

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 11 avril 2013 portant avis sur le projet de décret modifiant le décret du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel

Participaient à la séance : Philippe de LADOUCKETTE, président, Olivier CHALLAN BELVAL et Hélène GASSIN, commissaires.

Le 30 janvier 2013, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) a été saisie, pour avis, par la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie d'un projet de décret modifiant le décret n° 2009-1603 du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel. La ministre ayant amendé le projet de décret après la consultation du Conseil supérieur de l'énergie, la CRE a été saisie du nouveau projet le 13 février 2013.

Pour rendre son avis, la CRE a procédé à l'audition de la Direction générale de l'énergie et du climat, de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, de GDF SUEZ, des fournisseurs alternatifs ainsi que des associations de consommateurs.

1. Contexte

1.1. Cadre législatif et réglementaire

Le décret du 18 décembre 2009 détermine les modalités de fixation des tarifs réglementés de vente de gaz naturel pour GDF Suez, les entreprises locales de distribution (ELD) et la société Total Energie Gaz (TEGAZ).

La CRE a examiné le projet de décret au regard de l'article L. 445-3 du code de l'énergie, qui précise que *« les tarifs 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 »*.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a précisé dans ses décisions du 10 juillet 2012, GDF Suez et ANODE, et du 30 janvier 2013, ANODE, UPRIGAZ et GDF Suez, qu'il incombait aux ministres compétents lorsqu'ils révisent les barèmes des tarifs réglementés de vente du gaz naturel, *« de s'assurer que le niveau des tarifs qui en résulte permet de couvrir le coût moyen complet de fourniture du gaz naturel, tel qu'il est déterminé par l'application de la formule fixée par arrêté et, le cas échéant, de compenser l'écart, s'il est significatif, qui s'est produit entre tarifs et coût, au moins au cours de l'année écoulée, en vérifiant en outre s'il y a lieu de prendre en compte une estimation de l'évolution de ce coût sur l'année à venir, en fonction des éléments dont ils disposent à la date de leur décision »*.

1.2. Objet du projet de décret

Le projet de décret est pris en application des dispositions des articles L. 445-2 et L. 445-3 du code de l'énergie et de l'article L. 410-2 du code de commerce. Il modifie plusieurs dispositions du décret n°2009-1603 du 18 décembre 2009 relatives aux modalités de fixation des tarifs réglementés de vente de gaz naturel.

Le projet de décret prévoit que, pour chaque fournisseur historique de gaz naturel, un arrêté des ministres de l'économie et de l'énergie définit une formule tarifaire traduisant la totalité de ses coûts d'approvisionnement et la méthodologie d'évaluation de ses coûts hors approvisionnement.

Il prévoit que la CRE effectue chaque année une analyse approfondie de l'ensemble des coûts de chaque fournisseur historique, effectuée annuellement par la CRE et remise au gouvernement au plus tard le 15 mai. Cette analyse est rendue publique par la CRE dans le respect du secret des affaires. La CRE peut proposer aux ministres de l'énergie et de l'économie de revoir la formule tarifaire et la méthodologie d'évaluation des coûts hors approvisionnement.

A l'issue de cette analyse, les ministres de l'économie et de l'énergie adoptent au plus tard le 1^{er} juillet de chaque année l'arrêté fixant les barèmes de chaque fournisseur pour tenir compte de l'évolution de ses coûts hors approvisionnement et de celle de la formule.

Le projet de décret prévoit que, après avoir saisi la CRE et selon une fréquence définie par arrêté au plus mensuelle, les fournisseurs historiques modifient les barèmes de leurs tarifs réglementés pour y répercuter l'évolution de leurs coûts d'approvisionnement telle qu'évaluée par leur formule. La répercussion des variations des coûts d'approvisionnement en euros par mégawattheures porte sur la part variable et se fait de manière uniforme sur les différents barèmes, sauf disposition contraire prévue par arrêté. La CRE, à l'occasion de sa saisine, doit s'assurer de la bonne application de la formule et de sa correcte répercussion dans les barèmes proposés.

Enfin, le projet de décret introduit une « clause de sauvegarde » permettant au Premier ministre de s'opposer par décret aux propositions de barèmes, en cas d'augmentation exceptionnelle des prix des produits pétroliers ou des prix de marché du gaz naturel sur le dernier mois ou sur une période cumulée de trois mois. Ce décret devra préciser, sur une période qui ne peut excéder une année, les modalités et le calendrier de remise à niveau des tarifs et de rattrapage des montants non perçus.

1.3. Procédure existante et procédure envisagée

La procédure de fixation des tarifs réglementés de vente de gaz existante

Pour chaque fournisseur, l'article 4 du décret du 18 décembre 2009 actuellement en vigueur dispose qu'une « *formule tarifaire est fixée par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, après avis de la CRE, au vu des propositions faites par les fournisseurs* ». Cette formule permet de déterminer la totalité des coûts d'approvisionnement en gaz naturel et des coûts hors approvisionnement, à partir desquels sont fixés les tarifs réglementés. Chaque fournisseur doit rendre les déterminants de cette formule aisément accessibles et compréhensibles, en particulier les modalités de calcul des coûts d'approvisionnement, dans la limite de la confidentialité des informations commercialement sensibles.

Dans les faits, la formule arrêtée par les ministres compétents pour chaque fournisseur ne porte que sur les coûts d'approvisionnement.

La fixation des tarifs réglementés de vente résulte d'une procédure annuelle et d'une procédure infra-annuelle.

Au moins une fois par an, en application de l'article 5 du décret du 18 décembre 2009, les barèmes des tarifs réglementés sont fixés par arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, pour tenir compte des évolutions des déterminants de la formule tarifaire. L'arrêté est pris après avis de la CRE et s'appuie notamment sur les éléments comptables produits par les fournisseurs sur l'activité de fourniture des clients aux tarifs réglementés, conformément à l'article 8 de la loi du 3 janvier 2003, codifié à l'article L. 111-88 du code de l'énergie.

Selon une périodicité infra-annuelle choisie par les fournisseurs, en application de l'article 6 du décret du 18 décembre 2009, les fournisseurs peuvent modifier leurs barèmes pour tenir compte de l'évolution de leurs coûts d'approvisionnement calculée par application de leur formule tarifaire. Ces révisions infra-annuelles peuvent intervenir sauf si les ministres s'y sont opposés dans l'arrêté fixant les tarifs visé à l'article 5.

Pour ce faire, les fournisseurs saisissent la CRE de leur proposition de barèmes, accompagnée des éléments permettant de la justifier. La CRE doit s'assurer que la modification demandée résulte bien de l'application de la formule tarifaire du fournisseur. Cette modification ne peut s'appliquer dans un délai inférieur à 20 jours à compter de la saisine de la CRE. Les ministres en sont informés.

La procédure envisagée par le projet de décret

Les évolutions apportées par le projet de décret au cadre actuel sont les suivantes :

- la formule tarifaire fixée par arrêté pour chaque fournisseur couvre les seuls coûts d'approvisionnement ;
- la méthodologie d'évaluation des coûts hors approvisionnement pour chaque fournisseur est précisée par arrêté ;
- la CRE effectue chaque année une analyse détaillée de l'ensemble des coûts d'approvisionnement et hors approvisionnement, qu'elle remet au gouvernement et rend publique ;
- la CRE peut proposer de revoir la formule tarifaire ainsi que la méthodologie d'évaluation des coûts hors approvisionnement ;
- la fréquence d'application maximale de la formule tarifaire est limitée à une fois par mois ;
- la répercussion des variations des coûts d'approvisionnement doit se faire de manière uniforme en €/MWh sur la part variable ;
- le Premier ministre peut s'opposer par décret à l'application de la formule, en cas de d'augmentation exceptionnelle des prix des produits pétroliers ou des prix de marché du gaz naturel, sur le dernier mois ou sur une période cumulée de trois mois, et doit prévoir, sur une période maximale d'une année, les modalités et le calendrier de remise à niveau des tarifs et de rattrapage des montants non perçus.

2. Observations

Le projet de décret modifie le mécanisme de fixation des tarifs réglementés de vente de gaz naturel pour le rendre plus prévisible et plus transparent. Il prévoit, d'une part, le renforcement du contrôle des coûts des opérateurs historiques à couvrir par les tarifs réglementés et, d'autre part, une procédure d'évolution des tarifs réglementés de vente à une fréquence fixée par arrêté, tout en encadrant la possibilité de différer une évolution, par décret du Premier ministre, en cas de circonstances exceptionnelles.

La CRE considère que le projet de décret rend le mécanisme de fixation des tarifs réglementés de vente de gaz naturel plus prévisible et plus transparent, ce qui permet de donner plus de visibilité aux acteurs concernés, fournisseurs historiques, fournisseurs alternatifs et clients finals.

2.1. Article 4 relatif aux coûts couverts par les tarifs et leur analyse par la CRE

Analyse détaillée des coûts par la CRE

L'article L. 445-2 du code de l'énergie dispose que les décisions des ministres sur les tarifs sont prises sur avis de la CRE. Il précise que les propositions et avis de la CRE doivent être motivés, et que celle-ci procède à toute consultation qu'elle estime utile des acteurs de marché. Les dispositions législatives du code de l'énergie n'encadrent pas davantage les conditions dans lesquelles la CRE prépare et rend ses avis en la matière.

Par ailleurs, l'article L. 135-1 du code de l'énergie donne à la CRE le droit d'accès à la comptabilité des entreprises exerçant une activité dans les secteurs de l'électricité et du gaz naturel, ainsi qu'aux informations économiques, financières et sociales nécessaires à sa mission de contrôle. C'est en application de ces dispositions que la CRE procède régulièrement à des audits des coûts de GDF Suez, afin de vérifier l'adéquation de la formule et la couverture des coûts par les tarifs, et de contribuer à améliorer la transparence et la prévisibilité de la procédure de fixation des tarifs, en dernier lieu dans un rapport adopté le 4 avril 2013.

Le projet de décret précise les modalités d'exercice de ces travaux en disposant que la CRE effectue chaque année une analyse détaillée de l'ensemble des coûts d'approvisionnement et hors approvisionnement de chaque fournisseur (24 à ce jour). Il prévoit également que la CRE remet les résultats de cette analyse au gouvernement et les rend publics.

Ces dispositions encadrent l'exercice des missions de contrôle de la CRE en mettant à sa charge une obligation annuelle, combinée à un champ d'application couvrant l'ensemble des fournisseurs de gaz au tarif réglementé, y compris les plus petites ELD, dont le portefeuille se limite parfois à quelques centaines de clients.

Or, les dispositions législatives susmentionnées ne donnent pas clairement compétence au pouvoir réglementaire pour encadrer ainsi les modalités d'élaboration des avis de la CRE en matière de tarifs réglementés de vente ou ses missions de contrôle.

A supposer que de telles dispositions puissent se fonder sur les dispositions législatives susmentionnées, la CRE considère, qu'appliquées à l'ensemble des 24 fournisseurs historiques, elles seraient disproportionnées au regard des objectifs de vérification de l'adéquation des tarifs et de transparence qui viennent d'être rappelés, les 22 ELD représentant moins de 5% des sites alimentés aux tarifs réglementés de vente de gaz en France.

En tout état de cause, une telle mesure supposerait que le fournisseur historique puisse fournir à la CRE ses comptes détaillés. Or, ce n'est pas toujours possible s'il s'agit d'un fournisseur multi-fluides (eau, gaz, électricité, assainissement) ou qui n'a pas établi de comptes séparés pour ses activités de fourniture et de distribution. En effet, la délibération de la CRE du 7 février 2007 relative aux principes de dissociation comptable applicables aux ELD, qui précise l'article 25 de la loi de la loi du 10 février 2000, prévoit que seules les ELD dont le réseau achemine une quantité d'énergie supérieure à 700 GWh doivent tenir des comptes dissociés. L'établissement de la séparation des comptes liés aux activités de fourniture aux tarifs réglementés de vente de gaz de ceux liés aux autres activités pourrait engendrer pour les fournisseurs des coûts disproportionnés au regard des objectifs à atteindre. Seules huit des 22 ELD disposent ainsi à ce jour d'une comptabilité dissociée.

Enfin, compte tenu des limites des ressources dont elle dispose, la CRE n'est pas en mesure de procéder à des audits et des contrôles annuels sur la totalité des 24 fournisseurs. Elle rappelle en particulier que ses effectifs et ses moyens n'ont pas été ajustés au fort développement de ses missions et ses activités depuis 2009, avec la transposition des textes européens du troisième paquet sur l'énergie, la loi sur la nouvelle organisation du marché de l'énergie, et le développement des appels d'offres en matière d'énergies renouvelables. Dans ce contexte, elle émet un avis défavorable à l'extension de ses missions au-delà des mesures nécessaires pour lui permettre d'exercer les compétences qui lui sont confiées par les textes européens et par la loi.

La CRE propose en conséquence que l'article 4 soit modifié afin de supprimer la référence à cette analyse détaillée.

Pour les petites ELD, la CRE recommande que les arrêtés qui seront pris en application de l'article 4 du décret prévoient que les coûts commerciaux soient établis à partir de la moyenne de trois ELD représentatives, de manière similaire à ce qui est prévu par l'article 5 du décret n° 2005-22 du 11 janvier 2005 pour l'évaluation de leurs coûts de distribution.

2.2. Article 5 relatif à la révision des tarifs par arrêté des ministres compétents au 1^{er} juillet de l'année

Après l'analyse des coûts réalisée par la CRE avant le 15 mai de chaque année, le projet de décret prévoit qu'un arrêté fixe les tarifs au plus tard au 1^{er} juillet. Cet arrêté permettra de prendre en compte les variations des coûts hors approvisionnement, en particulier celles des tarifs de transport et de distribution qui interviennent respectivement au 1^{er} avril et au 1^{er} juillet, et qui n'entrent pas dans le calcul de la formule et ne peuvent par conséquent être répercutés par les opérateurs dans le cadre des mouvements infra-annuels du tarif. Le projet de décret prévoit également que les barèmes ainsi fixés peuvent évoluer par arrêté au moins une fois par an pour prendre en compte l'évolution de la formule tarifaire ainsi que l'évolution des coûts hors approvisionnement.

Pour augmenter la visibilité sur les évolutions tarifaires, la CRE recommande que les tarifs ne soient fixés par arrêté qu'une fois par an, après l'analyse des coûts par la CRE et au plus tard au 1^{er} juillet.

Si une évolution de la formule traduisant les coûts d'approvisionnement du fournisseur est nécessaire à une autre échéance, la formule pourra être modifiée par un arrêté qui aura pour seul objet de fixer la nouvelle formule. Sa prise en compte dans les tarifs réglementés se fera alors par application de l'article 6 du décret.

Proposition de rédaction de l'article 5 en remplacement des alinéas 1 et 2

« Pour chaque fournisseur, les barèmes des tarifs réglementés sont fixés à partir, le cas échéant, des propositions du fournisseur, par arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, au plus tard le 1^{er} juillet de chaque année civile, après avis de la Commission de régulation de l'énergie. »

2.3. Article 6 relatif aux révisions infra-annuelles des tarifs

2.3.1. Type de mouvement autorisé

Comme l'indique la CRE dans sa délibération du 24 janvier 2013, seule une évolution en euros par mégawattheures, identique pour chacune des parts variables des tarifs, permet de refléter correctement dans les tarifs l'évolution des coûts d'approvisionnement, à condition toutefois que les tarifs couvrent au préalable les coûts.

Le projet de décret prévoit que seul ce type d'évolution peut être appliqué dans le cadre des évolutions infra-annuelles des tarifs, sauf disposition contraire prévue par l'arrêté annuel.

La CRE signale que l'introduction d'une telle disposition dans l'arrêté ne peut être envisagée qu'afin de tendre vers une couverture complète des coûts par tarif, s'il est constaté que cela n'était pas le cas.

2.3.2. Clause de sauvegarde et opposition par décret du Premier ministre à une évolution tarifaire

Le dernier alinéa prévoit qu'« *en cas d'augmentation exceptionnelle des prix des produits pétroliers ou des prix de marché du gaz naturel, sur le dernier mois ou sur une période cumulée de 3 mois, le Premier ministre peut [...] s'opposer par décret à la proposition et fixer de nouveaux barèmes. Le décret précise les modalités et le calendrier, qui ne peut excéder un an à compter de son entrée en vigueur, de remise à niveau ultérieure des tarifs et de répercussion des montants non perçu durant la période considérée.*»

Sur le respect du principe de la couverture des coûts.

La CRE considère qu'une telle clause doit respecter le principe de couverture des coûts par les tarifs prévu par l'article L. 445-3 du code de l'énergie. Le projet de décret prévoit que le respect de ce principe est assuré *ex post* dans des conditions prévues par l'article 6 du projet de décret, et en particulier sur une période ne pouvant excéder 12 mois.

La CRE constate que ces dispositions sont conformes aux principes rappelés par le Conseil d'Etat dans ses décisions précitées du 10 juillet 2012 et du 30 janvier 2013 selon lesquels le niveau des tarifs réglementés doit « *couvrir le coût moyen complet de fourniture du gaz naturel* » et « *compenser l'écart, s'il est significatif, qui s'est produit entre tarifs et coût, au moins au cours de l'année écoulée* ».

Sur la conformité de la clause de sauvegarde au droit de l'Union européenne.

L'article 3§1 de la Directive 2009/73/CE (ci-après « la Directive ») précise que les entreprises de gaz naturel doivent être exploitées en vue de réaliser un marché du gaz concurrentiel et s'abstiennent de toute discrimination pour ce qui est des droits et des obligations de ces entreprises. L'article 3§2 autorise les États membres à imposer aux entreprises, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la qualité et le prix de la fourniture.

Saisie de la question de la réglementation tarifaire italienne en matière gazière, la cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), dans son arrêt *Federutility* du 20 avril 2010 (CJUE, 20 avril 2010, *Federutility e.a. contre AEEG*, aff. C-265-08) interprétant les articles 3§1 et 3§2 de la Directive a confirmé le droit pour les États membres d'intervenir sur le prix de fourniture du gaz pour garantir au consommateur final un niveau de prix raisonnable, sous réserve que l'intervention étatique soit justifiée par l'intérêt économique général et qu'elle concilie au mieux cet objectif avec celui de la libéralisation du marché.

Selon la Cour, l'intervention étatique doit être clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable. Afin de respecter le principe de proportionnalité, la Cour ajoute que cette intervention doit être limitée dans le temps, dans son champ d'intervention et dans sa méthode, à ce qui est strictement nécessaire à la satisfaction de l'objectif d'intérêt général considéré.

La CRE rappelle qu'il appartiendra au Premier Ministre de justifier les modalités d'activation de la clause de sauvegarde telles que prévues par le projet de décret au regard du respect du principe de proportionnalité tel que précisé par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Sur la nécessité d'une différenciation de l'activation de la clause de sauvegarde par tarif.

La CRE indique que l'activation de la clause de sauvegarde pourrait être différenciée par tarif et type de clientèle.

Sur les conditions de recours à la clause de sauvegarde et sur ses effets potentiels

La CRE se prononcera sur les circonstances qui justifient la mise en œuvre de cette clause et les conditions de son activation, en examinant notamment la proportionnalité des mesures envisagées au regard de leurs effets sur l'exercice de la concurrence.

3. Avis de la CRE

La CRE considère que le projet de décret rend le mécanisme de fixation des tarifs réglementés de vente de gaz naturel plus prévisible et plus transparent, ce qui permet de donner plus de visibilité aux acteurs concernés, fournisseurs historiques, fournisseurs alternatifs et clients finals

Elle émet un avis défavorable au 7^{ème} alinéa de l'article 4, qui encadre l'analyse par la CRE des coûts des fournisseurs aux tarifs réglementés de vente de gaz.

La CRE continuera de procéder régulièrement aux audits et vérifications nécessaires, afin de vérifier l'adéquation de la formule et la couverture des coûts par les tarifs, et de contribuer à améliorer leur transparence et leur prévisibilité. La CRE mènera ces audits selon un calendrier permettant leur prise en compte pour la préparation d'un arrêté relatif à la révision des tarifs avant le 1^{er} juillet.

Elle émet un avis favorable aux autres dispositions du projet de décret sous réserve de la modification de son article 5.

Fait à Paris, le 11 avril 2013

Pour la Commission de régulation de l'énergie,
Le président,

Philippe de LADoucETTE