

Paris, le 31 MARS 2021

À

**Monsieur le Premier président  
de la Cour des comptes**

Objet : Référé intitulé « La commission de régulation de l'énergie ».

A la suite du contrôle opéré par la Cour sur les comptes et la gestion de Commission de régulation de l'énergie (CRE), vous avez appelé mon attention sur l'encadrement et la coordination des responsabilités respectives du Gouvernement et du régulateur.

Je note que le contrôle de la Cour a permis de dresser un bilan globalement satisfaisant de l'action de la Commission de régulation de l'énergie. La Cour indique, néanmoins, qu'elle a constaté « *l'élargissement du champ d'intervention de la CRE au-delà de ses missions prévues par la loi [...et que la CRE] a parfois cherché à assumer des responsabilités délaissées par l'administration centrale* », que le périmètre des missions de la CRE « *n'est pas toujours respecté par la CRE elle-même, mais aussi par l'administration centrale* ».

Je ne partage pas cette analyse. Les missions et compétences de la CRE sont définies et strictement encadrées par le code de l'énergie et respectées par la CRE et par le Gouvernement.

Dans le contexte d'un marché de l'énergie intégré au niveau européen, d'un système de l'électricité interconnecté, d'évolutions et d'innovations technologiques toujours plus importantes dans le domaine de l'énergie, il appartient au régulateur de travailler et de réfléchir avec l'ensemble des acteurs sur le secteur qu'il régule.

De tels travaux de prospective sont d'ailleurs également menés par d'autres régulateurs, comme l'ARCEP ou l'AMF par exemple. Il est attendu du régulateur qu'il s'inscrive dans un cadre de réflexion et de coopération international, comme le prévoit le code de l'énergie.

Les recommandations de la Cour appellent les observations et réponses suivantes.

**1.- La Cour conclut à un « encadrement normatif lacunaire de la fonction de régulation », à la suite de son analyse de la gestion du dispositif dit de commissionnement par la CRE relatif à la rémunération des fournisseurs pour les opérations menées pour le compte des gestionnaires de réseaux dans le cadre des contrats uniques prévus par l'article L.224-8 du code de la consommation.**

**Elle recommande ainsi en premier lieu que la loi précise que les contrats d'accès au réseau conclus selon un modèle approuvé par la CRE régissent exclusivement les relations financières entre les gestionnaires de réseaux de distribution et les fournisseurs d'électricité.**

Je ne partage pas cette analyse. Les fonctions et missions de la CRE sont strictement encadrées par le code de l'énergie et répondent aux exigences du droit européen en matière d'énergie.

S'agissant du commissionnement, pour mémoire, dans sa décision du 13 juillet 2016, le Conseil d'Etat a indiqué que : *« En prévoyant ainsi la souscription par le consommateur d'un " contrat unique " auprès du fournisseur, qui agit au nom et pour le compte du gestionnaire de réseau de distribution, [le législateur] n'a pas entendu modifier les responsabilités respectives de ces opérateurs envers le consommateur d'électricité. Dès lors, les stipulations des contrats conclus entre le gestionnaire de réseau et les fournisseurs d'électricité ne doivent pas laisser à la charge de ces derniers les coûts supportés par eux pour le compte du gestionnaire de réseau. »*.

C'est en application de cette décision du Conseil d'Etat que la CRE a été amenée délibérer le 26 octobre 2017 sur les contreparties versées par les gestionnaires de réseaux de distributions (GRD) aux fournisseurs et sur les modifications des tarifs d'utilisation des réseaux dans le cadre des contrats uniques.

L'article 13 de la loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement a confié à la CRE la compétence de fixer *« la méthodologie de calcul des tarifs d'utilisation des réseaux et les évolutions de ces tarifs, ainsi que la rémunération des fournisseurs pour les prestations de gestion de clientèle qu'ils réalisent pour le compte des gestionnaires de réseaux de distribution dans le cadre de l'exécution des contrats portant sur l'accès aux réseaux et la fourniture de l'électricité »* (article L.134-1 du code de l'énergie). Cette disposition législative a conduit la CRE à délibérer de nouveau le 18 janvier 2018 pour fixer le niveau de la rémunération due par les gestionnaires de réseaux de distribution aux fournisseurs.

La Cour remet en cause la généralisation du commissionnement, au motif notamment qu'il pourrait laisser *« subsister un risque de surfacturation dans le cas où le fournisseur enregistrerait un coût de gestion de clientèle inférieur à la rémunération qu'il reçoit du GRD »* et que *« la régulation par la CRE, du montant du commissionnement depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 vient alimenter le flux des recours contentieux de la part des fournisseurs qui estiment insuffisante la rémunération qui leur est accordée »*.

Sur le risque de surfacturation, je ne partage pas non plus l'analyse de la Cour. D'une part, les montants fixés par la CRE font suite aux travaux qu'elle a engagés fin 2016 sur les coûts de gestion des clients en contrat unique, à une étude externe qu'elle a fait réaliser sur l'analyse de ces coûts, et à une consultation publique organisée du 4 mai au 9 juin 2017, à laquelle 42 contributions ont été apportées (fournisseurs, associations de consommateurs, gestionnaires d'infrastructure, autorités organisatrices de la distribution d'énergie, organisations syndicales et autres acteurs). Ces coûts résultent donc d'une étude économique approfondie et reflètent les coûts d'un « fournisseur efficace ».

D'autre part, compte tenu du caractère très compétitif du marché de la fourniture de gaz et d'électricité, quand bien même un fournisseur réaliserait les prestations prévues au titre du gestionnaire de réseau à un coût inférieur au coût administré, ce qui n'est pas démontré, il serait en tout état de cause incité à répercuter ce « gain » éventuel dans le montant de ses offres commerciales, pour gagner des parts de marché.

Cela revient, dans la pratique, à ce que les fournisseurs répercutent bien dans leurs offres commerciales leurs coûts réels de gestion de clientèle, s'ils sont plus avantageux que celui du commissionnement.

Par ailleurs, la Cour indique que la prise en compte du commissionnement dans les tarifs réglementés de vente d'électricité (TRV) « *revient à annuler l'intérêt pour la rémunération des fournisseurs* » et aurait conduit à une baisse des tarifs administrés montrant que « *tant que cette correction n'était pas intervenue, il existait, pour le consommateur, un risque de double paiement du même service* ».

Les TRV sont construits par empilement des coûts d'un fournisseur type :

- coût d'approvisionnement en électricité basé sur le prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, et sur un complément de marché ;
- coûts des garanties de capacité ;
- coûts d'acheminement ;
- coûts de commercialisation, qui incluent une rémunération normale.

Ainsi, dans sa délibération du 11 janvier 2018 portant proposition des tarifs réglementés de vente d'électricité, la CRE a pris en compte ses délibérations relatives au commissionnement en augmentant les coûts d'acheminement des TRV à hauteur de la composante de gestion des clients en contrat uniques et en diminuant d'autant les coûts de commercialisation.

Il ne s'agit donc nullement d'une baisse des TRV due au commissionnement, qui au demeurant n'a pas vocation à constituer un « *intérêt pour la rémunération des fournisseurs* », mais une juste rémunération des prestations réalisées pour le compte des GRD.

Enfin, les délibérations de la CRE ont été validées par le Conseil d'Etat dans sa décision du 31 décembre 2020<sup>1</sup>. Cette décision clôt les éventuels recours « *de la part de fournisseurs qui [estimeraient] insuffisante la rémunération qui leur est accordée* ».

Le cadre législatif et réglementaire actuel du commissionnement permet ainsi de répondre aux difficultés rencontrées par le passé. Il est à présent stabilisé et ne devrait donc pas être remis en cause.

A l'inverse, la révision du fonctionnement du commissionnement risquerait d'induire de nouveaux contentieux et incertitudes pour les acteurs de marché emportant in fine des enjeux financiers importants et des risques, y compris pour les consommateurs, à l'instar des contentieux qui ont accompagné la mise en place du commissionnement. J'estime ainsi qu'il n'y a pas lieu de faire évoluer ce dispositif.

## **2. La Cour indique que l'Etat devrait être plus attentif à la fonction de régulation, au périmètre de l'intervention de la CRE et à sa gouvernance.**

2.1. En premier lieu, la Cour indique que le Gouvernement aurait dû corriger les insuffisances de la loi sur le sujet du commissionnement. Comme l'indique le Conseil d'Etat dans sa décision du 31 décembre 2020, la CRE était bien compétente « *pour modifier les tarifs d'utilisation du réseau public de distribution d'électricité afin d'y inclure une composante correspondant au montant des rémunérations que doit verser le gestionnaire de réseau en contrepartie de ces prestations* ».

Par la suite, c'est bien le projet de loi du Gouvernement mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures conventionnels et non conventionnels qui a prévu que la CRE fixe également la rémunération des fournisseurs par les GRD dans le cadre du contrat unique.

<sup>1</sup> Arrêts n° 416802, 416805, 419231, 420263

S'agissant du contentieux fiscal lié à la contribution au service public de l'électricité (CSPE), la Cour indique que l'Etat s'est déchargé de sa gestion sur le régulateur. Toutefois, la CRE est bien l'autorité compétente pour gérer ce contentieux.

L'affaire Messer, du nom de la SAS Messer France venant aux droits et obligations de la société Praxair SAS, constitue la « tête de série » d'un contentieux de masse pour des restitutions de CSPE : 53 000 réclamations ont été déposées auprès de la CRE, et 16 000 recours ont ensuite été portés devant les tribunaux administratifs pour contester les refus implicites de la CRE de répondre aux réclamations. La CRE ayant reçu les réclamations en tant qu'autorité administrative chargée de l'ancien mécanisme d'auto-compensation de CSPE, elle a attribution de compétence pour traiter les réclamations contentieuses.

En effet, l'avis contentieux Société Praxair du Conseil d'Etat a reconnu à la CRE la compétence pour connaître des réclamations contentieuses relatives à la CSPE concernant les défauts de déclaration ou de paiement de la contribution par des contribuables de la CSPE : « 4. 4. *En vertu des articles R. 772-1 et R. 772-2 du code de justice administrative, les requêtes relatives aux taxes dont le contentieux ressortit à la juridiction administrative et qui sont présentées et instruites dans les formes prévues par ce code doivent être précédées d'une réclamation adressée à la personne morale qui a établi la taxe* ».

Il résulte de la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-419 QPC du 8 octobre 2014 que la loi n'autorise ni le gestionnaire du réseau de distribution ou de transport d'électricité ni le fournisseur d'électricité à émettre un état exécutoire en vue du recouvrement de la contribution au service public de l'électricité.

En revanche, les dispositions du dix-huitième alinéa de l'article 5 de la loi du 10 février 2000, reprises à l'article L.121-18 du code de l'énergie, donnent compétence à la Commission de régulation de l'énergie pour émettre, en cas de défaut ou d'insuffisance de paiement de la contribution dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle est due, une lettre de rappel, qui constitue un acte de redressement, assortie d'une pénalité de retard.

Dès lors, la Commission de régulation de l'énergie doit être regardée comme l'autorité qui a établi la taxe au sens des dispositions de l'article R.772-2 du code de justice administrative. La CRE est donc bien compétente pour connaître des réclamations contentieuses relatives à cette contribution.

Enfin, il ne semble ni pertinent ni efficace en matière d'utilisation des ressources publiques, alors même que la CRE a déjà mis en place les outils et procédures nécessaires au traitement de ces contentieux de masse, de transférer cette mission à l'Etat.

## **2.2. La recommandation n° 2 de la Cour préconise de nommer un commissaire du Gouvernement auprès de la CRE, ou, à défaut, de proposer la suppression de l'article L.133-4 du code de l'énergie, prévoyant une telle désignation.**

L'existence d'un commissaire du Gouvernement au sein d'une autorité administrative indépendante (AAI), afin de faire valoir les intérêts fondamentaux de l'Etat, ne remet pas en cause l'indépendance de cette AAI.

Il en existe dans de nombreuses instances, comme l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers ou encore la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Rien ne permet de conclure du droit sectoriel que la présence d'un commissaire du Gouvernement, qui ne prend pas part à la production des délibérations du Collège, ne puisse pas être compatible avec l'indépendance de la CRE telle que prévue dans la directive 2009/72/UE modifiée. Le collège délibère dans des conditions de stricte indépendance, puisque le commissaire du Gouvernement doit se retirer lors des délibérations.

Néanmoins, si la loi prévoit effectivement la présence d'un commissaire du Gouvernement nommé auprès de la CRE, cette faculté n'est en tout état de cause aujourd'hui pas utilisée. L'opportunité de supprimer le Commissaire du Gouvernement auprès de la CRE pourra être étudiée.

A défaut de nomination d'un commissaire du Gouvernement, **la Cour recommande d'autoriser la publication d'opinions dissidentes par les commissaires, annexées aux délibérations du collège de la CRE (recommandation n°3).**

Si une telle faculté semble être prévue pour le fonctionnement de groupe d'experts, notamment dans le domaine de la santé, je considère que cette proposition n'est pas opportune s'agissant du collège de la CRE.

Le rôle et les fonctions du collège d'une AAI sont de toute évidence bien différents de celui d'un groupe d'experts. L'unité de la compétence délibérante du collège est en effet essentielle.

Par ailleurs, il n'existe pas de telle faculté pour les membres des collèges des autres autorités de régulation sectorielles (ART, ARCEP, etc.), et cela mettrait donc la CRE dans une situation particulière par rapport aux autres AAI. Enfin, ouvrir une telle possibilité conduirait nécessairement à une fragilisation juridique des délibérations du collège, en mettant en évidence des voies de recours, et en portant préjudice à la nature unitaire de la compétence délibérante confiée au collège.

Enfin, une telle mesure serait en contradiction avec l'article 9 de la loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes qui prévoit notamment que *« Les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes ne prennent, à titre personnel, aucune position publique préjudiciable au bon fonctionnement de l'autorité à laquelle ils appartiennent./Les membres et anciens membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes sont tenus de respecter le secret des délibérations »*.



Jean CASTEX