

Communication de la CRE sur l'indépendance et le fonctionnement du gestionnaire du réseau de transport

Sur le rapport du directeur général, et après en avoir délibéré, elle a adopté la communication sur l'indépendance et le fonctionnement du Gestionnaire du Réseau de Transport, ci-après.

Sur le rapport du directeur général, et après en avoir délibéré, elle a adopté la communication sur l'indépendance et le fonctionnement du Gestionnaire du Réseau de Transport, ci-après.

Le 7^{ème} alinéa de l'article 12 de la loi du 10 février 2000 dispose que le "directeur du Gestionnaire du Réseau de Transport est seul responsable de sa gestion et dispose, à ce titre, du pouvoir d'engager les dépenses liées à son fonctionnement et à l'accomplissement de ses missions".

L'article 53 de la même loi est venu préciser les sources et conditions d'exercice des pouvoirs du président d'EDF, en explicitant notamment les modalités de délégation et subdélégation de ses pouvoirs.

Pour autant, la loi n'a pas précisé comment le directeur du Gestionnaire du Réseau de Transport (GRT) pouvait, lui-même, déléguer ses propres pouvoirs. L'établissement EDF a donc envisagé d'établir une délégation de pouvoir du président d'EDF au directeur du Réseau de Transport Electrique (RTE) comportant faculté de subdéléguer. EDF et le RTE en ont informé la CRE. L'examen de cette délégation a révélé de nombreuses difficultés résultant de la contradiction entre principes (indépendance du GRT-unité de l'établissement) ou d'imprécisions que la loi n'a pas dissipées (source des pouvoirs du directeur du GRT et articulation avec les organes sociaux de l'établissement).

La directive 96/92 CE fait obligation aux Etats membres de créer, là où il n'existait pas en tant que tel, un "Gestionnaire du Réseau de Transport". L'article 7.6 dispose que ce GRT "doit être indépendant, au moins sur le plan de la gestion, des autres activités non liées au réseau de transport : l'article 12 de la loi du 10 février 2000 a repris ces dispositions en énonçant que le GRT "est indépendant sur le plan de la gestion des autres activités d'EDF".

Cependant, comme la directive le permet, cette indépendance doit s'exercer à l'intérieur d'une seule et même personne morale, celle de l'EPIC EDF. La loi énonce en effet clairement que le GRT n'est qu'un service (d'EDF) gestionnaire du réseau. Ainsi, la loi désigne expressément EDF comme gestionnaire du réseau (art. 2, II, alinéa 2), définit les missions du GRT comme celles d'un service "au sein d'EDF" (art. 12) et ne retire pas ces missions de l'objet social de l'établissement (art. 44-I). Le GRT n'est donc pas doté de la personnalité morale.

L'indépendance a été organisée par le législateur par l'énoncé d'un certain nombre de principes : conditions spéciales de nomination et de révocation du directeur, affirmation de la subordination hiérarchique du personnel au seul directeur, budget propre, approbation du budget d'investissement par la CRE, contrôle de la CRE sur les activités de marché (marché d'ajustement et achat des pertes), séparation comptable et relations avec le reste de l'entreprise définies par des protocoles, dont les principes sont approuvés par la CRE, obligation de préservation des secrets des informations commercialement sensibles, etc.

Cependant, la mise en œuvre effective de ces règles doit être conciliée avec l'unité de l'établissement que le législateur a maintenue. Cette conciliation nécessaire n'a pourtant fait l'objet d'aucune disposition particulière dans la loi permettant d'articuler le fonctionnement normal des

organes sociaux de l'établissement avec celui du GRT. Une seule disposition précise les relations entre EDF et GRT, dans le domaine de la gestion du personnel : le président d'EDF doit consulter le directeur du GRT avant de prendre des décisions dans ce domaine. Paradoxalement, cette unique précision apparaît en contradiction avec la directive 96/92 CE (cf. infra.).

Concrètement, pour le fonctionnement de l'établissement et du RTE, le silence de la loi soulève les problèmes suivants :

- la source des pouvoirs du directeur du GRT n'est pas identifiée pas plus que leurs modalités pratiques d'exercice. Ces pouvoirs ne peuvent être regardés comme émanant du conseil d'administration qui pourrait (ainsi que la loi est venue le préciser pour le président d'EDF) les déléguer directement : le principe général du droit selon lequel il ne saurait exister de délégation sans texte l'interdit ; ils ne peuvent pas non plus émaner du président, qui les aurait reçus du Conseil, le principe même des délégations du président, discrétionnaires et révocables, étant strictement incompatible avec l'indépendance du GRT et la séparation des autres activités. On ne peut donc qu'être amené à considérer que le directeur du GRT tient ses pouvoirs (à l'exception de ceux de gestion du personnel, implicitement réservés au président) d'une habilitation législative directe, au demeurant cohérente avec les modalités particulières de sa désignation. Cette analyse se heurte toutefois, pour être concrétisée, au fait qu'aucune disposition ne la conforte expressément, et qu'aucune disposition ne permet au directeur du GRT de déléguer ces pouvoirs.
- l'étendue même des pouvoirs du directeur du GRT est insuffisamment précisée par la loi, et, même analysée comme reposant sur une habilitation législative directe, ne peut être regardée comme excluant totalement les différents organes de direction et de contrôle de l'établissement de leur exercice. Ainsi, à titre d'exemples, l'individualisation du budget du GRT et l'approbation du budget d'investissement par la CRE ne peuvent, par elles-mêmes, avoir privé le conseil d'administration de l'EPIC de sa compétence normale de vote du budget. Cependant, le fait que le directeur du GRT ne puisse être membre de ce conseil, que le président ait seul la maîtrise de son ordre du jour, que ses décisions soient placées sous la tutelle du ministre chargé de l'énergie sont autant d'éléments qui sont incompatibles avec l'indépendance de gestion du GRT. De nombreux autres exemples de telles contradictions peuvent être cités (l'approbation des comptes par le Conseil est de droit, mais le principe du secret des informations commercialement sensibles lui interdit l'accès aux informations comptables élémentaires ; le Conseil doit à l'évidence connaître des investissements, notamment financiers, mais seule la CRE peut approuver le budget d'investissement que le directeur du GRT est seul habilité à élaborer ; le directeur du GRT a seul le pouvoir de prendre des engagements vis à vis des tiers pour le fonctionnement du réseau, mais le Conseil devrait connaître de leurs engagements importants pouvant mettre en cause le bilan de l'entreprise, particulièrement en cas de prise de participation ; le directeur du GRT est seul apte à ester en justice pour les affaires concernant son domaine exclusif de responsabilité, mais les effets des décisions de justice ne peuvent concerner que l'établissement...).

On notera que l'ensemble de ces problèmes serait aisément résolu - ou n'aurait pas existé - si le GRT avait été érigé en personne morale distincte, ce qui serait compatible avec l'unité du statut du personnel applicable à EDF, objectif auquel le législateur était particulièrement attaché, et d'ailleurs garanti expressément par la loi.

Compte tenu des problèmes pratiques immédiats qui doivent être résolus pour assurer le fonctionnement du GRT, la Commission estime nécessaire :

- de décrire et apprécier les conditions dans lesquelles, à titre transitoire, il est possible d'assurer le fonctionnement du système créé par la loi sans porter une atteinte excessive aux exigences de la directive.

- d'énoncer les conditions dans lesquelles les pouvoirs publics devraient intervenir pour remédier dans un délai raisonnable à cette situation.

I – Dispositions transitoires

L'établissement a informé la CRE de la mise en place d'une délégation de pouvoir du président au directeur du RTE, avec faculté de subdéléguer.

Pouvant apparaître comme inutile en tant qu'elle concerne les pouvoirs que le directeur tient directement de la loi, et inadéquate au regard de l'indépendance du GRT, puisque discrétionnaire et révocable, cette délégation a cependant l'avantage de permettre un exercice effectif de ses missions par le directeur, notamment par la faculté effective de subdéléguer qu'elle lui confère, ainsi que par la délégation de pouvoirs de gestion du personnel conformes à l'esprit de la directive et de la loi.

Cette délégation, dans l'état où elle a été transmise à la CRE par l'établissement, appelle les remarques suivantes :

Remarques générales :

Le projet de délégation mentionne ceux des articles de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 qui exigent que le directeur du RTE. bénéficie des pouvoirs pour exercer les missions dont la loi l'a investi, dans le respect du principe d'indépendance de gestion résultant de la transposition des dispositions de l'article 7-6 de la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996. Cette liste, qui n'est pas exhaustive, pourrait susciter des interrogations sur la délimitation exacte des compétences déléguées au directeur du RTE. et nuire ainsi au bon fonctionnement du GRT et au fonctionnement harmonieux d'EDF.

Le projet de délégation instaure par ailleurs des procédures de consultation des autres services d'EDF, préalables à l'exercice par le directeur du RTE. des pouvoirs qui lui sont délégués. Le maintien de ces dispositions préjudicierait à l'indépendance du RTE. Soit le respect de ces procédures conditionne la validité vis-à-vis des tiers des décisions prises par le directeur du RTE. : compte tenu de l'imprécision des motifs fondant le caractère obligatoire des procédures de consultation, l'indépendance du RTE., dans son fonctionnement quotidien, serait mise en cause, et la sécurité juridique des actes du RTE. fortement compromise. Dans l'hypothèse inverse, plus compatible avec l'interprétation retenue par la Commission du principe d'indépendance de gestion, l'instauration de telles procédures ne relèverait pas d'une décision de délégation de pouvoirs, mais plutôt d'un "code de procédures", purement interne à l'établissement et inopposable aux tiers.

Sur les pouvoirs en matière d'exploitation du réseau

Au titre de l'exploitation, le sixième alinéa du 3° du projet de décision ne délègue au directeur du RTE. que le pouvoir de "conclure et signer toute convention relative aux raccordements au réseau de transport d'électricité avec les utilisateurs du dit réseau". Le caractère restrictif de cette délégation n'est pas compatible avec l'indépendance du directeur du RTE. Ce sont naturellement l'ensemble des contrats relatifs à l'accès au réseau et à son utilisation que le directeur du RTE doit pouvoir conclure.

Le septième alinéa relatif aux comptages effectués par le RTE devrait préciser que le RTE effectue ces prestations nécessaires à l'exercice de ses missions. Le RTE ne doit pas accomplir ces tâches pour le compte d'autres activités d'EDF dont celle de transport est indépendante. Ces activités, en effet, n'ont pas été désignées par la loi pour intervenir dans ce domaine.

Sur les pouvoirs en matière financière

Le cinquième alinéa du 7° doit être rédigé de manière à ce que la transmission des comptes du RTE selon les règles, normes et méthodes comptables soit compatible avec la préservation des secrets garantie par la loi, notamment par son article 16.

Le projet de délégation, en n'autorisant le RTE à ne prendre des participations que dans les organismes et sociétés où sa présence serait "indispensable" à l'exercice de ses missions, réduit les possibilités pour le RTE d'assurer, de manière indépendante, le bon fonctionnement de son activité, et rend l'appréciation de la régularité de la décision du directeur du RTE à ce titre particulièrement incertaine.

La CRE recommande donc que le projet qui lui a été communiqué soit modifié ainsi : Le Président du Conseil d'administration d'Electricité de France.

.....

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

.....

Délègue au directeur du gestionnaire du réseau public de transport (RTE), pour l'exercice de ses missions qui lui sont dévolues par la loi du 10 février 2000 susvisée,

.....

2°) Concernant les pouvoirs en matière juridique, le directeur du RTE, dans les domaines relevant de sa mission, peut également :

- agir devant toutes juridictions, tant en demande qu'en défense, au nom d'Electricité de France, dans les matières qui entrent dans les compétences des services du RTE ; il peut faire tous actes utiles, y compris ceux de nature à mettre fin à l'action engagée, et ceux relatifs à l'exécution des décisions de justice ;

.....

3°) Concernant l'exploitation, le directeur du RTE dispose du pouvoir d'engager les dépenses liées à son fonctionnement et à l'accomplissement de ses missions. Il peut également prendre toutes dispositions nécessaires concernant les ouvrages de transport d'électricité dépendant des services placés sous son autorité, en vue :

.....

- conclure et signer toute convention relative à l'accès au réseau de transport public d'électricité avec les utilisateurs dudit réseau ;
- assurer, à la demande des tiers autorisés ou de leur mandataire et pour les comptes d'Electricité de France, les prestations de comptage, relève et facturation nécessaires à l'exercice de ses missions ;

.....

7°) Concernant le domaine financier, le directeur du RTE peut également :

.....

- produire et présenter au conseil d'administration des comptes du RTE, selon les règles, normes et méthodes comptables du groupe.

.....

- prendre, sur le budget propre du RTE, des participations dans les organismes et sociétés ou la présence du GRTE en tant qu'actionnaire serait utile au bon accomplissement de ses missions.

La CRE estime donc que cette délégation peut être adoptée sous réserve de ces remarques.

Elle devra cependant être mise en œuvre, durant la période transitoire précédant l'adoption des textes nécessaires, en respectant par ailleurs les règles suivantes :

- cette délégation doit être considérée comme irrévocable ; toute modification qui s'avérerait nécessaire devra être appréciée au regard de l'objectif d'indépendance du RTE, et la CRE souhaite en être informée au préalable ;
- sur ceux des pouvoirs du RTE qui ne peuvent être regardés comme étant exclus de la compétence organique du conseil d'administration, la CRE invite l'établissement à mettre en place volontairement, et à lui communiquer, des procédures garantissant dans toute la mesure du possible le respect des principes énoncés au 2) ci-dessous.

La CRE demandera au directeur du RTE de rendre compte de la mise en œuvre de ce dispositif transitoire, qu'elle continuera d'observer pour assister l'établissement dans le respect de ses obligations.

II – Dispositions pérennes

Des mesures appropriées qui pourront éventuellement impliquer des évolutions législatives doivent être adoptées par les pouvoirs publics dans les meilleurs délais. Elles doivent être conçues de manière à mettre en vigueur les règles ci-après :

- définition précise des pouvoirs du directeur du GRT : ceux-ci doivent notamment comprendre - dans le cadre statutaire choisi par le législateur - le pouvoir de gestion du personnel, élément essentiel de l'indépendance de gestion, dans tous ses aspects (recrutement, avancement, affectation)
- possibilité donnée au directeur du GRT de déléguer et subdéléguer ses pouvoirs
- droit de présentation par le directeur du GRT, à sa demande et sur son initiative, des actes relevant de la compétence du conseil d'administration, actes qui devraient être limitativement énumérés (budget, prises de participation au dessus d'un certain seuil, etc) et rédigés de façon à ne transmettre aux organes sociaux d'EDF aucune information commercialement sensible. Tous ces actes devraient, afin d'assurer l'égalité entre opérateurs, être tenus intégralement à la disposition des producteurs, fournisseurs ou distributeurs d'électricité, sur simple demande. Le conseil, après avoir pris connaissance de ces actes, ne pourrait que :
 - donner acte de la présentation
 - ou adopter un vœu, transmis à la CRE et à la tutelle de l'établissement, lorsque ces actes lui paraissent de nature à affecter la responsabilité ou les engagements de l'entreprise de façon anormale ou excessive.
- interdiction à tout organe de l'établissement d'exercer une compétence sur des matières relevant de la compétence du directeur du GRT, à l'exception d'une information là où elle est nécessaire, réalisée par le GRT lui-même dans des conditions, notamment de respect du secret, conformes à son indépendance : les décisions du directeur du GRT ne peuvent être soumises à aucun contrôle ni aucune autorisation préalables propres à l'établissement EDF.
- corrélativement, création, au sein du GRT, de ceux des organes homologues à ceux de l'établissement garantissant, notamment, le respect des droits des salariés.

Conclusion :

Le dispositif ainsi mis en place permettra d'assurer le fonctionnement effectif du GRT. La mise en œuvre complète de la directive 96/92 CE exige toutefois que les garanties d'indépendance du GRT soient institutionnalisées dans un délai raisonnable ce qui nécessite une intervention des pouvoirs publics dont l'urgence est à la mesure de l'importance des garanties d'indépendance du GRT pour le succès de l'ouverture du marché.

Sur le rapport du directeur général, elle a adopté le présent relevé de conclusions.

Fait à Paris, le 12 octobre 2000

Jean Syrota