



**Avis n° 08-A-14 du 23 juillet 2008
relatif à un projet de décret concernant
les tarifs réglementés de vente du gaz naturel**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la demande d'avis du 15 juillet 2008 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en application de l'article 7/I de la loi du 3 janvier 2003, enregistrée au Conseil sous le numéro 08/0079 A ;

Vu la directive européenne 03/55 du 26 juin 2003 fixant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel ;

Vu la loi 2003-8 du 3 janvier 2003 modifiée, relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie ;

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

Vu l'avis [07-A-08](#) du Conseil de la concurrence en date du 27 juillet 2007, rendu à la demande du Conseil d'Etat à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France ;

Vu la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux en date du 10 décembre 2007 ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 17 juillet 2008 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

1. La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi le Conseil pour avis sur un projet de décret (ci-après : le projet) concernant les modalités de fixation des tarifs réglementés de vente du gaz naturel en distribution publique et à souscription, en application de l'article 7 de la loi du 3 janvier 2003 et de l'article L.410-2 du code de commerce.
2. Le projet abroge et remplace le décret 90-1029 du 20 novembre 1990, actuellement en vigueur.

I. Le cadre juridique s'imposant au projet de décret

3. La possibilité pour un Etat d'imposer des obligations de service public aux fournisseurs de gaz, prenant notamment la forme d'une réglementation de leurs prix de vente, est admise par l'article 3.2 de la « directive gaz » du 26 juin 2003 et organisée par l'article 7 de la loi du 3 janvier 2003 relative au marché du gaz.
4. L'article 7 de la loi de 2003 fixe comme règle la couverture, par le tarif de vente, de l'ensemble des coûts afférents à la fourniture du gaz aux clients : « *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 éligibles* ».
5. La mise en œuvre de la règle de couverture des coûts relève d'un décret en Conseil d'Etat pris après avis du Conseil de la concurrence. Aujourd'hui, il s'agit du décret du 20 novembre 1990 ; à terme, le décret dont le projet est soumis au présent avis du Conseil le remplacera.
6. Sur ces fondements législatifs et réglementaires, les ministres chargés de l'économie et de l'énergie fixent par arrêté le montant de ces tarifs et leur évolution. Le dernier arrêté fixant l'évolution des tarifs jusqu'au 31 décembre 2007 a été adopté le 16 juin 2005 et modifié depuis à quatre reprises.
7. Dans une décision, « *Société Poweo et syndicat professionnel FF3C* » (ci-après l'arrêt *Poweo*), du 10 décembre 2007, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a précisé les conditions dans lesquelles les ministres pouvaient faire usage du pouvoir décrit au paragraphe précédent. L'arrêté fixant la valeur des tarifs pour une période donnée doit permettre à ces tarifs de satisfaire trois conditions :
 - couvrir les coûts moyens complets de fourniture du gaz ;
 - tenir compte de l'évolution prévisible de ces coûts pour l'année à venir ;
 - corriger les erreurs possibles commises lors de la précédente évolution tarifaire.
8. Une limite impérative est donc posée à la politique tarifaire du gouvernement, consistant à ne pas placer le fournisseur de gaz dans une situation de vente à perte, celle-ci s'appréciant sur une certaine durée, étant donné le caractère fluctuant du prix d'achat de la matière première gaz. La satisfaction de ces trois conditions nécessite une évaluation précise des coûts passés et l'établissement de prévisions fiables.

II. L'enjeu concurrentiel

9. Les tarifs réglementés s'adressent aux clients particuliers et professionnels, raccordés aux réseaux publics de distribution du gaz, consommant moins de 5 GWh par an et qui n'ont pas choisi de se fournir en gaz sur le marché libre comme la loi leur en laisse la possibilité. Le passage au marché libre n'est, en effet, pas obligatoire pour les consommateurs.
10. Ces tarifs concernent l'essentiel de la clientèle : 97,5 % des particuliers et 74 % des professionnels au 31 mars 2008 selon les données de l'Observatoire des marchés de la CRE. Depuis la libéralisation totale du marché, l'évolution reste lente : les chiffres au 30 septembre 2007 sont respectivement de 99 % et de 79 %.
11. Dans le cas de GDF, les ventes aux tarifs réglementés représentent 60 % du chiffre d'affaires relatif aux ventes de gaz en France.

(en nombre de sites au 31 mars 2008)	clients résidentiels	clients non résidentiels
nombre total de sites :	10 800 000	680 000
total des sites en offre de marché :	271 000	178 000
sites en offre de marché auprès d'un fournisseur alternatif :	128 000	80 000
Part de marché de l'ensemble des fournisseurs alternatifs :	1,2 %	11,7 %

12. Les tarifs réglementés bénéficient auprès des consommateurs de plusieurs facteurs d'image positifs, tenant à leur simplicité, à la notoriété des fournisseurs qui les proposent et au caractère modéré de leur évolution dû à leur encadrement par l'Etat. Parallèlement, le choix de se fournir sur le marché libre est irréversible pour un consommateur de gaz, contrairement à l'électricité où la loi du 21 janvier 2008 permet le retour aux tarifs réglementés pour les particuliers jusqu'en 2010.
13. Dès lors qu'un client reste aux tarifs réglementés, il ne peut s'adresser qu'aux fournisseurs historiques (GDF et les 20 distributeurs publics locaux).
14. Le développement de la concurrence ne remet pas en cause le principe de tarifs réglementés pour la vente du gaz, mais impose que le niveau de ces tarifs reflète celui des coûts supportés par les fournisseurs. A défaut, la règle posée par l'article 7 de la loi de 2003 interdisant « *toute subvention en faveur des clients éligibles* » ne serait pas respectée.
15. La pratique durable de prix de vente aux tarifs réglementés inférieurs aux prix du marché et ne couvrant pas la totalité des coûts supportés par les fournisseurs, est susceptible en effet de perturber le fonctionnement d'un marché désormais complètement ouvert à la concurrence en créant une barrière à l'entrée de nouveaux opérateurs.
16. Dans une communication du 23 décembre 2004 relative aux conditions d'exercice de l'éligibilité, la commission de régulation de l'énergie (ci-après la CRE) notait, à propos de l'ouverture à la concurrence des marchés du gaz et de l'électricité : « *Les difficultés*

rencontrées proviennent pour une grande part de la coexistence, sur de mêmes marchés, de prix résultant du jeu de la concurrence et de tarifs réglementés reflétant imparfaitement les coûts. Cette situation est, notamment, source de distorsions de concurrence entre consommateurs non résidentiels d'électricité et de gaz. »

17. Pour sa part, le Conseil de la concurrence, dans l'avis juridictionnel [07-A-08](#) rendu sur cette question à la demande du Conseil d'Etat, a établi que s'agissant de GDF, principal fournisseur de gaz aux tarifs réglementés, les ventes de gaz aux tarifs réglementés se traduisaient globalement par une perte pour l'entreprise de 2004 à 2006.

Résultats de la comptabilité analytique de GDF pour les ventes aux tarifs réglementés

(en millions d'euro)	chiffre d'affaires	matière 1 ^{ère} + commercial	transport + stockage	distribution	excédent exploitation
- 2004 :	7 645	3 780	1 315	2 668	(- 118) 1.5 % CA
- 2005 :	8 083	4 672	1 293	2 441	(- 323) 4 % CA
- 2006 :	9 117	5 842	1 331	2 388	(- 443) 5 % CA

18. La règle posée par l'article 7 de la loi de 2003 de couverture de l'ensemble des coûts par les tarifs de vente n'a donc pas été respectée.
19. Le nouveau texte fixant les règles en matière de calcul des tarifs réglementés de vente du gaz doit garantir la pleine application de la loi, et son interprétation donnée par le Conseil d'Etat lors de l'arrêt *Poweo* précité, afin d'assurer la neutralité de ces tarifs quant à l'exercice de la concurrence entre les opérateurs historiques et les nouveaux fournisseurs.
20. Les règles tarifaires doivent ainsi permettre le contrôle et la juste répercussion des coûts constitutifs du service dans le tarif de vente au consommateur final.

III. Le dispositif proposé

21. Les modalités retenues pour la fixation des tarifs réglementés apparaissent plus détaillées que dans le décret de 1990 et mieux adaptées aux circonstances présentes ; cette évolution était souhaitable au vu du bouleversement des enjeux commerciaux intervenu entre-temps.
22. A ce titre, le projet comporte trois points importants.

A chaque fournisseur est associée une « formule tarifaire » retraçant ses coûts d’approvisionnement (article 4 du projet).

23. Dans le dispositif actuel, les tarifs de GDF jouaient en pratique un rôle directeur : les distributeurs locaux s’écartant peu de ces tarifs ou les utilisant comme base pour y appliquer une majoration propre. Cette nouvelle règle a priori plus fidèle aux coûts spécifiques de chaque opérateur est assurément plus proche de la réalité économique de chaque entreprise.
24. La « formule tarifaire » est fixée par les ministres, après avis de la CRE, et publiée par arrêté. Le projet de décret ne donne pas d’information sur l’architecture, la structure ou le contenu de la « formule tarifaire », ces éléments devant être contenus dans l’arrêté.
25. Le Conseil remarque que, s’agissant des distributeurs locaux, on peut escompter une conséquence indirecte de l’introduction d’une « formule tarifaire » spécifique à chaque distributeur : ces entreprises ne courant plus le risque de subir des pertes sur leurs ventes aux tarifs réglementés (comme cela a pu arriver dans le passé), elles présenteront une attractivité renforcée pour des entreprises gazières étrangères souhaitant acquérir une base commerciale pour s’implanter sur le marché français. Il pourrait en découler un développement de la concurrence entre les fournisseurs.

Pour chaque fournisseur, les tarifs réglementés sont fixés par un arrêté des ministres pris sur avis de la CRE. Ces tarifs sont révisés, au moins annuellement, par application de la « formule tarifaire » (article 5).

26. Pour chaque fournisseur, un arrêté des ministres pris sur avis de la CRE fixe les barèmes des tarifs réglementés. Le projet précise que la CRE fonde son avis « *notamment sur les éléments comptables produits par les fournisseurs conformément à l’article 8 de la loi de 2003* ».
27. Le projet contient une clause de rendez-vous automatique : ces barèmes sont revus au moins une fois par an en fonction de l’évolution des déterminants de la « formule tarifaire ». Le Conseil note que l’automatisme de cette indexation des tarifs réglementés selon la « formule tarifaire » supprime la faculté accordée aux ministres dans l’arrêt *Poweo*, où le Conseil d’Etat leur reconnaît la possibilité de lisser les évolutions tarifaires induites par la hausse des coûts de l’opérateur, sous réserve de ne pas aboutir pour l’opérateur à une vente à perte (interdite par la loi de 2003).
28. Cette clause de rendez-vous entre fournisseur et pouvoirs publics devrait limiter les reports ou les rattrapages constatés jusqu’à maintenant dans l’évolution des tarifs, liés aux décalages entre les évolutions des tarifs et celle des prix sous-jacents de la matière première, source principale de fluctuation des coûts de fourniture du gaz.

La possibilité conditionnelle d’une indexation infra annuelle des tarifs sur les évolutions constatées de la « formule tarifaire » est mise en place (article 6).

29. Le projet introduit une possibilité de révisions infra annuelles sur l’initiative des fournisseurs. L’article 6 prévoit, en effet, que les ministres « *peuvent autoriser les fournisseurs à répercuter, à titre conservatoire et jusqu’à l’intervention du prochain arrêté tarifaire, sur les barèmes de leurs tarifs réglementés les variations des coûts d’approvisionnement (...) telles qu’elles résultent de l’application de leur formule tarifaire* ». Avant de procéder à cet ajustement, les fournisseurs doivent informer la CRE

afin qu'elle « *s'assure de la conformité de la proposition de barème avec la formule tarifaire du fournisseur concerné* ».

30. Selon le texte soumis à l'avis du Conseil, cette révision infra annuelle n'est qu'une possibilité (*les ministres peuvent autoriser ...*). Cependant, le commissaire du Gouvernement a précisé, en séance, que l'architecture du texte conduisait nécessairement à accorder cette autorisation de répercussion automatique conformément à la « formule tarifaire » propre à chaque fournisseur, pour toute la période séparant deux arrêtés, donc très probablement pour une année complète.

IV. L'analyse du Conseil :

a - Les réserves tenant à la rédaction du texte concernant la liste des coûts repris dans les tarifs :

31. L'article 4 du projet prévoit que les tarifs de chaque fournisseur sont fixés à partir de son coût moyen total encouru pour la fourniture du gaz, la moyenne étant calculée sur une base annuelle puisque les tarifs sont revus avec les pouvoirs publics au moins une fois par an.
32. Les modalités à retenir pour la fixation des tarifs réglementés doivent éviter un double risque : l'imputation aux tarifs de charges ne leur revenant pas, ou à l'inverse, la subvention de ces tarifs lorsque le fournisseur est placé dans la situation de devoir supporter un déficit pour ces opérations. Ces deux situations sont contraires au bon fonctionnement de la concurrence. Dans le premier cas, l'allocation erronée de coûts à l'activité régulée permet de pratiquer des prix plus faibles sur le marché concurrentiel. Dans le second, la subvention des tarifs réglementés empêche l'entrée de concurrents sur la clientèle n'ayant pas opté pour le marché libre.
33. La rédaction retenue pour définir les coûts à reprendre dans les tarifs doit donc être à la fois précise et exhaustive. Le Conseil a rappelé cette exigence lors de ses multiples avis relatifs aux tarifs fixés par les pouvoirs publics dans les secteurs du gaz naturel et de l'électricité.
34. Par ailleurs, la directive européenne demande que toute obligation de service public imposée par un Etat aux opérateurs (les tarifs réglementés constituant une de ces obligations) soit « *clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable* » (article 3.2 de la directive).
35. La rédaction retenue par l'article 4 pour les coûts hors approvisionnement ne satisfait pas pleinement cette exigence en ne donnant pas une liste complète des coûts à prendre en compte (« *les coûts hors approvisionnement comprennent notamment : ...* »), ce qui laisse ouverte la possibilité d'ajouter d'autres coûts.
36. Le texte ainsi rédigé appelle trois commentaires :
 - On peut relever que l'article 2 du décret de 1990 aujourd'hui encore en vigueur ne comportait pas cette imprécision.

- Le nouveau texte ne tire pas non plus les conséquences de la réorganisation du secteur intervenue dans l'intervalle sur l'initiative des pouvoirs publics. Le transport, la distribution et le stockage du gaz ont fait l'objet d'une filialisation obligatoire et le prix de leurs services est fixé par décret ou, dans le cas du stockage, régulé par la CRE. Cette part des coûts hors approvisionnement résulte de l'application de prix publics, connus à l'avance et identiques pour tous les fournisseurs de gaz, et ne présente aucune ambiguïté. Selon le Conseil, la formulation adaptée serait donc : 'les coûts d'utilisation des réseaux de transport de gaz naturel et le cas échéant des réseaux de distribution publique, en application des tarifs publics d'accès fixés par décret ; les coûts (le cas échéant) d'utilisation des stockages de gaz naturel, conformément aux conditions commerciales approuvées par la CRE ».
- S'agissant des coûts de commercialisation et de la marge de l'opérateur, l'article 8 de la loi de 2003 a rendu obligatoire la tenue d'une comptabilité retraçant l'ensemble des ventes de gaz réalisées aux tarifs réglementés : « *Toute entreprise exerçant dans le secteur du gaz établit des comptes séparés pour ses activités de fourniture (...) aux consommateurs finals n'ayant pas fait usage de cette faculté* [droit de se fournir en gaz sur le marché libre] ». Les coûts en cause sont donc identifiables et quantifiés, chaque année, dans cette comptabilité séparée. La marge d'appréciation ouverte aux pouvoirs publics par le projet de décret devrait donc être resserrée.

37. Il apparaît ainsi que l'ensemble des coûts hors approvisionnement correspond à des coûts publics ou régulés et que leur montant n'offre pas matière à contestation, dès lors que les dispositifs permettant leur encadrement (tarifs publics, agrément des conditions de vente, ou comptes séparés) ont été mis en place et approuvés par les pouvoirs publics. Ils peuvent donc être listés de manière exhaustive et leur niveau, commun à tous les opérateurs est connu.
38. Par ailleurs, le caractère non négociable d'un tarif de service public demande, en contrepartie, que la totalité des composantes de ce tarif soit définie de façon détaillée et rendue publique.
39. Une rédaction précise et exhaustive est en conséquence indispensable pour éviter les contentieux tarifaires que la jurisprudence *Poweo* a mis en exergue, et afin d'établir des règles objectives et non contestables, pour fixer les tarifs réglementés de vente du gaz, seules en mesure de garantir la neutralité de ces tarifs pour l'exercice de la concurrence sur le marché du gaz.

b - La question centrale de la prise en compte de l'évolution du coût d'achat de la matière première gaz naturel

40. Le prix de vente du gaz au consommateur final recouvre (au plus) 5 composantes, qui sont très différentes quant à la connaissance et la maîtrise des coûts correspondants par les fournisseurs et les pouvoirs publics, comme le montre le tableau suivant :

Composante	Coûts pertinents de référence
- achat du gaz :	cours international d'une matière première
- transport :	tarifs publics fixés par décret (article 7-I de la loi de 2003)
- distribution :	
- stockage :	conditions commerciales approuvées par la CRE (article 30-3 de la loi de 2003)
- commercialisation :	postes maîtrisés par le fournisseur
- marge fournisseur :	

41. La commission Durieux, chargée par le ministre de l'économie d'une mission de réflexion sur les tarifs du gaz, avait estimé, pour 2005, que la matière première représentait 47 % du prix de vente, l'ensemble transport stockage distribution 45 %, et les frais de commercialisation, marge du fournisseur comprise, 8 %. La part matière première est aujourd'hui (juin 2008) plus proche de 55 %.

42. Par rapport à l'ensemble des dépenses ainsi énumérées, la répercussion dans les tarifs réglementés des fluctuations du prix d'achat du gaz constitue le sujet le plus délicat et le plus contesté par les concurrents de GDF et des distributeurs publics locaux.

▪ ***Sur l'exercice du pouvoir ministériel de fixer les tarifs réglementés***

43. Les textes en vigueur donnent pouvoir aux ministres de fixer les barèmes des tarifs réglementés. Cependant, la loi du 3 janvier 2003 modifiée prise pour la transposition en droit national de la directive européenne du 26 juin 2003 limite cette liberté en imposant que ces tarifs couvrent les coûts exposés : ils ne doivent pas correspondre à un subventionnement des ventes de gaz. La loi de 2003 énonce donc qu'il existe un seuil minimum des tarifs réglementés, au-delà duquel les ministres ont tout pouvoir de fixer le niveau des barèmes.

44. Le projet ne distingue pas les deux notions : le minimum requis par la loi de 2003 et le tarif effectif qui résulte du choix des ministres. Or, le niveau minimum ne peut pas résulter d'un choix : il est, au contraire, complètement déterminable par un calcul faisant intervenir la prise en compte des coûts et les caractéristiques particulières du fournisseur. En présupposant que le choix des ministres se portera toujours sur le seuil minimum, le projet soulève inutilement un problème de compatibilité entre le pouvoir de l'entité chargée des calculs du minimum et le pouvoir des ministres chargés de fixer les tarifs.

45. Le Conseil estime que le projet gagnerait en clarté en séparant les deux notions : d'une part, le minimum du tarif, requis par la loi de 2003 et, d'autre part, le niveau décidé par les ministres. En effet, dans les circonstances actuelles de fortes hausses de la matière première, il est possible que le choix des ministres se fixe, en opportunité, sur le minimum. Mais rien n'exclut, en cas de retournement à la baisse des marchés entraînant une baisse du seuil minimum, que ce choix se porte sur une autre valeur, supérieure au seuil.

46. Il ne s'agirait là que d'un aspect de la faculté de lissage reconnue aux ministres par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Poweo*. Le projet, de portée générale, doit pouvoir s'appliquer dans toutes les circonstances de marché.
47. Il faut, à cet égard, relever que l'article 6 du projet de décret qui prévoit une possibilité de hausse automatique des tarifs entre l'adoption de deux arrêtés successifs sur l'initiative du fournisseur conduit de fait les ministres à renoncer à leur pouvoir de lisser les hausses infra-annuelles, sauf à intégrer une telle possibilité dans le calcul de la formule d'indexation.
48. Toutefois, même dans cette dernière hypothèse, il resterait à régler la question de la périodicité d'une telle hausse automatique : serait-elle possible tous les mois, tous les trois mois, tous les six mois ? Si aucune période minimale, en dehors des 21 jours pour examen par la CRE, n'est fixée, il serait néanmoins possible de limiter les variations trop fréquentes de tarifs en prévoyant un seuil de déclenchement : une hausse ne pourrait ainsi être demandée par le fournisseur si l'ajustement automatique résultant de la formule était inférieur à un pourcentage minimum de variation du prix.
49. Toutes ces questions sont renvoyées à un arrêté, prévu à l'article 7 du projet de décret. C'est à ce dispositif futur qu'il reviendra en pratique de fixer l'essentiel des règles de fonctionnement de ce mécanisme d'augmentation automatique des tarifs sur l'initiative des opérateurs eux-mêmes.
50. Ne connaissant pas le contenu de ce futur arrêté à caractère général et n'étant pas assuré d'être saisi pour avis avant son adoption, le Conseil ne peut que constater que, en l'état du projet qui lui est soumis, le choix d'une hausse automatique par le biais d'une formule dont le déclenchement est laissé de manière discrétionnaire aux opérateurs aboutit à un résultat paradoxal puisqu'il revient à transférer aux entreprises régulées une partie des pouvoirs de régulation que la loi a expressément confiés au gouvernement.

▪ *Sur le rôle du minimum des tarifs réglementés.*

51. Le projet distingue trois phases successives dans la détermination des tarifs réglementés. En premier lieu, ils sont fixés par arrêté des ministres sur avis de la CRE ; en deuxième lieu, ils sont automatiquement actualisés, annuellement, par indexation sur la « formule tarifaire » arrêtée par les ministres ; en troisième lieu, ils sont éventuellement actualisés, en cours d'année, par indexation sur la même formule, après avis de la CRE.
52. Bien que le projet ne le spécifie pas explicitement, on peut comprendre que l'avis initial de la CRE porte sur ce minimum. Il serait alors utile de rappeler que l'arrêté initial des ministres fixant les tarifs réglementés respecte nécessairement ce minimum par la simple application de la loi de 2003.
53. Durant les phases deux et, éventuellement, trois, l'évolution des tarifs réglementés initiaux est indexée sur l'évolution du minimum, ce qui réduit excessivement le pouvoir de décision des ministres : la seule restriction imposée par la loi de 2003 est celle de respecter le minimum et non de faire varier les tarifs réglementés strictement comme lui.

▪ **Sur le rôle de la « formule tarifaire ».**

54. Le projet ne fournit aucune information sur cette formule. Le Conseil n'est donc pas en état de prononcer sur elle un avis.
55. Le Conseil note cependant que cette formule devrait avoir vocation à résoudre toutes les difficultés que recèle l'évaluation annuelle, voire infra annuelle, du minimum des tarifs requis par la loi de 2003.
56. Ces difficultés sont de plusieurs ordres :
 - la formule doit intégrer une mesure des coûts d'approvisionnement et de leur variation éventuelle, information couverte par le secret des affaires et dont la révélation publique pourrait avoir des conséquences négatives pour la concurrence sur le marché du gaz en rendant trop transparents les prix du marché de gros de l'approvisionnement en gaz ;
 - la formule doit intégrer une prévision de l'ensemble des coûts, les tarifs réglementés, dans la procédure normale, devant être fixés en début d'année pour l'année entière ;
 - enfin, la formule doit suffisamment lisser les fluctuations de court terme des prix pris en compte pour ne pas conduire, du fait de l'indexation stricte des tarifs sur les résultats de la formule, à une trop grande volatilité de ces tarifs.
57. Le premier de ces points soulève des difficultés spécifiques. Les coûts d'approvisionnement en gaz des opérateurs dépendent pour l'essentiel de contrats à long terme avec les pays producteurs, qui comportent des clauses d'indexation du prix payé. Ces informations relèvent du secret commercial et n'ont pas vocation à être rendues publiques.
58. En outre, les règles d'ajustement à retenir doivent remplir trois objectifs différents : garantir la couverture totale des coûts par les tarifs réglementés exigée par la loi en excluant toute subvention provenant des autres activités du fournisseur, ne pas permettre aux concurrents de prendre connaissance d'une façon ou d'une autre des coûts d'approvisionnement payés par ce fournisseur, et enfin, prévenir toute contestation des concurrents quant à une répercussion partielle des coûts d'approvisionnement sur les tarifs.
59. La directive européenne est, en effet, dénuée d'ambiguïté quant à l'exigence de transparence, dès lors qu'il y a des obligations de service public imposées à des entreprises gazières. Son article 3.2 peut à nouveau être cité : *« les États membres peuvent imposer aux entreprises opérant dans le secteur du gaz, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur (...) le prix de la fourniture, (...). Ces obligations sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises de gaz de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux. »*.
60. Les deuxième et troisième points (prévision des coûts, lissage des fluctuations) soulèvent d'autres difficultés qui, pour être techniques, n'en sont pas moins importantes.
61. Au minimum, le décret devrait donc indiquer l'architecture de la méthode utilisée pour calculer le coût des approvisionnements, et mentionner les règles communes à tous les fournisseurs ou en distinguant la situation de GDF de celle des distributeurs publics locaux.

62. Si le décret définitif conserve le rôle essentiel dévolu, dans le projet, à la « formule tarifaire », le Conseil souhaite que celle-ci prenne en compte les préconisations formulées dans le présent avis, notamment en ce qui concerne le libellé précis de la formule (ou des 21 formules correspondant aux distributeurs publics locaux et à GDF) afin d'en étudier les caractéristiques concurrentielles.

V. Conclusion

63. Le projet de décret soumis à l'avis du Conseil de la concurrence appelle plusieurs réserves et suscite, de la part du Conseil, une interrogation de fond.
64. Le projet de décret dans sa version actuelle demande plusieurs modifications et des dispositions complémentaires, afin d'avoir un dispositif de fixation des tarifs réglementés qui soit le plus neutre possible pour l'exercice de la concurrence sur le marché du gaz.
- La rédaction de l'article 4 est à revoir (suppression de l'adverbe 'notamment' au début du second paragraphe), afin d'éviter de donner un caractère non limitatif aux coûts hors approvisionnement repris dans les tarifs.
 - Subsidiairement, ce même article 4 du projet de décret devrait se référer aux tarifs publics de transport et de distribution, aux conditions commerciales approuvées par la CRE pour le stockage, ainsi qu'aux données de la comptabilité séparée relative aux ventes de gaz aux tarifs réglementés tenue par les fournisseurs. Ces différentes obligations ont en effet été mises en place par la loi pour permettre de fixer les tarifs réglementés sur des bases objectives et transparentes et il est logique de les utiliser.
 - La possibilité pour les fournisseurs de relever leurs tarifs dans l'intervalle entre deux arrêtés tarifaires annuels, en cas de hausse significative de leurs coûts d'approvisionnement validée par la CRE, ne devrait pas être subordonnée à une autorisation de principe donnée par les ministres à titre annuel ; la validation par la CRE devrait être suffisante pour ouvrir cette possibilité.
 - En parallèle, la possibilité pour les pouvoirs publics de lisser au cours de la même période la répercussion de la hausse des coûts d'approvisionnement des opérateurs, mérite d'être introduite dans le décret, en rappelant que ce lissage s'exercerait à l'échelle de l'année pour éviter des fluctuations des tarifs illisibles aux yeux des consommateurs et dans le respect de la couverture complète des coûts par les tarifs fixée par la loi.
 - La mention de l'architecture de la méthode utilisée pour prendre en compte l'évolution des coûts d'approvisionnement a vocation à figurer au projet de décret, sauf à le priver de sa pertinence et à rouvrir les contentieux soulevés par le dispositif actuel.
65. L'interrogation de fond concerne la non-distinction, dans le projet, entre la notion de seuil minimum au-dessus duquel les tarifs réglementés doivent être fixés pour vérifier les obligations requise par la loi de 2003, et le choix du niveau de ces tarifs, fixés par les ministres.

66. Introduire cette distinction donnerait plus de clarté au projet et permettrait de préciser qu'en attribuant à la CRE la tâche de calculer ce minimum, le projet ne conduit pas le régulateur à empiéter sur les pouvoirs des ministres : ce sont les dispositions particulières de la loi de 2003, relatives à l'interdiction de subventionnement des ventes de gaz aux tarifs réglementés, qui fixent la limite inférieure des choix qui leur sont possibles.
67. Mais une fois cette claire distinction établie, c'est la structure même du projet qui n'apparaît pas satisfaisante. La CRE serait dans son rôle naturel en calculant ce minimum : elle possède toutes les informations et le savoir faire susceptibles de rendre crédible son calcul sans qu'il soit nécessaire de l'enfermer dans les règles strictes, mais non encore précisées, de la « formule tarifaire » d'indexation automatique. En outre, en imposant aux tarifs réglementés d'évoluer strictement comme le minimum, le projet étend *de facto* le pouvoir de la CRE au delà de son champ naturel, et restreint inutilement la liberté d'appréciation que les textes et l'arrêt *Poweo* confèrent aux ministres.
68. Le Conseil suggère en conséquence une modification plus profonde du projet, conduisant à une solution plus simple. Elle consisterait à confier à la CRE le soin de calculer périodiquement le seuil minimum requis par la loi de 2003, en mobilisant l'information, confidentielle ou non, dont elle est dépositaire, en s'aidant de toute formule tarifaire qu'elle jugerait utile et en procédant à tous calculs, notamment de lissage, qui lui sembleraient nécessaires. Cette évaluation du minimum devrait être opérée sur une base annuelle, de façon prospective pour l'année à venir et de façon rétrospective pour vérifier que l'année écoulée est conforme à l'évaluation prospective précédente. L'ensemble des informations non confidentielles utilisées et les méthode de calcul devraient être publiques, de façon que tout opérateur souhaitant concurrencer les tarifs réglementés puisse vérifier que ces tarifs ne sont pas subventionnés.
69. Les ministres pourraient alors fixer les tarifs de leur choix, en toute connaissance de cause, c'est à dire en tenant compte du niveau prévisionnel du seuil minimum calculé par la CRE et des éventuelles erreurs commises, dans le passé, sur la prévision de ce seuil, ce qui correspond exactement aux trois conditions d'utilisation de leur pouvoir réglementaire tarifaire énoncées par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Poweo* et rappelées au paragraphe 7 du présent avis.
70. Comme cela est prévu dans le projet, la possibilité de rectifier, en cours d'année, la prévision établie pourrait être ouverte aux fournisseurs et à la CRE lorsque d'amples mouvements de prix non prévus font courir un risque important de non-vérification de la prévision.

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

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

Le vice-président,
Philippe Nasse