



Avis n° 08-A-04 du 8 avril 2008
relatif à un projet de décret concernant la fourniture de gaz naturel
au tarif spécial de solidarité

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 2 janvier 2008 sous le numéro 08/0002 A, par laquelle le ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-2 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu la loi 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ;

Vu la loi 2003-8 du 3 janvier 2003 relative au marché du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, modifiée par la loi 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant du ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, entendus lors de la séance du 19 mars 2008 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations suivantes :

1. Le ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables soumet au Conseil de la concurrence pour avis préalable, un projet de décret sur le « *tarif spécial de solidarité* » relatif au gaz naturel (ci-après « *tarif social gaz* ») pris en application du cinquièmement de l'article 7 de la loi 2003-8 du 3 janvier 2003 modifiée.
2. Le Conseil de la concurrence est saisi sur le fondement de l'article 7, premièrement, de la loi de 2003 qui renvoie expressément à l'article L. 410-2 du code de commerce, prévoyant un avis préalable obligatoire du Conseil pour toute fixation de prix par voie réglementaire.
3. Parallèlement, le ministre accompagne sa saisine d'une question particulière posée au Conseil : « *une des conditions de réussite de la mise en place du tarif social passe vraisemblablement par la gestion déléguée du dispositif à un organisme agissant pour le compte des fournisseurs de gaz naturel. (...) Il apparaît qu'une grande majorité des fournisseurs de gaz est favorable à un organisme centralisateur. L'avis du Conseil de la concurrence sur la compatibilité d'un tel mode de gestion avec le droit de la concurrence serait particulièrement apprécié* ».

I. Le cadre juridique pour la mise en place d'un tarif social

4. La possibilité d'instaurer un tarif social figure parmi les obligations de service public qu'en application de l'article 3 de la directive européenne du 26 juin 2003 relative au gaz, un État membre peut imposer aux entreprises du secteur : « *les États membres prennent les mesures appropriées pour protéger les clients finals et assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, et veillent en particulier à garantir une protection adéquate aux clients vulnérables, y compris en prenant les mesures appropriées pour leur permettre d'éviter l'interruption de la fourniture de gaz (...)* ».
5. Le même article 3 de la directive gaz définit le cadre des obligations de service public susceptibles d'être fixées par un Etat membre aux opérateurs gaziers.
6. Les obligations de service public doivent être conciliées avec les règles du droit de la concurrence (article 86 du traité européen), en présentant un caractère proportionné entre leur nécessité pour réaliser l'objectif recherché et les restrictions apportées au jeu de la concurrence. Parallèlement, les obligations doivent être définies clairement, transparentes, non discriminatoires, contrôlables et garantir un égal accès aux consommateurs nationaux pour toute entreprise gazière de l'Union européenne.
7. En droit national, l'article 7/V de la loi 2003-8 du 3 janvier 2003 a instauré un tarif social pour la fourniture de gaz naturel aux personnes à faibles ressources, avec le « *tarif spécial de solidarité* ».
8. Le tarif social gaz est défini dans les termes suivants : « *les clients domestiques ayant droit à la tarification spéciale 'produit de première nécessité' mentionnée à l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 [relative au service public de l'électricité] bénéficient également, à leur demande, pour une part de leur consommation, d'un tarif spécial de solidarité applicable à la fourniture de gaz naturel et aux services qui lui sont liés (...)* ».

9. Pour la mise en œuvre du tarif social gaz, le dispositif déjà mis en place pour l'électricité est donc repris, dans la mesure où il est compatible avec les spécificités de l'énergie gaz : « *les modalités d'application de la tarification spéciale 'produit de première nécessité' prévues au dernier alinéa du I du même article 4 sont applicables à la mise en place du tarif spécial de solidarité, notamment pour la transmission des fichiers aux fournisseurs de gaz naturel. Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent V, en particulier pour les clients domestiques résidant dans un immeuble d'habitation chauffé collectivement.* »
10. Le tarif spécial de l'électricité avait donné lieu à un avis du Conseil (avis n° [02-A-13](#) du 23 octobre 2002) avant la prise de son décret d'application, devenu le décret 2004-535 du 8 avril 2004. Dans cet avis, le Conseil avait validé le projet de texte présenté, sa seule réserve portant sur le choix d'EDF pour gérer le fonds de compensation destiné à couvrir les coûts de ce tarif spécial, exposés par les différents fournisseurs d'électricité. Cette réserve a été prise en compte par le texte définitif.

II. Analyse concurrentielle du projet de décret

11. La loi de 2003 crée un tarif social du gaz, sous condition de ressources, tenant compte du nombre de personnes composant le foyer, et limité à une partie de la consommation de gaz.
12. Sur ces bases, le projet de décret d'application soumis au Conseil met en place une remise annuelle d'un montant forfaitaire, qui est déduite de la facture du bénéficiaire du tarif social.

Consommation par an :	< 1000 kWh	< 6000 kWh	> 6000 kWh	chauffage collectif
Nombre d'unités de consommation :				
- une	15 €	45 €	65 €	50 €
- moins de 2	20 €	60 €	85 €	65 €
- plus de 2	25 €	75 €	105 €	80 €

13. Selon les estimations du ministre, le tarif social gaz concernerait potentiellement 755 000 personnes, soit 7 % du nombre total de clients domestiques, et coûterait de 35 à 56 M€ par an, selon le nombre de bénéficiaires qui exerceront effectivement leurs droits. Le précédent du tarif social de l'électricité montre, en effet, que la totalité des ayants droit n'exerce pas leurs droits, avec dans le cas de l'électricité 650 000 bénéficiaires effectifs pour 1 million d'ayant droits.
14. Le choix d'une remise forfaitaire sur le montant de la facture différencie le tarif social gaz de celui de l'électricité, pour lequel un abattement en pourcentage est appliqué à la facture (de 30, 40 ou 50 % selon le nombre de personnes du foyer). Autre différence, la remise est différenciée selon le volume consommé dans l'année, tandis que l'abattement pour le tarif social électricité s'applique dans la limite d'un plafond unique de consommation fixé à 100 kWh par mois.

15. L'application d'une remise forfaitaire présente l'avantage de procurer au consommateur une aide identique, quel que soit le prix de vente pratiqué et le fournisseur. Sans qu'il soit nécessaire pour le Conseil de trancher la question de savoir si un tel dispositif revêt le caractère d'une aide à la personne ou d'un tarif, il convient d'analyser son impact concurrentiel sur l'expression de l'offre et la demande.

1. LA PRISE EN COMPTE DES DIFFERENTS BENEFICIAIRES

16. La difficulté de mise en oeuvre du tarif social gaz provient du cas du chauffage collectif au gaz. Les consommateurs satisfaisant les conditions de ressources n'ont en effet pas de lien contractuel avec le fournisseur de gaz, qui ne les connaît donc pas. Or, la loi a expressément ouvert le bénéfice du tarif social aux personnes résidant dans un immeuble dont le chauffage collectif est au gaz : *« un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent V, en particulier pour les clients domestiques résidant dans un immeuble d'habitation chauffé collectivement »*.
17. Le projet de décret distingue donc deux cas de figure. Les fournisseurs de gaz appliquent une remise forfaitaire annuelle de 15 à 105 euros sur la facture pour les bénéficiaires du tarif social détenant un contrat individuel (article 4), ou paient directement aux bénéficiaires une somme forfaitaire de 50 à 80 euros dans le cas d'un chauffage collectif au gaz (article 6), sachant, par ailleurs, que l'aide versée au titre du chauffage collectif n'apparaît pas exclusive de l'obtention de la réduction au titre d'un contrat individuel d'approvisionnement en gaz naturel pour un usage de cuisson ou de chauffage de l'eau.
18. Concernant le volet demande, le projet de décret ne pose pas de difficultés au regard des règles de concurrence. La rédaction actuelle de l'article 6 appelle toutefois l'ajout de deux précisions formelles : l'indication que la durée d'application du tarif social est d'un an, comme celle du contrat relatif à la fourniture individuelle ; l'extension au cas où le bénéficiaire, au titre du chauffage collectif, est propriétaire de son logement.

2. L'ABSENCE DE DISCRIMINATION ENTRE LES FOURNISSEURS

19. Le tarif social est applicable quel que soit le fournisseur de gaz, GDF ou un nouvel opérateur, puisque l'initiative de demander ce tarif appartient au seul usager susceptible d'en bénéficier suivant les termes de la loi de 2003 repris à l'article 1er du projet de décret : *« le bénéfice du tarif spécial de solidarité applicable à la fourniture de gaz naturel, est ouvert sur leur demande et pour leur résidence principale, aux personnes ayant droit à la tarification spéciale 'produit de première nécessité' mentionnée à l'article 1^{er} du décret du 8 avril 2004 susvisé »*.
20. Concrètement, l'éventualité d'une discrimination entre les fournisseurs ne se pose pas à court terme, étant donné que la quasi-totalité des particuliers sont restés aux tarifs réglementés et ne peuvent s'adresser qu'à un seul fournisseur possible : GDF ou l'un des 21 distributeurs publics locaux.

21. Les données de l'observatoire de la CRE montrent en effet qu'au 30 septembre 2007 :
- 10 686 700 clients particuliers se fournissaient aux tarifs réglementés auprès des opérateurs historiques (GDF et distributeurs locaux),
 - 7 100 aux conditions du marché libre auprès de ces mêmes opérateurs,
 - et 6 200 auprès des 3 nouveaux fournisseurs actifs sur le marché des particuliers (EDF, Altergaz, Poweo).
22. En outre, les tarifs réglementés dans leur forme actuelle sont maintenus jusqu'au 1^{er} juillet 2010 par la loi 2008-68 du 21 janvier 2008, qui a modifié en ce sens l'article 66-1 de la loi énergie du 13 juillet 2005 : *«un consommateur final domestique de gaz naturel qui en fait la demande avant le 1^{er} juillet 2010 bénéficie des tarifs réglementés de vente de gaz naturel pour la consommation d'un site, à condition qu'il n'ait pas lui-même fait usage, pour ce site, de la faculté prévue à l'article 3 précité».*

a) Le cas des bénéficiaires ayant un contrat individuel de fourniture du gaz

23. La réduction forfaitaire tient compte de la consommation du bénéficiaire en distinguant trois plages de consommation, qui reprennent les seuils de consommation définissant les tarifs réglementés distribués par GDF et les opérateurs publics locaux.
24. Le projet de décret ne précise pas si les plages de consommation données correspondent à la puissance souscrite par le consommateur auprès de son fournisseur ou à un relevé de sa dernière consommation effective.

plages de consommation fixées pour le tarif social	réduction conférée par le tarif social	tarif réglementé équivalent
- moins de 1 000 kWh/an	15 à 25 €	Base / usage cuisson
- 1 000 à 6 000 kWh/an	45 à 75 €	B 0 / cuisson et eau chaude
- plus de 6 000 kWh/an	65 à 105 €	B 1 / chauffage individuel

25. Les seuils de consommation choisis pour déterminer le montant de l'aide présentent l'avantage de correspondre aux tarifs les plus largement répandus et notamment aux paliers tarifaires des tarifs régulés de Gaz de France, ce qui permettra aux consommateurs d'apprécier facilement l'aide obtenue par rapport à leur dernière facture. Mais le choix des seuils de consommation des tarifs réglementés a pour effet d'inciter le consommateur à se référer aussi aux prix des tarifs réglementés pour établir son appréciation.
26. En faisant l'hypothèse que la fourniture de gaz aux bénéficiaires du tarif social constitue un segment de marché profitable, un fournisseur concurrent des opérateurs historiques devra non seulement positionner ses offres par rapport aux tarifs réglementés, mais encore adopter les mêmes seuils que ceux de cette grille tarifaire, alors qu'il serait souhaitable d'inciter à un développement de la compétition sur le prix de vente et les services associés offerts au consommateur en facilitant la dissociation des tarifs des nouveaux opérateurs de ceux réglementés. L'effet de cet alignement sur la structure des tarifs réglementés restera néanmoins très limité en pratique puisque les opérateurs alternatifs ont déjà tendance à proposer des offres tarifaires structurées de manière à pouvoir être comparées aux tarifs réglementés.

b) Le cas du chauffage collectif

27. La fourniture des chaufferies d'immeuble représente le cas de figure le plus probable où pourrait exister un enjeu concurrentiel. L'importance des volumes en cause, la présence d'interlocuteurs professionnels (syndics ou organismes HLM) et l'éligibilité ancienne d'au moins une partie de ces clients (datant de l'ouverture à la concurrence du marché du gaz pour les clients professionnels au 1^{er} juillet 2004), font en effet des chaufferies collectives une clientèle intéressante pour un nouvel opérateur.
28. Les fournisseurs concurrents de GDF devront connaître les éventuels bénéficiaires du tarif social lors de la reprise à GDF d'un contrat de fourniture de chaufferie collective. Il ne faudrait donc pas que les droits, ouverts ou réglés aux bénéficiaires du tarif social au titre de l'année en cours, constituent une entrave à l'exercice de cette mobilité concurrentielle, ce qui implique de prévoir l'adoption de règles de partage appropriées, entre les deux opérateurs concernés, du montant de l'aide pour l'année en cours.
29. Le mode de fonctionnement envisagé consiste à dissocier le versement de l'aide et la facturation du gaz livré à une chaufferie collective, selon le déroulement suivant. Les organismes sociaux adressent chaque mois aux fournisseurs la liste des ayants droit au tarif social, les fournisseurs envoient une attestation à compléter à leurs clients concernés et, au retour de cette attestation, paient l'aide annuelle de 50 à 80 €. L'aide est donc gérée en flux, les nouveaux bénéficiaires étant réglés continûment en cours d'année, et non sous la forme d'un stock de bénéficiaires qui serait déterminé et payé une fois par an, ce qui aurait laissé au dernier fournisseur en place la charge du paiement annuel de l'aide alors qu'il n'aurait facturé la chaufferie que moins d'un an.
30. Le seul risque apparent pour la concurrence tient à la situation d'un fournisseur qui perdrait en cours d'année la clientèle de la chaufferie et supporterait l'avance en trésorerie de l'aide, alors qu'il ne facture plus la chaufferie et n'a pas encore été remboursé par le fonds de compensation de l'aide versée.
31. Le problème éventuel apparaît ainsi extérieur à la fourniture de gaz à la chaufferie et porte sur le versement de la compensation.

3. L'EVENTUALITE D'UNE DISCRIMINATION ENTRE LES FOURNISSEURS CONCERNANT LE MODE DE FINANCEMENT DU TARIF SOCIAL

32. La fourniture de gaz au tarif social se traduira par un manque à gagner pour le fournisseur, dans le cas d'un bénéficiaire ayant un contrat individuel, et d'une avance de trésorerie par le fournisseur, dans le cas du chauffage collectif.
33. Pour ne pas créer une distorsion de concurrence entre les fournisseurs réalisant des ventes au tarif social et ceux n'en ayant pas, il convient d'assurer un dédommagement intégral des opérateurs concernés, avec une égalité de traitement de tous les fournisseurs de gaz, actuels et futurs, quant à la charge inhérente au tarif social, son financement et ses modalités d'indemnisation.

34. Le manque à gagner et les frais pour les fournisseurs résultant du tarif social font l'objet d'une compensation intégrale instituée par l'article 16-2 de la loi de 2003. Son financement est réalisé par le versement d'une cotisation de chaque fournisseur sur ses volumes de gaz commercialisés annuellement, dont le produit est versé à un fonds dédié ouvert à la Caisse des dépôts.

a) La nature juridique de la contribution exclut les discriminations entre les fournisseurs quant au mode de financement

35. La contribution destinée au financement du tarif social est assise sur les ventes de gaz au consommateur final, avec la fixation du taux annuel de contribution par le ministre, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie au vu des charges prévues.
36. La totalité des volumes de gaz vendus sur le territoire national est assujettie à la contribution, sans tenir compte de l'usage final, domestique ou professionnel, fait de ces volumes. Tous les fournisseurs de gaz naturel actifs sur le marché français sont donc redevables de la contribution pour toute leur clientèle.
37. La contribution présente ainsi des caractéristiques similaires à un prélèvement de nature fiscale, créé par la loi, ayant un objet d'intérêt général, payé de façon obligatoire et dépourvu de contrepartie directe pour les fournisseurs.
38. Une solution de nature fiscale présente l'avantage d'être neutre pour le jeu de la concurrence.

b) L'enveloppe financière maximale affectée par la loi à la compensation

39. La loi de 2003 plafonne le produit de la contribution sur les ventes de gaz - et donc de fait le coût du tarif social - à l'équivalent de 2 % du tarif réglementé, hors abonnement et hors taxes, du kilowattheure vendu à un consommateur final domestique chauffé individuellement au gaz naturel. Cette définition du plafond de ressources correspond au chiffre d'affaires réalisé par GDF et les distributeurs locaux pour les ventes aux particuliers au tarif réglementé B1.
40. Une estimation de la recette maximale disponible pour la compensation peut être établie à partir des résultats de GDF, étant donné que l'opérateur historique fournit 95 % du gaz vendu aux particuliers. En 2005, l'équivalent de 2 % des ventes réalisées au tarif B1 aurait représenté 63 M€ Cette somme peut être rapprochée de l'estimation du coût du dispositif, donnée par le ministre, qui varie de 35 à 56 M€ selon l'hypothèse retenue quant au nombre d'ayants droit au tarif social qui le demanderaient effectivement. La recette maximale autorisée par la loi apparaît donc réaliste.
41. Une partie de cette recette de compensation proviendra de la contribution payée sur les ventes de gaz aux particuliers, qui s'effectuent aujourd'hui pour leur quasi-intégralité aux tarifs réglementés. Une fois le tarif social entré en vigueur, son financement devra donc être pris en compte par les pouvoirs publics lors des révisions des tarifs réglementés. Il s'agit d'ailleurs d'une obligation imposée aux pouvoirs publics par l'article 7, deuxièmement, de la loi de 2003 : « *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 (...)* ».

42. Une anticipation suffisante des besoins de financement du tarif social est nécessaire au fonctionnement pro concurrentiel du marché car, livrant le plus grand nombre des clients au tarif social, GDF serait *de facto* amené à assurer l'essentiel de la trésorerie du mécanisme de compensation, dans l'éventualité d'une mauvaise estimation du besoin de financement par la CRE ou d'un retard dans le relèvement du taux de la contribution par le ministre. Le mécanisme de compensation d'une charge de service public sur un marché concurrentiel, doit, en effet, assurer une égalité de traitement entre tous les fournisseurs de gaz.
43. Ce constat lié à la nouveauté du dispositif du tarif social gaz conduit à recommander, dans un premier temps, une durée de validité limitée pour le décret examiné (par exemple trois ans), afin de permettre aux pouvoirs publics de corriger au besoin le dispositif et son financement au vu de cette première expérience.

III. La possibilité de confier à un intervenant unique la gestion du dispositif du tarif social gaz

44. Dans sa lettre de saisine, le ministre interroge le Conseil sur la possibilité de déléguer la gestion du tarif social à un organisme unique, qui interviendrait pour le compte de l'ensemble des fournisseurs de gaz. Cette solution est celle utilisée pour le tarif social de l'électricité, depuis son entrée en vigueur en 2005.

1. L'enjeu pour le droit de la concurrence du recours à un prestataire unique

45. Le prestataire serait chargé d'un rôle général d'interface entre les organismes sociaux, les fournisseurs de gaz et les usagers bénéficiaires du tarif social, qui porterait sur l'ensemble des opérations administratives nécessaires pour mettre en œuvre le tarif social gaz.
46. L'efficacité, la simplicité et la réduction du coût du dispositif confèrent un intérêt évident au fait de centraliser auprès d'un organisme unique les données des organismes sociaux relatives aux ayants droit au tarif social (nom, adresse, taille du foyer...) et la gestion des relations avec les bénéficiaires (envoi et retour des attestations à documenter).
47. En séance, le représentant du ministre chargé de l'énergie a précisé que le règlement de l'aide, c'est-à-dire selon le cas une remise sur facture ou un paiement direct, resterait du ressort de chaque fournisseur. Le précédent du tarif social de l'électricité montre toutefois que la frontière entre activités déléguables ou non est ténue, puisque EDF a confié à son facturier la gestion administrative du tarif social électrique mais aussi l'établissement des factures à partir des données qu'il lui communique.
48. Cette expérience souligne que la définition des missions qui seront dévolues à l'organisme gestionnaire revêt une grande importance.
49. L'expérience montre que le regroupement de l'ensemble des opérateurs d'un marché pour exercer, conjointement, des activités connexes demande que des précautions soient prises au regard de la bonne application des règles de concurrence. Le fonctionnement de l'organisme commun va, en effet, donner lieu à des concertations et des échanges

d'informations entre les fournisseurs, ce qui constitue des circonstances favorables au développement de pratiques anticoncurrentielles. Les risques tenant à la concertation et à l'échange d'informations seront successivement abordés.

a) La concertation entre les fournisseurs

50. L'existence d'une structure commune à la profession pourrait servir d'outil aux fournisseurs de gaz pour entreprendre une politique de prix coordonnés ou de restriction d'accès au marché pour la vente du gaz naturel aux particuliers.
51. Sur ce sujet, la jurisprudence du Conseil en matière d'organisations professionnelles peut servir de référence. Des pratiques concertées conduites dans ce cadre par des entreprises adhérentes ont été condamnées à maintes reprises. La décision n° [97-D-45](#) (Conseil national de l'ordre des architectes du 10 juin 1997) peut être citée à titre d'exemple sur les limites à fixer aux activités communes : *« s'il est loisible à un syndicat professionnel ou à un groupement professionnel de diffuser des informations destinées à aider ses membres dans l'exercice de leur activité, l'aide à la gestion ainsi apportée ne doit pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession ; en particulier les indications données ne doivent pas pouvoir avoir pour effet de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs coûts, qui leur permette de fixer individuellement leurs prix ou honoraires »*.
52. Dans le cas du tarif social, plusieurs considérations conduisent à tempérer ce risque possible.
53. L'activité de l'organisme commun devrait par nature être cantonnée à un segment très particulier de la vente de gaz aux consommateurs domestiques : la fourniture à des conditions hors marché à la clientèle très spécifique des personnes en situation financière difficile.
54. Cette clientèle répond à des critères fixés par la loi, qui sont appréciés dans chaque cas d'espèce par les organismes sociaux. Pour leur part, les fournisseurs ne sont pas en mesure d'identifier la demande correspondante, faute pour eux de connaître les personnes ayant droit au tarif social lorsqu'ils démarchent des clients, ou de pouvoir subordonner leur offre à la connaissance des revenus du client.
55. Dans le court terme, le risque de pratiques anticoncurrentielles reste, de plus, très hypothétique, étant donné que les opérateurs historiques (GDF et les 21 distributeurs publics locaux) assurent toujours la quasi-intégralité de la fourniture de gaz aux particuliers dans leur ancienne zone territoriale exclusive. Pour ces opérateurs, la mission de service public confiée par la loi du 8 avril 1946 et confirmée par la loi du 8 août 2004, continue à s'appliquer, ce qui signifie qu'ils ne peuvent ni sélectionner, ni refuser une demande de fourniture de gaz dès lors que le consommateur est raccordé à un réseau public de distribution.
56. Ce contexte rend donc peu probable, dans l'immédiat, le risque d'entente anticoncurrentielle entre les fournisseurs de gaz que favoriserait la gestion du tarif social.

b) L'échange d'informations

57. Une concurrence effective demande que les entreprises en compétition sur un même marché soient placées dans l'incertitude quant à la politique suivie par leurs concurrentes et prennent leurs décisions commerciales en parfaite autonomie. Les échanges d'informations entre des entreprises concurrentes peuvent, dans certaines circonstances, avoir pour conséquence de réduire l'intensité de la concurrence sur le marché concerné.
58. Le respect de ces principes d'incertitude et d'autonomie est de jurisprudence constante : *« cet échange d'informations, s'il préservait l'anonymat des fournisseurs, permettait cependant aux participants de connaître les prix qui avaient été pratiqués vis-à-vis de clients nommément désignés ; qu'il était ainsi susceptible de permettre à chacun des fournisseurs intéressés de prendre en compte les offres qui avaient été antérieurement faites par ses concurrents aux clients considérés comme référence pour établir ses propres propositions; qu'ainsi cet échange d'informations pouvait avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence par les prix sur le marché »* (décision n° 88-D-13, secteur de l'emballage aluminium, 15 mars 1988).
59. Cette obligation générale de confidentialité est renforcée pour les entreprises gazières par les dispositions spécifiques introduites par l'article 9 de la loi de 2003, qui s'appliquent aux activités en monopole de fait (transport, distribution) ou dont l'usage est partagé entre plusieurs opérateurs (installations de GNL, stockages souterrains).
60. Au cas présent, le risque principal est donc que le mode de gestion retenu pour le tarif social permette aux fournisseurs d'acquérir une connaissance détaillée de la politique commerciale suivie par leurs concurrents sur l'ensemble du marché de la vente de gaz aux particuliers, voire de mettre en oeuvre une politique concertée.
61. La probabilité de sa réalisation est toutefois limitée. Il paraît en effet difficile d'extrapoler une connaissance de l'ensemble du marché des particuliers à partir d'informations obtenues sur la clientèle au tarif social, au vu des caractéristiques très spécifiques de ces ventes, tenant à une offre strictement réglementée et à la nature du public concerné.
62. Néanmoins le mode de gestion mis en place nécessite la circulation d'informations relatives aux clients et aux volumes vendus entre les fournisseurs de gaz parties prenantes à la mission du gestionnaire unique du tarif social. Comme tel, il existe en conséquences un risque au moins théorique que l'organisme commun excède ses missions ou ait un fonctionnement défectueux au regard des exigences du droit de la concurrence.
63. Le Conseil recommande dès lors au ministre d'exercer un droit de regard sur les dispositions prises par le futur gestionnaire unique pour garantir que ne puissent circuler entre les opérateurs et être mises en commun des informations portant sur les quantités et les prix de vente. La situation actuelle de la concurrence sur le marché de la vente de gaz aux particuliers fait qu'un tel risque n'existe pas aujourd'hui, mais le tarif social a vocation à être pérenne et le marché devrait évoluer vers une présence significative de plusieurs fournisseurs.

c) L'hypothèse d'un gestionnaire unique pour les tarifs sociaux de l'électricité et du gaz

64. L'économie et l'efficacité attendues du recours à un gestionnaire unique seraient encore plus grandes en employant le même prestataire pour les tarifs sociaux du gaz et de l'électricité. Cela éviterait de collecter et traiter deux fois les mêmes données, étant donné que les organismes sociaux concernés et les ayants droit sont identiques.
65. L'analyse concurrentielle reste identique, mais doit tenir compte du fait que le gestionnaire commun aurait, dans ce cas, pour principaux donneurs d'ordre les deux entreprises dominantes pour la fourniture aux ménages de l'électricité et du gaz.
66. Cette hypothèse soulève ainsi l'objection d'inciter au développement de synergies (même extrêmement marginales) entre EDF et GDF, alors que les deux entreprises sont désormais en concurrence pour proposer l'énergie qu'elles n'offraient pas jusqu'alors dans le cadre des anciens monopoles publics. S'engager dans cette voie conduit aussi à relever qu'existe déjà une structure commune, pour assurer le type d'activité recherchée, avec EDF-GDF-Distribution. Ce service détient la liste de tous les clients et relève leur consommation pour le compte de l'ensemble des fournisseurs d'énergie, mais n'établit pas les factures à envoyer aux clients. L'obligation de respecter la confidentialité des données personnelles des clients qui s'impose à EDF-GDF-Distribution devrait aussi s'appliquer, dans les mêmes conditions, à un éventuel gestionnaire unique des tarifs sociaux.
67. Enfin, le précédent du tarif social électricité appelle l'attention sur le type de professionnel susceptible d'intervenir. La société XGS est un des facturiers sous-traitants de EDF, pour le compte duquel elle imprime et envoie les factures aux clients de EDF. L'opportunité de concentrer l'activité de facturation des deux principaux fournisseurs d'énergie auprès d'un même opérateur, à l'occasion de la gestion des tarifs sociaux, apparaît donc discutable.

2. L'existence d'une habilitation législative au sens de l'article L. 420-4 du code de commerce

68. Le risque présumé limité pour la concurrence d'une gestion centralisée du tarif social gaz intervient de plus dans un contexte d'existence d'une habilitation par la loi de recourir à un organisme unique de gestion.
69. Cette habilitation prend la forme d'un renvoi exprès par l'article 7/V de la loi de 2003 aux dispositions de l'article 4/I de la loi de 2000 sur l'électricité en matière de mise en œuvre du tarif social de l'électricité. Ce dernier article autorise les fournisseurs à faire appel à un organisme tiers unique pour la gestion du tarif social et à échanger des fichiers de données individuelles : « *pour la mise en place de cette disposition, chaque organisme d'assurance maladie constitue un fichier regroupant les ayants droit potentiels. Ces fichiers sont transmis aux distributeurs d'électricité ou, le cas échéant, à un organisme désigné à cet effet par les distributeurs, afin de leur permettre de notifier aux intéressés leurs droits à la tarification spéciale. Les distributeurs d'électricité ou l'organisme qu'ils ont désigné préservent la confidentialité des informations contenues dans le fichier (...)* ».
70. Le dispositif du tarif social gaz bénéficie donc des mêmes latitudes d'action pour sa propre organisation.

71. Au regard des règles de concurrence, ce cadre légal s'analyse comme une application de l'article L. 420-4, premièrement, du code de commerce pour la mise en place du tarif social gaz.
72. Les éventuelles pratiques anticoncurrentielles ne pourront donc échapper à la prohibition que si elles sont la conséquence directe et nécessaire de l'application du tarif social gaz créé par les textes.
73. Au total, une fois rappelées ces considérations générales de principe, la question de la compatibilité avec le droit de la concurrence d'un recours à un gestionnaire unique pour le tarif social doit être recentrée sur les modalités de sélection de ce prestataire.

3. L'absence dans le projet de décret examiné des dispositions concernant la mise en place de l'organisme unique de gestion

74. L'article 4/I précité de la loi électricité se limite à indiquer que la décision de confier la gestion du tarif social à un intervenant unique et le choix de celui-ci appartiennent aux seuls fournisseurs, en mentionnant la « *désignation* » de l'organisme unique et le fait que celle-ci est effectuée par la collectivité des fournisseurs (« *un organisme désigné à cet effet par les distributeurs* »).
75. La loi ne précise donc pas les modalités à suivre pour mettre en oeuvre ces règles, pas plus que le projet de décret d'application présenté au Conseil pour avis.
76. Il est donc nécessaire de compléter sur ce point le texte proposé, ce qui passe par l'ajout de trois dispositions.
77. Le choix du prestataire en charge de la gestion du tarif social devra donner lieu à un appel d'offres spécifique, et ceci dès l'entrée en vigueur du tarif : l'article 8 du projet de décret prévoyant opportunément une entrée en vigueur du tarif neuf mois après sa publication au Journal officiel, ce délai est suffisant pour réaliser l'appel d'offres.
78. La commission d'appel d'offres devra associer l'ensemble des fournisseurs de gaz parties prenantes, à charge pour le ministre de vérifier ce point. En effet, la commission d'appel d'offres apparaît comme le seul moyen raisonnable d'obtenir une sélection du prestataire par l'ensemble des fournisseurs de gaz, comme le demande la loi. Il convient, en effet, d'éviter qu'en pratique GDF sélectionne seul le prestataire.
79. Une durée moyenne (3 ans par exemple) devrait être retenue pour le contrat, car une remise en jeu fréquente est favorable à l'amélioration du service obtenu et limite les risques de pratiques concertées des fournisseurs dans le cadre de l'organisme utilisé en commun.

Conclusion

80. Le projet de décret mettant en oeuvre le tarif social du gaz naturel créé par la loi de 2003 appelle de la part du Conseil une considération préalable, avant de formuler des remarques sur le texte proposé par le ministre.

1. CONSIDERATION PREALABLE

81. La complexité des modalités de gestion envisagées et les problèmes susceptibles de se poser au regard des règles de concurrence poussent le Conseil à s'interroger sur la pertinence de la solution envisagée : le règlement de l'aide par les fournisseurs, même assistés par un gestionnaire administratif unique.
82. Le Conseil suggère donc de réfléchir à une solution alternative : une aide directe à la personne, qui serait versée par les organismes sociaux aux bénéficiaires concernés, tout en restant financée par la contribution prévue par l'article 16-2 de la loi de 2003 gérée par la Caisse des dépôts.
83. La pertinence de cette solution alternative apparaît confortée par la constatation que les organismes sociaux sont au centre du dispositif, en ouvrant le droit au tarif social pour un consommateur au vu des informations sur les caractéristiques du foyer et ses ressources qu'ils sont les seuls à détenir, ce qui rend logique la prise en charge du paiement de l'aide par ces mêmes organismes.
84. Pour l'exercice de la concurrence sur le marché du gaz, l'avantage serait de ne pas faire intervenir les fournisseurs de gaz dans un dispositif d'aide sociale forfaitaire, qui est totalement étranger à leur activité et au prix de vente du gaz au consommateur.

2. LES REMARQUES CONCERNANT LE PROJET DE DECRET SOUMIS A L'AVIS DU CONSEIL

85. Concernant le dispositif proposé par le projet de décret, la rédaction actuelle du texte demande à être modifiée sur les points suivants :
- dans le cas du chauffage collectif, le bénéfice du tarif social pour les propriétaires de leur logement et la limitation à un an de sa durée d'application devraient être expressément mentionnées à l'article 6.
 - Fixer une durée de trois ans pour le projet de décret examiné comme pour celui sur la compensation apparaît recommandé, dans le but de pouvoir faire un premier bilan et au besoin corriger le dispositif. Il faut en effet tabler sur un développement de la concurrence sur le marché des ventes de gaz aux particuliers avec l'arrivée de nouveaux fournisseurs.

- Un article supplémentaire est à ajouter au texte actuel, imposant :
 - le recours à un appel d'offres pour le choix d'un éventuel prestataire unique de gestion du tarif social ;
 - la participation de l'ensemble des fournisseurs de gaz concernés à la commission d'appel d'offres ;
 - cette procédure de sélection devant intervenir avant l'entrée en vigueur du tarif social.
 - Le cahier des charges d'un éventuel gestionnaire administratif unique pour le tarif social devra être précisément défini afin de garantir qu'il ne puisse servir d'instrument à des circulations ou mises en commun, par les opérateurs, d'informations portant sur les quantités et les prix des ventes. L'établissement des factures par ce gestionnaire unique conduirait à une situation particulièrement risquée.
86. Enfin, le Conseil souligne l'importance de prendre pleinement en compte le financement de la compensation dans les décisions d'évolution des tarifs réglementés, comme le demande d'ailleurs l'article 7 de la loi de 2003 sur l'obligation de répercuter l'ensemble des coûts liés aux tarifs, afin d'assurer des conditions de concurrence loyale et équilibrée entre GDF et les autres fournisseurs.

Délibéré sur le rapport de M. Debrock, par M. Nasse, vice-président, président de séance, Mme Aubert et Mme Perrot, vice-présidentes.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

Le vice-président,
Philippe Nasse