt du 19 mai 2018 fait montre d'une appréciation relativement conciliante. En faisant une exacte application des différents paramètres qui composent l'examen de la proportionnalité – champ d'application de la réglementation par rapport à la nature et à la consommation des usagers, durée dans le temps, absence de mesures moins contraignantes, caractère non-discriminatoire, prévisible et transparent du régime -, le Conseil fait droit à la requête de l'ANODE et annule la décision ministérielle contestée, qui fixait en 2017, les tarifs

réglementés de l'électricité. De manière prévisible, certaines étapes du test général de proportionnalité ne sont pas franchies : il n'existe aucune limitation dans le temps de l'offre de tarifs réglementés et celle-ci est proposée à tous les petits consommateurs³⁸ ainsi que dans des zones non interconnectées. Mais, à la différence notable du gaz, le Conseil d'Etat considère que le dispositif de réglementation vérifie le critère de nécessité, en ce sens qu'il n'existe pas, à le suivre, de mécanisme qui permettrait d'atteindre, de la manière analogue, l'objectif de stabilité des prix, à le suivre, « la suppression des tarifs réglementés risquerait ainsi d'entraîner une augmentation de la volatilité des prix qui, compte tenu des caractéristiques intrinsèques du marché de l'électricité, ne peut être encadrée de manière appropriée par des mesures temporaires » (§30). Aussi, « une réglementation générale du prix de vente au détail doit être regardée comme proportionnée à l'objectif de stabilité des prix, sous réserve qu'elle prévoie (...) un, réexamen période de la nécessité de l'intervention étatique sur les prix de vente au détail ».

Ce raisonnement, qui repose sur une mise œuvre fine des différents paramètres de la proportionnalité, conduit à le Conseil à prononcer une annulation essentiellement symbolique. La décision instituant la réglementation est annulée en ce qu'elle repose sur un champ excessivement large et sur une durée insuffisamment limitée, mais le principe même des prix réglementés n'est pas sanctionné. La satisfaction de l'association requérante est dès lors essentiellement platonique³⁹ : elle obtient gain de cause par l'annulation de la décision qui institue les prix réglementés pour une durée de un an, mais elle échoue à obtenir un constat d'incompatibilité général de ces prix avec le droit de l'Union. C'est là une différence majeure avec l'arrêt du 19 juillet 2017 portant sur les prix du gaz.

³⁸ Dont la puissance souscrite est inférieure ou égale à 36 kilovoltampères.

³⁹ V. en sens le commentaire de CLAUDIE BOITEAU, « *Les tarifs réglementés de vente de l'électricité: enjeux et limites* », RFDA 2018, p. 686.

6. UN ENJEU COMMUN SUR LE TERRAIN DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL: L'EXAMEN DE PROPORTIONNALITÉ

Au-delà des enjeux propres aux sources énergétiques, l'intérêt de deux arrêts rendus de manière rapprochée par le Conseil d'Etat tient à la diversité des formes d'appropriation du principe de proportionnalité. La mise en avant de ce principe dans le raisonnement du juge peut surprendre, si l'on a à l'esprit les rapports et prises de position du régulateur européen (ACER) ou des institutions qui remettent en cause les tarifs réglementés sous le prisme exclusif des barrières à l'entrée et des dysfonctionnements du marché. Mais le raisonnement, tant de la Cour que du Conseil d'Etat, paraît relativement hermétique à ces analyses: pour les juridictions, l'enjeu est de maintenir une unité d'interprétation des mesures considérées comme restrictives, dans le champ spécifique de l'article 106§2 TFUE.

En effet, un défi contemporain du droit économique européen, qu'il s'agisse des libertés de circulation, des marchés régulés ou du droit de la concurrence, consiste à intégrer et à préserver des impératifs de solidarité dans le champ du marché. Dans la mesure où la Cour a façonné son raisonnement par la dialectique de l'entrave et de la justification, elle ajuste ce champ en modulant son contrôle dans le cadre de l'appréciation de la justification de la mesure, en adaptant la mise en œuvre du principe de proportionnalité. Son application dans le cadre de l'article 106§2 est particulièrement délicate, dans la mesure où, selon une formule constante de la Cour, il vise « à concilier l'intérêt des Etats membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou sociale, avec l'intérêt de l'Union au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun »⁴⁰. Bien

⁴⁰ Cette formule est employée avec constance depuis l'affaire dite des terminaux de télécommunication, CJCE, 19 mars 1991, *France c. Commission*, aff. C-202/88, Rec. p. I-1259, pt. 12 (annulation partielle de la directive 88/301/CEE de la Commission relative à la concurrence dans les marchés terminaux de télécommunication). Elle est rappelée dans l'arrêt ANODE de la Cour (pt. 42) et fut également employée dans l'arrêt Federutily (pt. 28).

qu'elle soit quelque peu « caricaturale »⁴¹, une telle lecture justifie que le juge soit amené à justifier des interventions étatiques, sous forme de droit exclusifs ou plus exceptionnellement de prix, dans le champ concurrentiel. Le corollaire d'une telle possibilité de justification est la nécessité d'adapter le raisonnement contentieux à la spécificité des marchés et des entreprises couverts par l'article 106§2, qui sert de référence pour l'interprétation des dispositions de droit dérivé spécifiques à un marché sectoriel, telle que la directive 2009/73.

Or, l'une des difficultés qui résulte des arrêts de la Cour de justice (*Federutiliy*, puis *ANODE*), sur lesquels le Conseil d'Etat s'est nécessairement inspiré pour développer sa propre appréciation au fond, tient à la densité du contrôle de proportionnalité qui est envisagé⁴². En effet, le raisonnement de la Cour associe à l'examen de la proportionnalité des exigences classiques tirées du contentieux des libertés de circulation (appréciation de l'aptitude de la mesure, de sa nécessité) et des considérations qui rappellent la mise en œuvre du principe de transparence en présence d'un droit exclusif, telles que la définition à l'avance des obligations, leur caractère non discriminatoire et contrôlable. Par ailleurs, le contrôle de nécessité semble lui-même reposer sur des opérations distinctes. Il s'agit, tout d'abord, d'apprécier un excès de généralité de la mesure, à la fois dans le temps (le tarif est-il proposé de manière illimitée ou enserré par une durée maximale) et au regard de ses bénéficiaires (existe-t-il des différences selon les catégories de clients). Il convient, ensuite,

⁴¹ Selon l'heureuse expression du PR. FABRICE PICOD, « *Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur* », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 767.

⁴² Aff. C-121/15, pt. 55 : « le respect du principe de proportionnalité implique, premièrement, que la mesure en cause soit susceptible de garantir la réalisation de l'objectif d'intérêt économique général envisagé » ; deuxièmement, « que la durée de l'intervention étatique sur les prix doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi » (pt 60) ; troisièmement, « la méthode d'intervention mise en œuvre ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour (pt 64) ; quatrièmement « l'exigence de nécessité doit également être appréciée au regard du champ d'application personnel de la mesure en cause et, plus précisément, de ses bénéficiaires » (pt 67).

de rechercher une éventuelle disproportion dans la détermination des prix, en veillant à identifier la composante du prix du gaz sur laquelle une intervention est nécessaire⁴³. Telle n'est pas le cas de la méthode suivie en France, qui repose sur un principe de couverture des coûts complets du fournisseur historique par application d'une formule représentative de ses coûts d'approvisionnement. A l'inverse, dans l'arrêt *Federutility*, la Cour avait considéré que la composante du prix, susceptible d'être réglementée et faire l'objet d'une récupération, était celle directement influencée par la fluctuation du prix du pétrole.

En décortiquant le raisonnement, il apparaît que la Cour, sans l'afficher clairement, cherche à faire coexister plusieurs rationalités dans son contrôle: celle des libertés de circulation (en appréciant l'aptitude et la nécessité de la mesure par rapport à son champ matériel et temporel) ; celle du principe de transparence, qui implique d'apprécier la prévisibilité du régime et l'absence de caractère discriminatoire ; celle du droit de la concurrence, qui constitue le cadre de référence principal des marchés régulés, en envisageant les conséquences de la mesure d'intervention sur la formation des prix du marché (ce qui ressort de l'analyse de la nature des coûts).

Au regard de la complexité et des enjeux économiques des marchés sectoriels de l'énergie, l'on peut comprendre la nécessité de recourir à un contrôle si fin et si précis au titre de la proportionnalité. Elle peut également se justifier au regard de complexité des contrats que les consommateurs finaux sont amenés à conclure avec les fournisseurs, qui comprennent des clauses souvent peu lisibles et guère transparentes.

Toutefois, compte tenu de la volonté de l'Union de préserver les spécificités des SIEG⁴⁴, l'on peut aussi se demander s'il ne serait pas temps de clarifier et de simplifier le

⁴³ Aff. C-121/4, pt. 66 et 67.

⁴⁴ On pense ici à la reformulation de l'article 14 du TFUE (ex. art. 16 TCE) consécutivement au traité de Lisbonne : « eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ

raisonnement suivi sur le terrain de l'article 106§2⁴⁵. S'il ne s'agit pas, dans cet article général, de proposer une nouvelle approche, l'on peut toutefois envisager un contrôle qui combinerait un examen de proportionnalité centré sur l'exigence de cohérence. A ce titre, il serait possible d'envisager un contrôle qui associe, d'une part, un examen de proportionnalité centré sur l'exigence de cohérence et de systématique (qui permet au juge, ainsi que cela s'observe dans des contentieux sectoriels tels que les droits exclusifs ou encore les jeux, de vérifier le caractère indissociable entre une obligation et l'équilibre économique d'une activité⁴⁶), d'autre part, une appréciation de l'atteinte concurrentielle pour la présence de nouveaux opérateurs sur le marché en réseau.

En l'absence d'une telle clarification, il faut s'attendre à ce que des interprétations divergentes – y compris par une même juridiction – continuent de se développer dans les contentieux économiques associé à l'article 106§2. S'il en résulte une marge de manœuvre relativement conséquente (et au demeurant nécessaire) pour les juridictions nationales, cette situation peut également conduire à un risque d'éparpillement et à des solutions contradictoires.

d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ».

⁴⁵ F. PICOD, op. cit., « *Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur* ».

⁴⁶ V. ainsi récemment, dans le cadre de l'appréciation d'un SIEG qui porterait sur une activité de contrôle et de prévention du feu, CJUE, 23 décembre 2015, GEBHART HIEBLER c. WALTER SCHLAGBAUER, aff. C-293/14, ECLI:EU:C:2015:843, pt. 70.