

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE



Le Président

CRE/2021/DAJ/AB/327

Paris, le 11 février 2021

Madame la Secrétaire générale du Gouvernement,

Par un référé en date du 15 janvier 2021, et au terme du contrôle des comptes et de la gestion de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) pour les exercices 2013 à 2019, le Premier président de la Cour des comptes a appelé l'attention du Premier ministre sur trois points qui révéleraient selon la Cour « *des risques liés à la latitude et à la marge d'interprétation laissées à cette autorité administrative indépendante* ».

Outre mon étonnement, je souhaite vous faire part des éléments d'analyse dont je dispose sur ces trois recommandations et qui me conduisent à désapprouver fermement l'ensemble des propositions formulées par la Cour dans son référé.

La recommandation n° 1 de la Cour vise à « *préciser dans la loi, que les contrats d'accès au réseau conclus selon un modèle approuvé par la CRE régissent exclusivement les relations financières entre les gestionnaires des réseaux de distribution et les fournisseurs d'électricité et de gaz naturel* ».

Si le contenu de cette recommandation n'est pas en lui-même problématique, force est de constater qu'il n'est pas utile pour sécuriser les conditions de rémunération des fournisseurs pour la gestion de clientèle effectuée pour le compte des gestionnaires de réseaux (autrement appelée « Commissionnement »). En effet, aucune stipulation contractuelle relative aux relations financières entre les gestionnaires de réseaux et les fournisseurs dans le cadre du contrat unique, n'a jamais été ni ne saurait exister en dehors du contrat d'accès au réseau.

C'est au terme d'une analyse erronée que la Cour est parvenue à cette recommandation. Le rapport dont elle est issue distinguait à tort la nature des contrats de prestation de service (« CPS »), qui prévoyaient que ERDF (devenue Enedis) rémunérerait certains fournisseurs, et les contrats d'accès au réseau (contrats « GRD-F ») conclus entre ces mêmes parties : or les CPS stipulaient bien qu'ils « complètent le contrat GRD-F ». Il ne pouvait en aller autrement dans la mesure où, en application de l'article L.111-92 du code de l'énergie, c'est ce contrat d'accès au réseau qui règle les relations entre le gestionnaire de réseau et le fournisseur et qui permet au client final de pouvoir bénéficier d'un contrat unique.

En outre, conformément à la recommandation de la Cour, la CRE contrôle le contenu de ces contrats d'accès au réseau, depuis que la loi « Hydrocarbures » du 30 décembre 2017 lui a confié non seulement le soin d'approuver les modèles de contrat ou de protocole d'accès au réseau établis par chaque gestionnaire de réseaux de distribution d'électricité et de gaz, mais aussi la compétence lui permettant de fixer le niveau de la rémunération concernée. Tous les modèles de contrat d'accès aux réseaux approuvés par la CRE régissent d'ores et déjà les modalités financières entre les gestionnaires de réseaux et les fournisseurs. Ainsi, la recommandation de la Cour est sans objet.

Madame Claire LANDAIS
Secrétaire générale du Gouvernement
Hôtel Matignon
57 rue de Varenne
75700 Paris

Cela étant rappelé, la CRE déplore les critiques émises par la Cour sur son intervention dans ce dossier. Pour les raisons évoquées ci-avant, la Cour ne peut ainsi reprocher au régulateur d'avoir « *validé seul une rémunération dont le montant n'avait pas été suffisamment audité, ni contredit [...] à l'occasion d'une consultation publique, comme c'est l'usage pour toutes les délibérations tarifaires de la CRE* » en 2012, sans commettre un anachronisme regrettable. La CRE ne dispose en effet de la compétence d'approuver les modèles de contrat d'accès au réseau et plus encore, du pouvoir de fixer le montant de la rémunération des fournisseurs pour la gestion de clientèle, que depuis l'entrée en vigueur de la loi « Hydrocarbures », soit en 2018. La comparaison de la procédure suivie par les parties pour conclure des CPS en 2012, avec la procédure d'adoption des décisions tarifaires de la CRE est motivée par des considérations anciennes que je me suis appliqué à corriger et est aujourd'hui infondée.

Ainsi, la recommandation n° 1 n'appelle pas de suites dans la mesure où les dispositions législatives ainsi que les décisions du Conseil d'Etat permettent d'ores et déjà d'y répondre.

Par ailleurs, sur ce sujet, je souhaite vous alerter à mon tour sur les développements de la Cour visant à ce que le mécanisme de rémunération des fournisseurs mis en place depuis 2018 soit reconsidéré.

La Cour considère à tort qu'il serait préférable « *de laisser les fournisseurs évaluer eux-mêmes, dans leur offre commerciale, le prix à recevoir de leurs clients en contrepartie de leurs coûts de gestion de clientèle, y compris lorsqu'ils concernent l'acheminement de l'énergie* ». En effet, compte tenu de l'obligation législative qui a été faite aux fournisseurs de proposer la conclusion d'un contrat unique aux consommateurs dans le cadre de la libéralisation du marché, c'est bien l'intervention de la CRE en 2018 qui a permis de stabiliser la situation, en régulant la rémunération qui était due aux fournisseurs dans ce cadre contractuel. Il est nécessaire de rappeler ici que les décisions de la CRE portant sur la rémunération des fournisseurs de gaz ne sont plus contestées et que s'agissant de l'électricité, la décision du Conseil d'Etat du 31 décembre 2020 (*Sté Direct Energie, Sté ENI Gas & Power*, n° 416802 et s.) a confirmé la méthode et les niveaux de rémunération définis par la CRE.

Il n'y a pas non plus d'effet anticoncurrentiel à craindre de ce mécanisme. De la même manière que les coûts de gestion de clientèle étaient antérieurement intégrés dans la part fourniture des tarifs réglementés de vente (TRV), qui servent de référence importante pour le marché de détail, ils le sont désormais via la part acheminement des TRV et des offres des fournisseurs. Par conséquent, un fournisseur nouvel entrant demeure tout autant incité que par le passé à battre le TRV et les offres concurrentes, y compris en optimisant ses coûts de gestion de clientèle pour le compte du gestionnaire de réseau de distribution dans les offres qu'il propose.

A l'inverse, les développements de la Cour, qui conduiraient à proscrire toute rémunération des fournisseurs par les gestionnaires de réseaux pour la gestion de clientèle effectuée pour leur compte, ouvrent la voie à de nouveaux contentieux aux enjeux financiers considérables et à d'éventuels effets d'aubaine si des fournisseurs parvenaient à faire invalider le nouveau cadre juridique mis en place.

Force est de constater que cette solution emporterait en effet de nombreuses faiblesses juridiques. Elle nécessiterait notamment de supprimer, en parallèle, l'obligation de proposer le contrat unique prévu par le législateur en 2006 (actuel article L.224-8 du code de la consommation), sous peine de méconnaître le droit de propriété des fournisseurs en leur déniaient toute rémunération pour les prestations que la loi leur impose de réaliser dans ce cadre contractuel. Pour cette même raison, il y aurait nécessairement une période transitoire dans laquelle cohabiterait une rémunération des fournisseurs pour la gestion des contrats uniques conclus antérieurement à cette prohibition, et la gestion de contrats non rémunérés.

Les craintes émises par la Cour sur le dispositif en place sont ainsi sans commune mesure avec celles que devraient susciter la réforme proposée par la Cour dans son rapport d'observations provisoires et qui semble encore être sienne au vu des analyses contenues dans le référé adressé au Premier ministre.

La recommandation n° 2 de la Cour consiste à « *nommer un commissaire du Gouvernement auprès de la CRE ou, à défaut, proposer la suppression de l'article L. 133-4 du code de l'énergie* ».

La recommandation de nommer un commissaire du Gouvernement auprès de la CRE ne manque pas d'étonner, dans la mesure où elle prend le contrepied du projet de recommandation qui figurait dans le rapport d'observations provisoires de la Cour. Surtout, cette faculté irait à l'encontre de l'ensemble des prescriptions européennes en matière d'indépendance des régulateurs. La CRE renvoie sur ce point aux très récentes décisions et prises de position juridictionnelles sur les garanties d'indépendance du régulateur, y compris vis-à-vis de toute entité publique, pour l'exercice des missions qui lui sont confiées, notamment : l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 décembre 2020 (affaire C-767/19) condamnant la Belgique pour non-respect des obligations qui lui incombent en vertu des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE ; ou encore les conclusions de l'avocat général Monsieur PITRUZZELLA dans l'affaire opposant la Commission européenne et la République fédérale d'Allemagne (affaire C-718/18).

Il convient donc au contraire de la demande de la Cour de supprimer l'article L.133-4 du code de l'énergie.

Je note en outre que cette recommandation vise à répondre au constat de la Cour d'un « *élargissement progressif du champ d'intervention de la CRE au-delà de ses missions prévues par la loi* », notamment s'agissant de « *l'activité de coopération avec les gouvernements étrangers* » et de l'« *important effort de prospective allant au-delà de la réflexion stratégique et technique nécessaire pour un régulateur* ». Je regrette ici le manque de jugement de la Cour, alors que la France mène actuellement une importante politique de transition énergétique qui nécessite de trouver collectivement des solutions.

J'ajoute qu'il est naturel et évident pour une institution comme la CRE de réfléchir au futur du secteur qu'elle régule (l'AMF et l'ARCEP, par exemple, le font aussi) et c'est encore plus indispensable dans la période actuelle. La volonté d'associer largement les acteurs du secteur permet de ne pas réfléchir seulement « en chambre ».

La démarche de prospective a ainsi permis d'accélérer la prise de conscience au sein de la CRE, et peut-être ailleurs, que le système énergétique français ne peut pas rester à l'écart des transformations en cours. Cette démarche a débouché sur des travaux, réflexions et propositions nouvelles de la CRE, concernant des thématiques essentielles et qui auraient pu rester négligées si la CRE s'était limitée à ses tâches « quotidiennes » :

- proposition portée par la CRE d'un dispositif d'expérimentation réglementaire, finalement inscrit dans la loi énergie climat du 8 novembre 2019 ;
- rapport sur l'autoconsommation individuelle et collective du 15 février 2018 ;
- rapport sur les réseaux d'électricité au service du véhicule électrique d'octobre 2018 ;
- feuille de route de la CRE sur le stockage de l'électricité du 5 septembre 2019.

Il ne s'agit bien évidemment pas de se substituer au ministre chargé de l'énergie, mais de regarder et préparer l'avenir, sur des sujets qui concernent directement la CRE dans ses missions principales de régulation des réseaux et de bon fonctionnement des marchés.

Quant à l'activité de coopération internationale qu'elle mène, la CRE réaffirme qu'elle est indiscutablement dans le rôle que lui confère le Code de l'énergie en mettant son expertise à disposition des autorités françaises. Le législateur français a identifié ce rôle du régulateur puisque le code de l'énergie prévoit expressément, à l'article L. 134-12, que la CRE « *est associée, à la demande du ministre chargé de l'énergie, à la préparation de la position française dans les négociations internationales dans les domaines de l'électricité et du gaz naturel. Elle participe, à la demande du ministre chargé de l'énergie, à la représentation française dans les organisations internationales et européennes compétentes en ces domaines* ».

La CRE assume ainsi parfaitement de jouer un rôle majeur dans l'association des régulateurs de l'énergie méditerranéens (MEDREG) et d'avoir créé le réseau des régulateurs de l'énergie francophones (RegulaE.Fr), qui réunit 30 membres et joue notamment un rôle actif dans la diffusion des bonnes pratiques de gestion des systèmes énergétiques dans les pays d'Afrique francophone.

La recommandation n° 3 de la Cour qui vise à « *autoriser la publication d'opinions dissidentes par les commissaires annexées aux délibérations du collège de la CRE* » méconnaît, quant à elle, des dispositions nationales s'appliquant, bien au-delà de la CRE, à l'ensemble des autorités administratives indépendantes (AAI) et autorités publiques indépendantes (API). Elle irait à l'encontre de l'article 9 de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, qui interdit aux membres de ces autorités de prendre, à titre personnel, une position publique qui pourrait être préjudiciable au bon fonctionnement de l'autorité. Elle s'opposerait également au secret des délibérés prévu par ce même article.

En outre, la mise en œuvre d'une telle recommandation ne serait pas sans poser des difficultés en termes de lisibilité de la norme, en complexifiant des délibérations qui permettent d'ores et déjà, par leur motivation et leur transparence, d'exposer et de prendre en compte l'intégralité des positions exprimées par les acteurs. Il convient de rappeler également que, contrairement aux décisions de certaines juridictions suprêmes publiant les opinions dissidentes, une telle pratique pour une autorité administrative s'accompagnerait de risques contentieux accrus. Cela explique, peut-être aussi, qu'aucune de ces autorités n'ait adopté cette pratique.

Il ne peut donc être donné une suite favorable à cette recommandation.

Renouvelant mon étonnement devant de telles recommandations, je vous prie d'agréer, Madame la Secrétaire générale du Gouvernement, mes hommages respectueux. *ev et meilleurs*


Jean-François CARENCIO