

Décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie en date du 20 janvier 2016 relative à l'exécution de la décision du 19 septembre 2014 statuant sur la demande de règlement de différend enregistrée sous le numéro 11-38-13

Le comité de règlement des différends et des sanctions,

Vu la demande de règlement de différend, enregistrée le 22 juillet 2013, sous le numéro 11-38-13, présentée par la société DIRECT ENERGIE, anciennement dénommée POWEO, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le numéro 442 395 448, dont le siège social est situé 2^{bis} rue Louis Armand, 75015 Paris et venant aux droits de la société DIRECT ENERGIE (ancien numéro au registre du commerce et des sociétés n°448 572 057) à la suite de la fusion intervenue le 11 juillet 2012 entre ces sociétés, représentée par son Président Directeur Général, M. Xavier Caïtucoli, ayant pour avocat Maître Jean-Dominique BLOCH, Cabinet Bloch-O'Mahony-Tissier AARPI, 9 rue de Chaillot, 75116 Paris.

Par une décision du 19 septembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions a décidé que :

« **Article 1^{er}.** – La société GRDF devra transmettre à la société POWEO DIRECT ENERGIE un nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision conforme aux principes rappelés dans la présente décision.

Article 2. – La société GRDF communiquera au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, dans le même délai que celui prescrit à l'article 1^{er}, le nouveau contrat.

Article 3. – Le surplus des demandes de la société POWEO DIRECT ENERGIE est rejeté.

Article 4. – La présente décision sera notifiée aux sociétés POWEO DIRECT ENERGIE et GRDF. Elle sera publiée au Journal officiel de la République française. »

*

Vu le courrier du 29 mai 2015 par lequel la société GRDF a transmis au comité de règlement des différends et des sanctions « *trois avenants aux contrats d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel conclus* » avec la société DIRECT ENERGIE et a précisé qu'ils entreraient en vigueur au 1^{er} juin 2015, après leur signature par la société DIRECT ENERGIE.

*

Vu le courrier du 10 juillet 2015 par lequel la société DIRECT ENERGIE a indiqué au Président du comité de règlement des différends et des sanctions qu'elle considérait que la société GRDF n'avait pas respecté l'injonction du CoRDIS.

La société DIRECT ENERGIE soutient que la société GRDF n'a pas procédé à la rectification structurelle du contrat, notamment en ce qu'elle maintient « *la distinction artificielle de la distribution en deux*

prestations distinctes d'acheminement et livraison ».

Elle affirme également que les projets d'avenants introduisent une nouvelle distinction entre les prestations d'acheminement et de livraison, à travers la notion de « *prestations connexes à l'acheminement, dont le gestionnaire de réseaux soutient que l'exécution lui serait « confiée » par le fournisseur* ».

La société DIRECT ENERGIE prétend que la société GRDF lui impose un mécanisme d'avance des montants de part acheminement non encore payés par les clients finals et prévoyant, en ce qui concerne les impayés desdits clients, de soumettre leur remboursement « *au respect par le fournisseur de conditions unilatéralement définies par GrDF et donc potestatives* », et dont les coûts seraient supportés par le fournisseur.

Elle soutient que le remboursement des impayés passés est subordonné au respect des mêmes conditions que le remboursement des impayés à venir, « *alors même que, d'évidence, on ne saurait raisonnablement exiger d'un fournisseur qu'il justifie rétroactivement, au cas par cas, de dizaines de milliers d'impayés, lorsque ses systèmes d'information n'ont pas été ab initio paramétrés à cet effet* ».

*

Vu les auditions des sociétés DIRECT ENERGIE, ENI GAS & POWER et GRDF, qui se sont tenues le 17 juillet 2015 à la Commission de régulation de l'énergie sous l'égide de deux membres du comité de règlement des différends et des sanctions, Madame Monique LIEBERT-CHAMPAGNE et Monsieur Roland PEYLET, les autres membres étant excusés, en présence des services de la Commission de régulation de l'énergie.

*

Vu le nouveau projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis par la société GRDF au comité de règlement des différends et des sanctions.

*

Vu les courriers du Président du comité de règlement des différends et des sanctions en date du 23 octobre 2015 invitant les sociétés GRDF et DIRECT ENERGIE à transmettre leurs observations sur le nouveau projet d'avenant du 20 octobre 2015.

*

Vu le courrier, enregistré le 5 novembre 2015, par lequel la société GRDF a transmis au Président du comité de règlement des différends et des sanctions une note explicative du projet d'avenant du 20 octobre 2015.

La société GRDF estime que, compte tenu des « *difficultés opérationnelles, liées d'une part à la désynchronisation de la facturation au Fournisseur de la part acheminement par le Distributeur et de la facturation au Client de la fourniture de gaz naturel par le Fournisseur ainsi que de son recouvrement et, d'autre part, à des coûts importants d'adaptation et de gestion des systèmes d'information* », le remboursement du « flux » de créances irrécouvrables au titre de la part acheminement nécessite de mettre en place un mécanisme d'avance sur trésorerie rémunérée.

Elle précise que l'« Attestation établie par un commissaire aux comptes » permet de valider le schéma de comptabilisation du « stock des Créances Acheminement Irrécouvrables » et que l'« Attestation » permet également de valider le schéma de comptabilisation du flux de « Créances Acheminement Irrécouvrables ».

La société GRDF prévoit la faculté de faire réaliser, à ses frais, un « Audit », afin d'identifier les éventuelles « anomalies significatives » dans les montants et informations communiqués par le fournisseur.

La « Créance Client » recouvre tant les sommes dues au titre de la fourniture qu'au titre de l'acheminement et des prestations annexes, bien que la facture du fournisseur « *n'indique cependant pas, à la différence du secteur de l'électricité, la part acheminement facturée par le Distributeur* ».

La « Créance Client Irrécouvrable » représente la perte « *certaine et définitive* » pour le fournisseur de la « Créance Client ».

La « Créance Acheminement Irrécouvrable », correspond, quant à elle, à la part acheminement de la « Créance Client Irrécouvrable » et « *doit être identifiée, point de livraison par point de livraison* ».

Elle précise que la « Pièce justificative », nécessaire au remboursement du fournisseur, doit indiquer « *le montant des Créances Acheminement Irrécouvrables par point de livraison* », ainsi que le montant des intérêts sur le montant total de ces créances et les éventuels paiements ultérieurs du client.

La société GRDF indique que la « Période considérée » s'entend comme étant la période qui couvre la demande de remboursement de « Créances Acheminement Irrécouvrables ».

S'agissant du flux, la société GRDF affirme que le mécanisme d'avance sur trésorerie ne conduit pas à faire supporter au fournisseur le risque relatif aux « Créances Acheminement Irrécouvrables », « *dans la mesure où le Distributeur assume in fine le risque financier résultant du non-paiement par le Client de la part acheminement* », et que ce mécanisme est « *similaire à celui du Contrat d'ERDF* ».

Elle considère que, pour prétendre au remboursement des « Créances Acheminement Irrécouvrables », le fournisseur devra transmettre quatre informations essentielles au travers de la « Pièce justificative », à savoir :

- la liste des points de livraison concernés par la demande de remboursement, afin de déterminer le client correspondant et de s'assurer que lesdits points de livraison étaient bien « *rattachés au CAD du Fournisseur* » ;
- « *le montant total de la Créance Acheminement Irrécouvrable par Point de Livraison* » ;
- le montant total des intérêts correspondant à l'ensemble des « Créances Acheminement Irrécouvrables » ;
- le cas échéant, le montant des règlements des clients postérieurs au remboursement par GRDF des « Créances Acheminement Irrécouvrables ».

La société GRDF soutient que la méthode de calcul des intérêts sur l'avance de trésorerie effectuée par le fournisseur « *est identique à celle du Contrat ERDF* ».

Elle indique qu'en l'absence de communication par le fournisseur, dans les délais impartis, de l'« Attestation », elle « *sera en droit de suspendre ses remboursements, ainsi que le cours des intérêts* ».

Le projet d'avenant prévoit la possibilité, une fois par an, de faire réaliser un audit par un tiers expert indépendant choisi conjointement par les cocontractants. La société GRDF estime qu'il est nécessaire, « *pour des raisons de transparence, de prévisibilité et de sécurité juridique* », de détailler les modalités dudit audit. A cet égard, elle considère que le choix de détailler les modalités d'audit, non retenu dans le « Contrat d'ERDF », relève de la liberté contractuelle des parties.

Elle indique que les frais afférents à cet audit « *sont pris en charge en intégralité par GRDF* ».

Elle prétend que les modalités relatives à la sélection de l'échantillon visent à « *sélectionner un nombre de points de livraison statistiquement représentatif de l'ensemble des points de livraison audités* ».

Selon la société GRDF, la méthodologie d'analyse de l'audit permet de « *vérifier l'exactitude du montant des Créances Acheminement Irrécouvrables que le Fournisseur a demandé au remboursement sur un échantillon de points de livraison donné* ». Elle considère que, pour ce faire, le tiers indépendant doit calculer, pour chaque point de livraison de l'échantillon :

- le montant de la part acheminement, à partir des factures émises par le fournisseur, sur la période concernée et encadrée par deux index réels ;
- et le montant de la part acheminement irrécouvrable.

Elle précise que l'écart entre la somme des parts acheminement irrécouvrables recalculées et la somme des « Créances Acheminement Irrécouvrables » dont le fournisseur demande le remboursement pour l'échantillon considéré, permet d'obtenir un « taux d'écart » exprimé en pourcentage. Ainsi, elle indique qu'un taux d'écart supérieur à 2% entraîne un ajustement du montant de l'ensemble des remboursements effectués par GRDF sur la période.

Concernant le stock, la société GRDF estime qu'en application des règles de prescription en matière commerciale, elle aura à rembourser « *les créances acheminement déclarées irrécouvrables entre le 19 septembre 2009 et le 18 septembre 2014* ». Elle affirme cependant que la société DIRECT ENERGIE a bénéficié, à compter de sa saisine du CoRDiS le 22 juillet 2013, d'une suspension du cours de la prescription, lui permettant de demander le remboursement des « *créances déclarées irrécouvrables entre le 22 juillet 2008 et le 18 septembre 2014* ».

Elle précise que le remboursement du stock des créances acheminement irrécouvrables s'effectue après la communication d'une « Pièce Justificative », « *fournie au plus tard le 1^{er} juin 2016* ». Celle-ci doit comporter trois informations essentielles pour que GRDF procède au remboursement, à savoir, la liste des points de livraisons concernés, le montant de « Créance Acheminement Irrécouvrable » par point de livraison, ainsi que le montant des intérêts correspondants « *calculés sur la base réelle* ». Elle précise que « *ces informations sont similaires à celles requises pour le flux (sans le (iv)) et répondent ainsi aux mêmes justifications* ».

Elle estime que, conformément à la décision du 19 septembre 2014, le fournisseur doit aussi fournir une « Attestation établie par un commissaire aux comptes ».

La société GRDF considère qu'elle a la faculté de faire réaliser un audit qui, « *dès lors que GRDF en a informé le Fournisseur dans les quarante-cinq jours suivant la demande de remboursement, intervient avant le remboursement du montant du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables* ».

Elle précise qu'aux fins de cet audit, il est procédé à la collecte des « *mêmes éléments que pour le flux* », ainsi que de deux informations spécifiques au stock des impayés, à savoir, « *la date de passage en irrécouvrable* », afin de s'assurer que les créances ne sont pas prescrites, et « *les mesures de diligences* » correspondant aux critères de remboursement définis par le CoRDiS.

Elle prétend que dans l'hypothèse où l'audit révélerait un taux d'écart supérieur à 2%, « *le montant du stock de Créances Acheminement Irrécouvrables, incluant les intérêts, demandé au remboursement par le Fournisseur se voit appliquer le ratio correspondant au montant de la part acheminement irrécouvrable reconstituée sur le montant du stock demandé au remboursement* ».

Elle considère également que les cocontractants doivent signer un « protocole » qui « *formalise l'accord des parties sur les montants à rembourser par GRDF et donne un caractère définitif et irrévocable à ces montants* ». Elle précise qu'elle procède au paiement desdits montants à rembourser dans un délai de trente jours à compter de la signature du protocole.

Elle soutient que l'avenant entrera en vigueur « *à la date de la Décision du CoRDiS, soit le 19 septembre 2014* ».

Elle affirme que la « clause résolutoire » du projet d'avenant permet de prendre en compte les conséquences potentielles de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris.

*

Vu le courrier, enregistré le 5 novembre 2015, par lequel la société DIRECT ENERGIE a transmis au Président du comité de règlement des différends et des sanctions ses observations sur le projet d'avenant du 20 octobre 2015.

La société DIRECT ENERGIE précise que, contrairement à ce qu'indique le préambule du projet d'avenant, il n'y a pas eu de débat préalable à l'établissement dudit projet d'avenant, et qu'elle n'en a ainsi pris connaissance que lors de sa réception.

Elle soutient que le projet d'avenant méconnaît la décision du 19 septembre 2014, en ce que :

- d'une part, s'agissant des créances à venir, il renforce considérablement les stipulations convenues dans le cadre du contrat conclu avec ERDF, « *au point d'imposer au fournisseur un processus non objectif et bureaucratique* » ;
- et d'autre part, s'agissant du stock de créances, il conduit à imposer rétroactivement au fournisseur « *de séparer comptablement pour chaque PCE les parts fourniture et acheminement des impayés* » alors que la non-conformité du contrat d'acheminement avec la réglementation l'empêchait de le faire et que GRDF n'a pas transmis les informations nécessaires pour procéder à ladite séparation comptable.

Elle prétend, s'agissant des créances à venir, que le mécanisme d'avance ne représente que l'« *une des solutions qui sont compatibles avec la décision du 19 septembre 2014* » et que, s'agissant d'un mécanisme de crédit, il relève de l'exercice de la liberté commerciale du fournisseur.

Elle considère que la société GRDF ne saurait « *se prévaloir des principes de la solution ERDF comme une sorte de droit* », et en « *imposer unilatéralement des modalités opérationnelles différentes* ».

Elle affirme que le mécanisme proposé par la société GRDF tend à maintenir le transfert du risque d'impayés liés à la part acheminement sur le fournisseur.

La société DIRECT ENERGIE estime à ce titre, qu'à travers la notion de créance irrécouvrable, le projet d'avenant pose comme condition que la perte de la créance apparaisse « *certaine et définitive* », « *nonobstant sa conformité aux « pratiques fiscales et comptables opposables à l'administration fiscale »* ». Elle précise que cela permet à la société GRDF de contester, facture par facture, le remboursement des sommes avancées. Elle indique que le caractère irrécouvrable de la facture est incontestable, dans la mesure où le fournisseur facture également ses propres prestations de fourniture, impliquant de passer en irrécouvrable à la fois une créance « réseau » et la part « fourniture » qui lui revient.

La société DIRECT ENERGIE estime également que la définition de l'« attestation » remise par un tiers indépendant revient à demander de garantir « *que la créance de part acheminement irrécouvrable correspond effectivement à ce qui a été facturé PCE par PCE par GRDF au fournisseur* ». Elle affirme qu'une telle cohérence est impossible à garantir, dès lors que la société GRDF n'envoie aucun index mensuel estimé aux fournisseurs. Elle considère donc que, « *compte tenu des modalités imposées pour l'attestation* », le fournisseur ne pourra pas obtenir le remboursement des sommes avancées. Ainsi, elle prétend que la société GRDF continue de transférer le risque d'impayés sur le fournisseur.

La société DIRECT ENERGIE précise que les modalités de remboursement prévues par le projet d'avenant, permettent à la société GRDF de suspendre le remboursement tant que l'ensemble des informations, de l'avis de la société GRDF, n'a pas été communiqué. De la même manière, elle considère que la société GRDF s'arroge le droit de suspendre tout remboursement en cas de retard de transmission des attestations d'irrécouvrabilité.

La société DIRECT ENERGIE estime que les modalités de l'audit prévues par le projet d'avenant concernent des aspects déjà mis en œuvre par les auditeurs statutaires de la société, et reviennent à prétendre remettre en cause la sincérité des comptes de ladite société. Lesdites modalités s'écartent ainsi de celles usuellement formulées dans les contrats entre client et fournisseur, qui visent à vérifier l'exactitude des données pouvant échapper au champ des audits légaux et réglementaires. La société DIRECT ENERGIE soutient donc que l'audit prévu par le projet d'avenant ne peut intervenir que si la société GRDF apporte des éléments mettant en cause le comportement discriminatoire de la société à l'égard de ses propres créances. Elle affirme également que « *les coûts générés par les exigences de GRDF en matière d'audit ne sont pas valorisés par GRDF* ».

Elle soutient que, comparées au contrat d'ERDF, les dispositions organisant l'audit révèlent le caractère excessif des demandes de la société GRDF et que le caractère détaillé du mécanisme proposé lui confère

le caractère « *d'une menace permanente* », dont la société GRDF contrôle l'entier processus. A ce titre, elle souligne que la société GRDF entend « *dicter à l'expert les termes précis de sa mission* » en lui indiquant la méthodologie de sélection des points, et « *en exigeant de lui une vérification* « Point de Livraison par Point de Livraison » », et ainsi permettre à la société GRDF « *d'orienter les résultats de l'audit* ». Elle ajoute que l'audit exige le recueil d'informations « *que le distributeur n'a pas à connaître* », car relevant de la politique commerciale du fournisseur.

La société DIRECT ENERGIE prétend également que les conséquences attachées aux conclusions de cet audit sont excessives, en ce qu'il « *pré-qualifie comme étant une anomalie significative tout écart de plus 2%* » et prévoit un « *mécanisme d'imputation automatique sur facture de ces écarts alors extrapolés sur l'ensemble des flux de paiement* », et ce, sans prévoir que ces écarts puissent résulter d'erreurs ou de fautes de la société GRDF.

La société DIRECT ENERGIE estime que si elle concède un mécanisme d'avance au distributeur, cela induit nécessairement un « process » simple de remboursement, dans la mesure où il s'agit de sommes d'argent dues au fournisseur. Elle ajoute que ledit « process » doit appréhender des modes de facturations distincts choisis par chaque client, ainsi que des situations particulières.

Elle affirme que le processus proposé par la société GRDF aboutit à transférer une partie ses missions sur le fournisseur et constitue « *un abus de dépendance économique* ».

La société DIRECT ENERGIE affirme que le calcul des intérêts sur les avances prévu par le projet d'avenant conduit le fournisseur, en l'absence de rémunération, à faire « *l'avance des impayés à un taux inférieur à celui qu'elle supporte elle-même pour se financer plus une marge commerciale raisonnable* ».

La société DIRECT ENERGIE prétend, s'agissant du stock des créances, que le projet d'avenant n'est pas conforme à la décision du 19 septembre 2014. Elle souligne qu'il applique les définitions retenues pour les créances à venir et soumet le remboursement des créances passées du fournisseur « *à un audit substantiellement équivalent* », recouvrant les mêmes problématiques juridiques, en ce, y compris en ce qui concerne le calcul des intérêts.

Elle soutient que le calcul de la « Créance Acheminement Irrécouvrable » facture par facture revient « *à effectuer a posteriori un suivi comptable extrêmement lourd, voire impossible* » sans engager des « *frais colossaux* », afin de distinguer rétroactivement la part fourniture de la part acheminement. Elle considère, en outre, que ces exigences visent à « *bloquer tout remboursement, notamment à l'occasion des audits* ». A ce titre, la société DIRECT ENERGIE rappelle que la société GRDF « *facturait elle-même ses prestations de manière groupée et mensuelle* » sans afficher le montant de la part acheminement, point de livraison par point de livraison, mois par mois, de sorte que « *la notion même de Créance Acheminement Irrécouvrable n'existe rétrospectivement pas* », et n'a pas permis à la société DIRECT ENERGIE d'isoler « *systématiquement et automatiquement* » dans ses comptes la part acheminement passée en perte. Selon elle, cela revient à « *faire supporter à Direct Energie les conséquences des propres manquements de GRDF et à vider de toute effectivité* » la décision du 19 septembre 2014.

La société DIRECT ENERGIE estime également que la prescription commerciale qu'entend appliquer le projet d'avenant est « *assez surprenante* ». Elle soutient que la société GRDF ne fait courir l'effet interruptif de la prescription qu'à compter de la décision du CoRDiS, « *et non à partir de la date de la saisine du CoRDiS par Direct Energie* », alors qu'en application des articles 2241 et 2242 du code civil, « *tant que la Décision n'est pas exécutée par GRDF, le cours de la prescription n'a même pas recommencé à courir* ». Elle considère que le stock de créances « *s'est constitué jusqu'à la signature d'un Avenant conforme* », et que ledit stock de créances comprend « *toutes les sommes avancées par Direct Energie, depuis le 22 juillet 2008 et jusqu'à ce jour* ».

La société DIRECT ENERGIE, indique que « *les conditions d'entrée en vigueur des stipulations concernant le stock sont elles-mêmes inacceptables* », dans la mesure où elles « *ne feront l'objet d'un protocole permettant le remboursement qu'* » une fois le montant déterminé, le cas échéant, après la réalisation d'un audit ». Cette clause constitue, selon elle, « *une atteinte directe à l'effectivité de la Décision* » qui ne prévoit pas un tel audit.

Elle prétend qu'une méthode conforme à la décision du 19 septembre 2014 consisterait à « *appliquer un taux moyen de part acheminement constaté* » au « *montant total de créances passées en irrécouvrables* » attesté par les commissaires aux comptes du fournisseur, ou encore, à « *réaliser le même type d'attestation mais PCE par PCE* ».

Elle considère enfin que la rédaction de la clause résolutoire proposée dans le projet d'avenant « *est problématique* », puisqu'elle prévoit de « *faire disparaître l'Avenant en cas de réformation même seulement partielle de la Décision par la Cour d'appel* », et non amener les parties à discuter de ses conséquences.

La société DIRECT ENERGIE demande, par conséquent, au comité de « *tirer les conséquences de ce comportement qui fait injure au respect dû à ses décisions* ».

*

Vu le courrier, enregistré le 13 décembre 2015, par lequel la société GRDF a transmis au Président du comité de règlement des différends et des sanctions ses observations sur les commentaires de la société DIRECT ENERGIE relatifs au nouveau projet d'avenant du 20 octobre 2015.

La société GRDF affirme que, contrairement à ce que soutient la société DIRECT ENERGIE, les stipulations du projet d'avenant ont été « *discutées et débattues entre les Fournisseurs et le Distributeur* » dans le cadre de « *six séances de concertation du sous-groupe de travail « ad hoc CAD »* » sous l'égide de la Commission de régulation de l'énergie, donnant lieu à un projet d'avenant en date du 29 mai 2015. A la suite « *d'échanges avec les services de la CRE et le CoRDIS, GRDF a adressé une nouvelle version du projet d'Avenant, le 20 octobre 2015* », circonscrit « *au traitement des sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution de gaz et des prestations fournies par le Distributeur* ».

Elle soutient que dans le cadre de cette concertation, il a été convenu que « *la mise en œuvre du principe selon lequel, « pour reverser au gestionnaire de réseau les sommes dues au titre de l'utilisation du réseau, le fournisseur doit les avoir préalablement recouvrées auprès du client final » conduirait à des difficultés opérationnelles* ». Elle considère donc qu'un « *mécanisme d'avance sur trésorerie rémunérée, comme celui mis en œuvre en matière d'électricité* » et « *validé par le CoRDIS dans sa décision du 17 décembre 2012* » était nécessaire. Elle ajoute que ce mécanisme est conforme à la décision du 19 septembre 2014, « *puisque'il met à la charge de GRDF le montant des créances irrécouvrables au titre de la part acheminement* ».

Elle indique que le projet d'avenant détermine les modalités d'avance et de remboursement, d'une part, du flux de créances, entendu comme les « *créances acheminement déclarées irrécouvrables par le Fournisseur, à compter de la date de la Décision, soit le 19 septembre 2014* » et, d'autre part du stock de créances, entendu comme « *les créances déclarées irrécouvrables par DIRECT ENERGIE entre le 22 juillet 2008 et le 18 septembre 2014, compte tenu de sa saisine du CoRDIS* » interrompant la prescription.

La société GRDF souligne que, si le projet d'avenant reprend « *l'essentiel des stipulations adoptées dans le contrat ERDF et validées par le CoRDIS dans sa décision du 17 décembre 2012* », aucun texte ni principe n'interdisent à la société GRDF « *de proposer des rédactions qui ne sont pas strictement identiques à celles retenues dans le contrat ERDF ou de préciser les termes de l'avenant au CAD dans une recherche de transparence, de prévisibilité et de sécurité juridique accrue* ». Elle ajoute que les « *spécificités de la distribution du gaz naturel, notamment en matière de facturation* », nécessitent des adaptations et ajustements.

Elle prétend que, contrairement à ce qu'affirme la société DIRECT ENERGIE, « *le projet d'avenant ne fait pas porter au Fournisseur le risque relatif aux Créances Acheminement Irrécouvrables* ».

A ce titre, la société GRDF soutient que, s'agissant du flux de créances irrécouvrables, le mécanisme d'avance sur trésorerie prévoit, conformément à la décision du 19 septembre 2014, « *une juste rémunération* » du fournisseur, en ce que le remboursement des « *Créances Acheminement Irrécouvrables* » porte intérêts.

Elle estime, par ailleurs, que la critique de la société DIRECT ENERGIE portant sur la notion de « Créance Acheminement Irrécouvrable » est infondée, dès lors que sa perte « *certaine et définitive* » ne permet pas à GRDF « *de contester « facture par facture » les demandes de remboursement du Fournisseur* ». Elle souligne que le projet d'avenant « *rappelle le sens comptable qu'il convient de donner à une créance non recouvrée pour qu'elle soit qualifiée d'irréouvrable* », laquelle s'oppose, selon la jurisprudence et la doctrine fiscale, à « *la créance simplement douteuse* ». La précision rédactionnelle ne vise donc qu'à traduire « *une exigence comptable préalable à l'émission d'un certificat d'irréouvrabilité* ». La société GRDF estime, en outre, qu'il est inexact de considérer que le caractère irrécouvrable d'une créance « *serait incontestable* » du seul fait que le fournisseur facture également ses prestations de fourniture. Elle en déduit que la définition de la notion de « Créance Acheminement Irrécouvrable » dans le projet d'avenant ne remet pas en cause « *la prise en charge du risque d'impayés par le Distributeur* ».

La société GRDF affirme que la détermination des « Créances Acheminement Irrécouvrables » à travers un « *taux moyen* » est exclue, dans la mesure où la doctrine fiscale énonce que « *l'irréouvrabilité d'une créance ne peut être admise que « si le fournisseur ou le prestataire est en mesure de démontrer que sa créance est définitivement irrécouvrable », la preuve de l'irréouvrabilité résultant d'un constat d'échec des poursuites* ». Elle soutient, en outre, que la décision du 19 septembre 2014 impose que les « Créances Acheminement Irrécouvrables » correspondent à « *une part acheminement réellement facturée* », et non simplement estimée, et « *effectivement impayée* ». L'application d'un « *taux moyen* » aboutit, selon elle, à surévaluer la part acheminement des fournisseurs ayant de nombreux clients T1 et T2, « *dont la proportion de la part acheminement dans la facture est dès lors plus élevée* ». Elle en déduit que les observations de la société DIRECT ENERGIE doivent être écartées.

La société GRDF soutient que la définition de l'« *Attestation remise par un tiers indépendant* » « *ne modifie pas le principe validé dans le contrat ERDF* » par le CoRDiS, dès lors que la différence de rédaction s'explique par le fait que les factures gaz ne font pas apparaître la « part acheminement ». Elle ajoute que la définition proposée dans le projet d'avenant n'impose « *aucune fréquence de facturation au Fournisseur* ». Il en résulte, selon elle, que le risque d'impayés est bien supporté par GRDF.

La société GRDF prétend que les modalités de remboursement reposent sur la communication de la « *Pièce justificative* » dont le contenu « *est équivalent aux informations sollicitées par ERDF pour rembourser ses Fournisseurs, lesquelles ont été validées par le CoRDiS* ». Elle précise qu'il s'agit d'« *un système purement déclaratif, souple et non contraignant pour le Fournisseur* ». Elle considère, en outre, que la suspension du remboursement intervenant en cas de non transmission de l'« *Attestation* » ne remet pas en cause la charge du risque d'impayés pesant sur la société GRDF. Elle affirme enfin que cette pièce est « *indispensable pour GRDF en cas de contrôle fiscal* ».

La société GRDF prétend que, contrairement à ce que soutient la société DIRECT ENERGIE, « *la possibilité de faire réaliser un Audit a été validée en matière d'électricité par la décision du CoRDiS du 17 décembre 2012 et acceptée par DIRECT ENERGIE* », et qu'il permet, au-delà du travail des commissaires aux comptes, de « *s'assurer que les demandes de remboursement présentées par le Fournisseur ne comportent pas d'anomalies significatives* ». La société GRDF considère que si elle ne pouvait être en mesure de réaliser un tel audit, « *la CRE pourrait considérer que GRDF n'a pas suffisamment contrôlé les sommes demandées au remboursement* ». Cela permet également d'éviter tout « *acte anormal de gestion* ».

Elle soutient que les modalités de réalisation de l'audit sont également conformes à la décision du 19 septembre 2014, en ce que ledit audit est « *réalisé aux seuls frais de GRDF* », « *se présente comme le corollaire des modalités de remboursement des Créances Acheminement Irrécouvrables* », ne conditionne pas le remboursement du fournisseur, et se traduit, en cas d'anomalies significatives, « *par un ajustement du montant des remboursements effectués par GRDF* », qu'il soit en faveur ou en défaveur de la société GRDF. Contrairement à ce qu'affirme la société DIRECT ENERGIE, elle estime que la société GRDF se limite à définir les « *directives générales* » de la mission de l'expert « *en vue de calculer la part acheminement réelle des factures impayées* ». En outre, elle précise qu'elle n'aura pas accès aux informations relevant de la politique commerciale du fournisseur, puisque le tiers expert indépendant rend uniquement un rapport d'audit.

La société GRDF considère que si certains refus de paiement des clients sont imputables à GRDF, l'audit a pour objet de vérifier que les sommes remboursées *« correspondent effectivement à des sommes impayées par les clients »*, sans s'attacher aux causes du refus de payer par le client. Elle prétend, par ailleurs, que *« compte tenu des montants en cause »*, le taux d'écart de 2% est parfaitement justifié.

La société GRDF souligne également que le calcul des intérêts ne peut faire l'objet d'aucune critique, dès lors que *« le CoRDIS a validé le taux Euribor 12 mois s'agissant du contrat ERDF »* repris dans le projet d'avenant, et que la société DIRECT ENERGIE ne démontre pas que le taux ne permettrait pas *« de constituer la juste contrepartie de l'avance de trésorerie consentie sur les Créances Acheminement Irrécouvrables »*. Elle ajoute, en outre, que selon la jurisprudence, le caractère normal ou anormal de la rémunération des avances de fonds consenties par une entreprise à une autre doit être apprécié *« par rapport à la rémunération que le prêteur pourrait obtenir d'un établissement financier ou d'un organisme assimilé auprès duquel il placerait, dans des conditions analogues, des sommes d'un montant équivalent »*.

La société GRDF soutient que, s'agissant du stock de créances, le projet d'avenant *« fait supporter à GRDF le risque d'impayés de la part acheminement antérieur à la date de la Décision, selon les mêmes principes que pour le « flux » de créances »*.

A ce titre, elle estime erronée l'affirmation de la société DIRECT ENERGIE selon laquelle, au titre du projet d'avenant, l'effet interruptif de prescription *« n'aurait commencé à produire ses effets que le 19 septembre 2014 »*, dès lors que la demande de remboursement peut être présentée *« pour des créances déclarées irrécouvrables entre le 22 juillet 2008 et le 18 septembre 2014 »*.

Elle précise également que la réalisation éventuelle d'un audit représente *« un simple outil de contrôle destiné à sécuriser le remboursement du « stock » des créances, et, en aucun cas, une « menace » de GRDF »* incitant le fournisseur à baisser ses prétentions de remboursement.

Elle soutient qu'il en va de même pour *« les modalités opérationnelles du remboursement »*. A cet égard, elle considère *« parfaitement légitime »* que le montant de la créance *« soit calculé sur une base réelle »*, afin de s'assurer qu'il correspond aux montants facturés par le distributeur. Contrairement à ce qu'affirme la société DIRECT ENERGIE, elle indique que la société GRDF *« met à la disposition du Fournisseur 5 documents associés à la facture mensuelle »* détaillant le montant qu'elle facture au titre de la part acheminement.

La société GRDF rappelle enfin que la méthode proposée par la société DIRECT ENERGIE, consistant à appliquer un taux moyen de la part acheminement constaté sur une période, aux créances déclarées irrécouvrables sur la même période, ne peut être admise. Elle considère en effet que le remboursement doit correspondre aux *« impayés réellement subis par le Fournisseur »*, et qu'une telle méthode *« ne permettrait pas de prendre en compte une éventuelle évolution de la politique commerciale de DIRECT ENERGIE »*.

La société GRDF demande, par conséquent, au comité de *« constater et décider que sa décision du 19 septembre 2014 est exécutée par le projet d'Avenant du 20 octobre 2015, le cas échéant, sous réserve de l'application effective de cette nouvelle rédaction »*.

*

Vu les observations complémentaires, enregistrées le 4 janvier 2016, déposées par la société DIRECT ENERGIE.

S'agissant du paiement du stock des impayés, la société DIRECT ENERGIE soutient que les propositions de la société GRDF *« visent à lui imposer de reconstituer à ses frais et risques, des informations de nature comptable portant sur des créances, qui n'étaient pas celles de Direct Energie, alors que son titulaire, GrDF, n'a jamais cru bon de les lui fournir ab initio »*. A cet égard, elle estime que la distinction opérée par la société GRDF entre *« acheminement »* et *« livraison »* était *« en contradiction avec les textes communautaires »* et a conduit la société GRDF *« à ne pas respecter ses obligations légales et fiscales en matière de facturation »*. Elle en déduit que tenter de *« subordonner les conditions d'exécution de la décision du CoRDIS au traitement comptable et fiscal qui aurait été applicable si GrDF avait correctement*

tiré les conséquences de la réglementation sectorielle conduit à une dénaturation de la décision du 19 septembre 2014 ».

La société DIRECT ENERGIE soutient que la notion de « *créances irrécouvrables* » ne doit s'apprécier qu'au regard de sa comptabilité et que la seule preuve qui lui est imposée par la décision du CoRDIS est celle d'une attestation revue par un commissaire aux comptes, sans que la décision ne prévoit que la société GRDF puisse exercer un contrôle sur cette attestation produite par une profession réglementée et assermentée.

Elle rappelle également que « *la décision ne prévoit pas davantage que GrDF puisse subordonner le paiement à la réalisation d'un audit par un tiers indépendant* ».

La société DIRECT ENERGIE continue de soutenir que, « *pour le passé, l'ensemble des conditions posées par GrDF constitue en réalité autant de violations de la décision elle-même* ».

S'agissant des impayés à venir, la société DIRECT ENERGIE soutient que GRDF n'a pas la possibilité de lui dicter des conditions auxquelles la société DIRECT ENERGIE devrait lui faire l'avance des sommes dues par les usagers du service public.

Elle rappelle, en outre, que la décision du CoRDIS ne contient aucune référence à la notion de « *créance irrécouvrable* » en ce qui concerne les impayés à venir.

Elle considère que la société GRDF conditionne « *le droit au remboursement de l'avance consentie par Direct Energie, à l'appréciation par GrDF du caractère effectivement irrécouvrable, au regard de ses exigences comptables, de la créance de part acheminement* ». Elle estime que « *l'avance et la part acheminement constituent juridiquement deux créances distinctes* », et que si la société DIRECT ENERGIE accepte demain d'avancer une somme à la société GRDF, la créance qu'elle détiendra sera « *autonome et indépendante de la part acheminement* », même si son quantum est déterminé par la part acheminement non recouvrée.

La société DIRECT ENERGIE estime, à cet égard, que la rémunération de cette avance « *s'apparente à une forme d'affacturage* » qui ne saurait se résoudre à un simple prêt bancaire entre deux entreprises.

La société DIRECT ENERGIE soutient, enfin, que « *les exigences de GrDF en matière de plateforme informatique et de communication d'informations sont irrecevables* », et que le fait que la société GRDF en fasse une condition d'acceptation du mécanisme d'avance « *révèle un abus d'exploitation caractérisé* ».

La société DIRECT ENERGIE propose une solution qui, selon elle, forme un « *tout indissociable* », et consiste :

- « *pour le futur, en un mécanisme d'avance dont la condition essentielle est qu'il reproduise le plus fidèlement possible celui mis en place avec ERDF mais en prévoyant une rémunération au moins égale à celle qu'une entreprise d'affacturage proposerait à GRDF ;*
- *pour le passé, à ce que GRDF lui rembourse les impayés sur la base de l'attestation qui a été fournie et visée par son commissaire aux comptes* ».

*
* *

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de l'énergie, notamment ses articles L. 134-19 et suivants, et R. 134-7 et suivants ;

Vu le code de commerce, notamment son article L.110-4 ;

Vu le code civil, notamment ses articles 2233, 2241 et 2242 ;

Vu le décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau ;

Vu la décision du 20 février 2009, relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie ;

Vu la décision du 11 mars 2015, relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie ;

Vu la décision du 30 juillet 2013 du Président du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, relative à la désignation d'un rapporteur pour l'instruction de la demande de règlement de différend enregistrée sous le numéro 11-38-13 ;

*

Vu la décision du Président du comité de règlement des différends et des sanctions en date du 9 décembre 2015 fixant la date limite pour produire un mémoire dans le cadre de l'exécution de la décision du 19 septembre 2014.

*

Les parties ayant été régulièrement convoquées à la séance publique, qui s'est tenue le 20 janvier 2016, du comité de règlement des différends et des sanctions, composé de Madame Monique LIEBERT-CHAMPAGNE, président, Monsieur Claude GRELLIER, Madame Françoise LAPORTE et Monsieur Roland PEYLET, membres, en présence de :

Madame Alexandra BONHOMME, directrice juridique et représentant le directeur général empêché,

Monsieur Francis HAUGUEL, rapporteur,

Les représentants de la société DIRECT ENERGIE, assistés de Maître Olivier FREGET,

Les représentants de la société GRDF, assistés de Maître Roland de MOUSTIER,

Après avoir entendu :

- le rapport de Monsieur Francis HAUGUEL, présentant les moyens et les conclusions des parties ;
- les observations de Maître Roland de MOUSTIER pour la société GRDF et de ses représentants ; la société GRDF persiste dans ses moyens et conclusions ; elle demande au comité de se prononcer sur la conformité du projet d'avenant qu'elle a transmis le 20 octobre 2015 au comité et à la société DIRECT ENERGIE, et ses « améliorations ultérieures » transmises au CoRDiS par un courrier du 15 janvier 2016 ;
- les observations de Maître Olivier FREGET pour la société DIRECT ENERGIE et de son représentant ; la société DIRECT ENERGIE persiste dans ses moyens et conclusions ; elle demande que le comité constate que le délai fixé par la décision du 19 septembre 2014 n'a pas été respecté dès lors que le projet d'avenant dont la société GRDF demande qu'il soit regardé comme respectant la décision est daté du 20 octobre 2015, soit postérieurement à la date limite prévue par la décision du 19 septembre 2014.

Aucun report de séance n'ayant été sollicité ;

Le comité de règlement des différends et des sanctions en ayant délibéré le 20 janvier 2016, après que les parties, le rapporteur, le public et les agents des services se sont retirés.

*
* *

Rappel des faits

Aux termes de sa décision du 19 septembre 2014, notifiée aux parties le 28 novembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions a précisé que la société GRDF devra transmettre à la société DIRECT ENERGIE un « *nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision. A défaut de parvenir à un accord sanctionné par la signature du nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, les parties pourront saisir à nouveau le comité de règlement des différends et des sanctions pour apprécier la conformité du nouveau projet de contrat aux principes de la présente décision* ».

La société GRDF a transmis le 29 mai 2015 un nouveau projet de contrat au comité de règlement des différends et des sanctions, sur lequel la société DIRECT ENERGIE a émis des observations le 10 juillet 2015 et indiqué qu'elle considérait que la société GRDF n'avait pas respecté l'injonction du CoRDiS.

Un second projet d'avenant a été produit le 20 octobre 2015.

Dans son courrier du 5 novembre 2015, la société DIRECT ENERGIE a manifesté son désaccord sur la rédaction du projet d'avenant du 20 octobre 2015 proposé par la société GRDF.

Enfin, un nouveau contrat signé le 14 janvier 2016 avec un autre fournisseur a été produit par la société GRDF le 15 janvier 2016.

En l'absence de la signature d'un nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel entre la société GRDF et la société DIRECT ENERGIE, il y a lieu de constater le désaccord des parties et d'apprécier la conformité du projet d'avenant du 20 octobre 2015.

*

Sur le contrat signé avec un autre fournisseur, enregistré le 15 janvier 2016

L'article R. 134-12 du code de l'énergie dispose que « [...] *Après la clôture de l'instruction, aucune observation ne peut être déposée, ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office* ».

Le courrier, enregistré le 15 janvier 2016, par lequel la société GRDF a transmis une copie du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel qu'elle a signé le 14 janvier 2016 avec un autre fournisseur ayant été enregistré après la clôture de l'instruction fixée au 4 janvier 2016, est écarté des débats.

Au surplus, le contrat dont s'agit a été signé avec un autre fournisseur, tiers au litige, alors que la décision du 19 septembre 2014 imposait à tout le moins que l'appréciation du comité porte sur la conformité d'un projet de contrat proposé à la société DIRECT ENERGIE.

Sur la conformité du mécanisme d'avance sur trésorerie des sommes dues à raison du « flux » d'impayés

Dans sa décision du 19 septembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions a rappelé le principe selon lequel « *pour reverser au gestionnaire de réseaux les sommes dues au titre de l'utilisation du réseau, le fournisseur doit les avoir préalablement recouvrées auprès du client final. Il ne peut en être autrement que dans les cas où le fournisseur n'a pas effectué toutes les diligences requises pour recouvrer les sommes concernées, en particulier celles prévues par le décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau* ».

Le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit de modifier l'article 15 du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel intitulé « Facturation et modalités de paiement » en y ajoutant un point 15.6 ainsi rédigé :

« 15.6 Dispositions concernant les Créances Clients Irrécouvrables »

Dans sa décision du 19 septembre 2014, le CoRDiS a considéré que le contrat conclu entre le Distributeur et le Fournisseur ne peut avoir pour objet ou pour effet de faire supporter au seul Fournisseur l'intégralité du risque d'impayés.

Dès lors, les Parties conviennent que, pour mettre en œuvre les principes rappelés à l'article 12 et ci-dessus, le reversement, par le Fournisseur, des sommes dues au Distributeur se fait dans les conditions décrites aux articles 12 et 15.1 à 15.5 ci-dessus, sous réserve du respect de la procédure suivante :

- (i) Le Fournisseur s'engage à avancer à GRDF mensuellement la contre-valeur des sommes facturées selon les modalités définies aux articles 15.1 à 15.5, sans préjudice du paiement effectif par le Client au Fournisseur des sommes dues tant à son égard qu'à l'égard de GRDF pour l'utilisation du Réseau de Distribution et les prestations fournies par GRDF au titre du Catalogue des Prestations.*

GRDF rembourse l'avance consentie par le Fournisseur sur communication de la Pièce Justificative spécifiant le montant des sommes avancées par le Fournisseur à GRDF au titre de l'utilisation du Réseau de Distribution par le Client et des prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations et qui ont été passées en irrécouvrables (Créances Acheminement Irrécouvrables) au cours de la Période Considérée. [...] »

La société GRDF propose ainsi que le fournisseur s'engage à avancer mensuellement « la contre-valeur des sommes facturées » par le gestionnaire de réseaux en contrepartie du remboursement des sommes avancées par le fournisseur, assorti d' « Intérêts sur Avances de Trésorerie », à due concurrence des « Créances Acheminement Irrécouvrables » du fournisseur.

La société DIRECT ENERGIE soutient, s'agissant du traitement du « flux » des impayés relatifs à la part acheminement, que le mécanisme d'avance ne représente que l' « une des solutions qui sont compatibles avec la décision du 19 septembre 2014 » et qu'un tel mécanisme n'est acceptable qu'à la condition « qu'il reproduise le plus fidèlement possible celui mis en place avec ERDF mais en prévoyant une rémunération au moins égale à celle qu'une entreprise d'affacturage proposerait à GRDF ».

Indépendamment de la rémunération du fournisseur que suppose la mise en œuvre du mécanisme d'avance, un dispositif d'avance des sommes facturées au fournisseur au profit du gestionnaire de réseaux ne méconnaît pas, en lui-même, les principes énoncés par la décision du 19 septembre 2014, dès lors qu'il n'aboutit pas à faire supporter au fournisseur le paiement du tarif ATRD et de toute autre somme due au gestionnaire de réseaux non couverte par ce tarif.

Sur la notion de « créance irrécouvrable »

Le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit de modifier les « Définitions » du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, en ajoutant à la liste :

« [...] « Créance Client : montant total facturé par le Fournisseur au Client, comprenant d'une part les sommes dues au titre de la fourniture de Gaz et des services liés à cette fourniture et d'autre part les sommes dues au titre de l'utilisation du Réseau de Distribution et des prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations facturées par le Fournisseur au Client. »

« Créance Client Irrécouvrable : une Créance Client est dite irrécouvrable lorsque sa perte apparaît comme certaine et définitive - notamment par la preuve de poursuites, engagées en vue de recouvrer la Créance

Client, restées infructueuses, l'émission d'un certificat d'irrecouvrabilité par un tiers assurant les diligences de recouvrement pour le Fournisseur etc.. - et qu'elle est enregistrée en irrecouvrable dans la comptabilité du Fournisseur conformément aux pratiques fiscales et comptables opposables à l'administration fiscale. Elle s'entend hors toutes taxes et contributions.

Lorsqu'une partie seulement de la Créance Client est passée en irrecouvrable (en cas de paiement partiel de la Créance Client par exemple), la répartition entre la part relative à la fourniture de Gaz et aux services liés à cette fourniture et la part relative à l'utilisation du Réseau de Distribution et aux prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations, facturées par le Fournisseur au Client, se fait au prorata de la répartition de ces parts sur la ou les facture(s) Client correspondante(s). »

« Créance Acheminement Irrécouvrable : part de la Créance Client Irrécouvrable correspondant aux sommes, hors toutes taxes et contributions, relative à l'utilisation du Réseau de Distribution et aux prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations.

Une Créance Acheminement Irrécouvrable de la Période considérée P est une Créance Acheminement Irrécouvrable se rapportant à une Créance Client passée par le Fournisseur en irrecouvrable dans sa comptabilité au cours de la Période considérée P.

Le montant passé en irrecouvrable est isolé, Point de Livraison par Point de Livraison dans les systèmes de comptabilisation du Fournisseur avec application le cas échéant d'un prorata en cas de paiement partiel de la facture par le Client dénommé. Il peut aussi concerner un regroupement de Points de Livraison, à la condition que ceux-ci soient dûment identifiés.

Ce montant est arrêté à l'issue de chaque Période Considérée par le Fournisseur, pour les Créances irrecouvrables de la Période Considérée.» [...] »

Il en résulte que la société GRDF propose de subordonner le remboursement des impayés de la part acheminement au caractère certain et définitif de la créance irrecouvrable.

Sur le « stock » de créances dues au fournisseur au titre de la mise en conformité rétroactive du contrat

S'agissant du « stock » de créances dues au fournisseur au titre de la mise en conformité rétroactive du contrat, la société DIRECT ENERGIE soutient que la notion de « créances irrecouvrables » ne doit s'apprécier qu'au regard de sa comptabilité et que la seule preuve qui lui est imposée par la décision du CoRDiS est celle d'une attestation du commissaire aux comptes. Elle estime que la notion de « créance irrecouvrable » prévue dans le projet d'avenant pose comme condition que la perte de la créance apparaisse « certaine et définitive », nonobstant sa conformité aux pratiques fiscales et comptables opposables à l'administration fiscale.

Il résulte de la décision du 19 septembre 2014 que la condition attachée au caractère irrecouvrable des créances concernées du fournisseur est remplie par la production d'une attestation établie par un commissaire aux comptes. Cette condition, ainsi que celle attachée à la réalisation des diligences notamment requises par le décret n°2008-780 du 13 août 2008, sont les seules auxquelles le fournisseur est soumis pour être remboursé des sommes qui lui sont dues.

Sur le traitement du « flux » des impayés

S'agissant du traitement du « flux » des impayés relatifs à la part acheminement, le projet d'avenant du 20 octobre 2015 prévoit d'ajouter un point 15.6 aux termes duquel « GRDF rembourse l'avance consentie par le Fournisseur sur communication de la Pièce Justificative spécifiant le montant des sommes avancées par le Fournisseur à GRDF au titre de l'utilisation du Réseau de Distribution par le Client et des prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations et qui ont été passées en irrecouvrables (Créances Acheminement Irrécouvrables) au cours de la Période Considérée. »

Certes, ainsi que le souligne la société DIRECT ENERGIE, la décision du 19 septembre 2014 ne contient aucune référence à la notion de « créance irrecouvrable ».

La décision du 19 septembre 2014 indique « *que pour reverser au gestionnaire de réseaux les sommes dues au titre de l'utilisation du réseau, le fournisseur doit les avoir préalablement recouvrées auprès du client final. Il ne peut en être autrement que dans les cas où le fournisseur n'a pas effectué toutes les diligences requises pour recouvrer les sommes concernées, en particulier celles prévues par le décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau* ».

La notion même de « créance » du fournisseur sur le gestionnaire de réseaux ne résulte que du dispositif d'avance proposé par la société GRDF.

Si un tel mécanisme suppose l'accord des parties, le dispositif d'avance prévu par le projet d'avenant n'est pas sérieusement contesté, dans son principe, par la société DIRECT ENERGIE.

Dans ce cas, la société DIRECT ENERGIE devient le créancier du gestionnaire de réseaux. Le remboursement de ses créances peut alors être subordonné à leur qualification de « créances irrécouvrables », cette qualification n'aboutissant pas à ce que le fournisseur soit dans une situation trop éloignée de celle qui aurait été la sienne s'il n'avait pas eu à consentir cette avance au gestionnaire de réseaux.

Sur la conformité de l'attestation remise par un tiers indépendant

Sur le traitement du « flux » des impayés

S'agissant du traitement du « flux » des impayés relatifs à la part acheminement, le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit de modifier les « Définitions » du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, en ajoutant à la liste :

« [...] « *Attestation : document établi par un tiers expert indépendant (commissaire aux comptes notamment) validant le schéma de comptabilisation du montant de Créance Acheminement Irrécouvrable appliqué à l'exercice comptable clos le 31 décembre de l'année civile précédente, c'est-à-dire confirmant que (i) les Créances Acheminement Irrécouvrables déclarées par le Fournisseur dans la ou les Pièces Justificatives sont bien relatives à des Créances Irrécouvrables enregistrées comme telles dans sa comptabilité et que les créances concernées ont bien été sorties du bilan conformément aux règles comptables et fiscales applicables et opposables à l'administration fiscale, (ii) que les Créances Acheminement Irrécouvrables correspondent bien aux sommes dues au titre de l'utilisation du Réseau de Distribution et des prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations facturées par le Fournisseur au Client, (iii) qu'il n'y a pas eu d'encaissement subséquent relatif à des Créances Acheminement Irrécouvrables non déduit du montant de Créances Acheminement Irrécouvrables remboursé par GrDF au titre de cet exercice et (iv) que les créances concernées ont été enregistrées en irrécouvrable conformément à la définition qui en est donnée sous la notion de Créance Client Irrécouvrable (émission d'un certificat d'irrécouvrabilité notamment). Ces différentes procédures pourront être conduites sur la base de sondages dont le périmètre sera défini entre les Parties et non par des vérifications exhaustives.* » [...] »

La société DIRECT ENERGIE estime que la définition de l'« attestation » remise par un tiers indépendant revient à demander de garantir « *que la créance de part acheminement irrécouvrable corresponde effectivement à ce qui a été facturé PCE par PCE par GRDF au fournisseur* » et affirme qu'une telle cohérence est impossible à garantir.

L'exigence d'une attestation s'assurant de la conformité des sommes remboursées n'est pas en elle-même contestable. Toutefois, la société GRDF, selon les modalités définies dans le projet d'avenant, demande que les « créances acheminement irrécouvrables » correspondent exactement aux sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution par point de livraison. La société GRDF n'établit cependant pas que ses propres modalités de facturation permettent d'atteindre un tel degré de précision.

En tout état de cause, si le gestionnaire de réseaux estime que de telles informations sont nécessaires, il lui appartient de les produire.

En effet, l'article L. 432-8 du code de l'énergie dispose qu' « *un gestionnaire de réseau de distribution de gaz naturel est notamment chargé, dans le cadre des cahiers des charges de concession et des règlements de service des régies mentionnés au I du même article L. 2224-31 :*

[...]

7° D'exercer les activités de comptage pour les utilisateurs raccordés à son réseau, en particulier la fourniture, la pose, le contrôle métrologique, l'entretien et le renouvellement des dispositifs de comptage et d'assurer la gestion des données et toutes missions afférentes à l'ensemble de ces activités ».

Telle que définie dans le projet d'avenant proposé par la société GRDF, l'« attestation » conduit donc à imposer au fournisseur de produire à ses frais et risques une information que celui-ci ne détient pas et ainsi à transférer sur celui-ci le risque financier lié au non-paiement des sommes dues au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution.

Sur le « stock » de créances dues au fournisseur au titre de la mise en conformité rétroactive du contrat

S'agissant du « stock » de créances dues au fournisseur au titre de la mise en conformité rétroactive du contrat, le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit de modifier les « Définitions » du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, en ajoutant à la liste :

« « Attestation établie par un commissaire aux comptes : attestation établie par un commissaire aux comptes validant le schéma de comptabilisation du montant de Créances Acheminement Irrécouvrables appliqué aux exercices comptables concernés, c'est-à-dire confirmant que (i) les Créances Acheminement Irrécouvrables déclarées par le Fournisseur dans la Pièce Justificative sont bien relatives à des Créances Irrécouvrables enregistrées comme telles dans sa comptabilité et que les créances concernées ont bien été sorties du bilan conformément aux règles comptables et fiscales applicables et opposables à l'administration fiscale, (ii) que les Créances Acheminement Irrécouvrables correspondent bien aux sommes dues au titre de l'utilisation du Réseau de Distribution et des prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations facturées par le Fournisseur au Client, (iii) qu'il n'y a pas eu d'encaissement subséquent relatif à des Créances Acheminement Irrécouvrables non déduit du montant de Créances Acheminement Irrécouvrables déclarées par le Fournisseur dans la Pièce Justificative et (iv) que les créances concernées ont été enregistrées en irrécouvrable conformément à la définition qui en est donnée sous la notion de Créance Client Irrécouvrable (émission d'un certificat d'irrécouvrabilité notamment). Ces différentes procédures pourront être conduites sur la base de sondages dont le périmètre sera défini entre les Parties et non par des vérifications exhaustives. » [...] »

La société DIRECT ENERGIE soutient, s'agissant du « stock » de créances, que le projet d'avenant n'est pas conforme à la décision du 19 septembre 2014 dès lors notamment qu'il applique les définitions retenues pour les créances à venir. Elle soutient en outre que le calcul de la « Créance Acheminement Irrécouvrable » facture par facture revient « à effectuer a posteriori un suivi comptable extrêmement lourd, voire impossible » sans engager des « frais colossaux », afin de distinguer rétroactivement la part fourniture de la part acheminement.

En tant qu'elle correspond à l'une des conditions énoncées par la décision du 19 septembre 2014, il ne saurait être reproché à la société GRDF d'exiger la production d'une attestation établie par un commissaire aux comptes qualifiant les créances concernées d'irrécouvrables.

Toutefois, la société GRDF, selon les modalités définies dans le projet d'avenant, demande que les « créances acheminement irrécouvrables » correspondent exactement aux sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution par chaque client final.

Ainsi qu'il a été dit pour le traitement du « flux » des impayés, si le gestionnaire de réseaux estime que de telles informations sont nécessaires, il lui appartient de les produire. Il ne saurait dès lors imposer, a fortiori rétroactivement, au fournisseur de les reconstituer à ses frais et risques.

Sur la conformité des modalités de remboursement des sommes dues à raison du « flux » d'impayés

Le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit de modifier l'article 15 du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel intitulé « Facturation et modalités de paiement » en y ajoutant un point 15.6 ainsi rédigé :

« 15.6 Dispositions concernant les Créances Clients Irrécouvrables

Dans sa décision du 19 septembre 2014, le CoRDIS a considéré que le contrat conclu entre le Distributeur et le Fournisseur ne peut avoir pour objet ou pour effet de faire supporter au seul Fournisseur l'intégralité du risque d'impayés.

Dès lors, les Parties conviennent que, pour mettre en œuvre les principes rappelés à l'article 12 et ci-dessus, le reversement, par le Fournisseur, des sommes dues au Distributeur se fait dans les conditions décrites aux articles 12 et 15.1 à 15.5 ci-dessus, sous réserve du respect de la procédure suivante :

[...]

- (iv) Le dépôt sur la Plate-Forme, par le Fournisseur, de l'intégralité des informations de la Pièce Justificative vaut, pour la Créance Acheminement Irrécouvrable et le Point de Livraison en question, demande de remboursement.*

[...]

- (vi) Le Fournisseur transmettra une fois par an (si possible en janvier et en tout état de cause au plus tard fin février) une Attestation émise par un tiers expert indépendant (commissaire aux comptes notamment). En cas d'absence de transmission de cette Attestation à fin février d'une année N, GrDF sera en droit de suspendre tout remboursement à compter de cette date, étant entendu que le calcul des IAT sera également suspendu à compter de cette date au titre de l'ensemble des Créances Acheminement Irrécouvrables non remboursées à cette date. [...]* »

Il ressort de ces stipulations que la société GRDF conditionne le remboursement des sommes dues à raison du « flux » d'impayés à la production de l'intégralité des informations prévues par la pièce justificative et peut en outre, en l'absence de la transmission dans les délais de l'« attestation » émise par un tiers indépendant, suspendre tout remboursement du fournisseur pour les mois à courir.

La société DIRECT ENERGIE estime que la société GRDF s'arroge le droit de bloquer tout remboursement si la totalité des informations, telle qu'appréciée par la société GRDF, n'est pas produite, ou en cas de retard dans la transmission de l'attestation annuelle.

Ainsi qu'il a été dit, un dispositif d'avance des sommes facturées au fournisseur au profit du gestionnaire de réseaux ne saurait aboutir à faire supporter au fournisseur le paiement du tarif ATRD et de toute autre somme due au gestionnaire de réseaux non couverte par ce tarif.

Le gestionnaire de réseaux ne saurait donc prévoir unilatéralement la possibilité de s'exonérer du remboursement des sommes dues au fournisseur.

Le dispositif d'avance prévu par le projet d'avenant du 20 octobre 2015, qui prévoit la possibilité de suspendre le remboursement des sommes avancées par le fournisseur en cas d'absence de la transmission dans les délais de l'« attestation » émise par un tiers indépendant, est de nature à permettre le transfert du risque qui s'attache à l'exercice de la mission de service public du gestionnaire de réseaux sur le seul fournisseur et de le placer dans une situation différente de celle qui aurait été la sienne s'il n'avait pas eu à consentir l'avance des sommes facturées mensuellement par le gestionnaire de réseaux.

Sur la conformité des modalités de l'audit du « flux » d'impayés

Le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit de modifier l'article 15 du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel intitulé « Facturation et modalités de paiement » en y ajoutant un point 15.6 ainsi rédigé :

« [...] »

(vii) GRDF se réserve la possibilité de faire réaliser un Audit par un tiers expert indépendant choisi conjointement par les Parties. Cet Audit ne pourra avoir lieu plus d'une fois par année civile.

Les modalités de réalisation de l'Audit sont les suivantes :

- *Sur la(les) demande(s) de remboursement de Créances Acheminement Irrécouvrables de l'année civile objet de l'Audit, le tiers expert indépendant sera chargé d'auditer :*
 - *Pour les demandes de remboursement concernant un nombre de Points de Livraison inférieur à 1000 (mille), un échantillon de 10 (dix) %;*
 - *Pour les demandes de remboursement concernant un nombre de Points de Livraison supérieur à 1000 (mille), un échantillon de 2 (deux) %, dans la limite maximale de 100 (cent) Points de Livraison.*
- *La méthodologie de sélection des Points de Livraison est fournie par GRDF au tiers expert indépendant.*
- *La méthodologie d'analyse que conduira le tiers expert indépendant est la suivante :*
 - *Le tiers expert indépendant collectera, auprès du Fournisseur et de GRDF, aux fins d'analyse pour chaque Point de Livraison de l'échantillon :*
 - *La date de résiliation du contrat de fourniture de gaz naturel, le cas échéant ;*
 - *Le montant total de la Créance Client Irrécouvrable ;*
 - *Le montant de la Créance Acheminement Irrécouvrable pour lequel le Fournisseur demande le remboursement à GRDF ;*
 - *Le dernier index réel ;*
 - *L'index réel précédent le premier incident de paiement ;*
 - *Toutes les factures à l'origine de la Créance Client sur la période entre le dernier index réel et l'index réel précédent le premier incident de paiement.*
 - *Toute information ou tout élément utile à la réalisation de sa mission (factures d'acheminement de GRDF au Fournisseur incluant les prestations du Catalogue des Prestations, tarif du Point de Livraison sur la période concernée...).*
 - *Le tiers expert indépendant vérifiera (i) que, Point de Livraison par Point de Livraison, la proportion du montant de la Créance Acheminement Irrécouvrable sur le montant de la Créance Client Irrécouvrable correspond à la proportion du montant de la part acheminement facturée par GRDF sur le montant de la Créance Client et (ii) sur l'échantillon, le cas échéant, la différence entre le montant de la part acheminement irrécouvrable reconstituée et le montant des Créances Acheminement Irrécouvrables demandé au remboursement par le Fournisseur en pourcentage de ce dernier (dit « taux d'écart »).*

- *Le tiers expert indépendant rend ses conclusions dans un rapport d'audit, qu'il transmet aux Parties et qui précise l'existence d'anomalies suivantes :*
 - o *Sur chacun des Points de Livraison de l'échantillon, toute anomalie significative, notamment de calcul ;*
 - o *Sur l'échantillon, le « taux d'écart ».*

Dans le cas où cet Audit révèle un « taux d'écart » supérieur à 2 (deux) %, le Fournisseur ou GRDF, selon que le montant des Créances Acheminement Irrécouvrables demandé au remboursement par le Fournisseur s'avère être supérieur ou inférieur au montant de la part acheminement irrécouvrable reconstituée, reverse à l'autre Partie un montant égal à celui résultant de l'application du « taux d'écart » au montant remboursé par GRDF des Créances Acheminement Irrécouvrables augmentées des intérêts versés conformément au point (iii) ci-dessus, de l'année civile objet de l'Audit. Dans ce cas, GRDF reporte ledit montant sur la facture mensuelle d'acheminement suivante du Fournisseur. [...] »

La société DIRECT ENERGIE estime que « les coûts générés par les exigences de GRDF en matière d'audit ne sont pas valorisés par GRDF ». Elle soutient également que, comparées au contrat d'ERDF, les dispositions organisant l'audit révèlent le caractère excessif des demandes de la société GRDF et que la société GRDF contrôle l'entier processus. La société DIRECT ENERGIE soutient enfin que les conséquences attachées aux conclusions de cet audit sont excessives, en ce qu'il « *pré-qualifie comme étant une anomalie significative tout écart de plus 2%* » et prévoit un « *mécanisme d'imputation automatique sur facture de ces écarts alors extrapolés sur l'ensemble des flux de paiement* », et ce, sans prévoir que ces écarts puissent résulter d'erreurs ou de fautes de la société GRDF.

Pour légitime que soit le principe d'un audit du « flux » des impayés, le projet d'avenant ne saurait prévoir qu'il revient à la société GRDF de fournir unilatéralement au tiers expert indépendant la « *méthodologie de sélection des Points de Livraison* ». Il en va de même des modalités de l'audit et de ses conséquences qui relèvent de l'accord des parties.

Sur la conformité des intérêts sur les avances dans le cadre du mécanisme d'avance sur trésorerie des sommes dues à raison du « flux » d'impayés

Le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit de modifier l'article 15 du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel intitulé « Facturation et modalités de paiement » en y ajoutant un point 15.6 ainsi rédigé :

« [...] »

- (iii) Les Intérêts sur Avances de Trésorerie (IAT) que GRDF verse au Fournisseur en application du c) ci-dessus, sont calculés comme suit :*

$$IAT = M * \tau * D/B$$

Où :

IAT = Montant des Intérêts sur Avances de Trésorerie dus pour la Période Considérée pour un Point de Livraison et une Créance Acheminement Irrécouvrable donnés.

M = Montant de la Créance Acheminement Irrécouvrable hors toutes taxes.

τ = Valeur du « taux EURIBOR -12 mois » au premier jour du mois au cours duquel est intervenue la demande de remboursement adressée par le Fournisseur à GRDF moins 365 jours calendaires. Si le jour pointé n'a pas fait l'objet d'une parution du taux EURIBOR 12 mois pour cause de jour férié bancaire, le taux qui s'applique est celui du premier taux EURIBOR 12 mois après la date pointée.

La valeur r faisant foi pour le calcul des IAT est celle publiée sur le site internet de la Banque de France exprimé en pourcentage (par exemple, un taux EURIBOR 12 mois publié sur le site internet de la Banque de France de 0,456 correspond à un taux de 0,456% et donc à 0,00456 dans la formule ci-dessus).

D = 18 mois, soit 547 jours calendaires.

B = Durée en jours d'une année calendaire base 365. [...] »

La société DIRECT ENERGIE affirme que le calcul des intérêts sur les avances prévu par le projet d'avenant conduit le fournisseur, en l'absence de rémunération, à faire « l'avance des impayés à un taux inférieur à celui qu'elle supporte elle-même pour se financer plus une marge commerciale raisonnable », et que la rémunération de cette avance « s'apparente à une forme d'affacturage » qui ne saurait se résoudre à un simple prêt bancaire entre deux entreprises.

Ainsi qu'il a été rappelé, un dispositif d'avance des sommes facturées au fournisseur au profit du gestionnaire de réseaux ne méconnaît pas, en lui-même, les principes énoncés par la décision du 19 septembre 2014, dès lors qu'il n'aboutit pas à faire supporter au fournisseur le paiement du tarif ATRD et de toute autre somme due au gestionnaire de réseaux non couverte par ce tarif.

Si ce dispositif suppose, en outre, une rémunération au titre de sa mise en œuvre, il revient aux seules parties d'en définir les modalités et à la société GRDF de veiller au respect du principe de non-discrimination entre fournisseurs lors de leur définition.

Sur la période concernée par le « stock » de créances

Dans sa décision du 19 septembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions précise qu'« il appartient à la société GRDF de proposer un avenant au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel remettant la situation contractuelle dans l'état où elle aurait dû être si le contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel avait été ab initio conforme à la réglementation en vigueur ».

Le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit d'ajouter une Annexe J intitulée « Traitement du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables » au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, dont le point 1 établit les principes suivants :

« Le Fournisseur a facturé simultanément au Client la fourniture de Gaz et l'utilisation du Réseau de Distribution et les Prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations et a recouvré les sommes dues auprès du Client.

Dans sa décision du 19 septembre 2014, le CoRDîS a considéré que le contrat conclu entre le Distributeur et le Fournisseur ne peut avoir pour objet ou pour effet de faire supporter au seul Fournisseur l'intégralité du risque d'impayés et qu'il appartient au Distributeur de rembourser au Fournisseur les Créances Acheminement Irrécouvrables, sous réserve que le Fournisseur justifie qu'elles ont été qualifiées d'irréouvrables par un commissaire aux comptes et qu'il a effectué toutes les diligences requises pour recouvrer les sommes concernées, en particulier celles prévues par le décret n°2008-780 du 13 août 2008.

C'est dans ce contexte que le Distributeur s'engage à rembourser les Créances Acheminement Irrécouvrables pour la période antérieure à la décision précitée du CoRDîS dans les conditions précisées ci-après et sous réserve de l'application des règles de la prescription en matière commerciale, laquelle implique que les Créances Acheminement Irrécouvrables n'ont pas été déclarées irrécouvrables plus de 5 (cinq) ans avant la date de la décision du CoRDîS du 19 septembre 2014, soit avant le 19 septembre 2009 (sauf pour le(s) Fournisseur(s) ayant accompli un acte interruptif ou suspensif du délai de prescription). [...] »

La société DIRECT ENERGIE soutient que la société GRDF ne fait courir l'effet interruptif de la prescription qu'à compter de la décision du CoRDIS, « et non à partir de la date de la saisine du CoRDIS par Direct Energie », alors que le « stock » de créances « s'est constitué jusqu'à la signature d'un Avenant conforme » et que ledit « stock » de créances comprend « toutes les sommes avancées par Direct Energie, depuis le 22 juillet 2008 et jusqu'à ce jour ».

En application de l'article L.110-4 du code de commerce, « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes ». L'article 2233 du code civil prévoit que « la prescription ne court pas à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive ». En outre, aux termes de l'article 2241 du code civil, « la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion ». L'article 2242 du même code précise que « l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance ».

Il résulte de ces dispositions, ainsi que de l'ensemble des éléments qui précèdent, que la prescription des créances dues à la société DIRECT ENERGIE a été interrompue à compter de la saisine du comité. A la date de la décision du comité, soit le 19 septembre 2014, un nouveau délai de prescription a commencé à courir.

Par conséquent, et contrairement à ce qu'affirme la société GRDF, le « stock » de créances dues à la société DIRECT ENERGIE ne saurait être arrêté à la date du 18 septembre 2014. Ledit « stock » de créances continue en effet de se constituer jusqu'à la date de signature de l'avenant remettant la situation contractuelle dans l'état où elle aurait dû être si le contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel avait été *ab initio* conforme à la réglementation en vigueur.

Sur la conformité du calcul des sommes dues à raison du « stock » de créances

Dans sa décision du 19 septembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions énonce que, s'agissant de la mise en conformité rétroactive du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, « l'avenant au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel ne saurait prévoir la prise en compte d'impayés du fournisseur pour lesquels ce dernier ne justifie pas que les créances correspondantes ont été qualifiées d'irrécouvrables par un commissaire aux comptes et qu'il a effectué toutes les diligences requises pour recouvrer les sommes concernées, en particulier celles prévues par le décret n° 2008-780 du 13 août 2008 ».

Le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit d'ajouter une Annexe J intitulée « Traitement du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables » au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, dont le point 1 établit les principes suivants :

« [...] Dans ces conditions, les Parties conviennent que le Fournisseur fournit au plus tard le 1^e juin 2016 la Pièce Justificative suivante :

- a. La liste des Points de Livraison concernés par la demande de remboursement du montant de la Créance Acheminement Irrécouvrable
- b. Pour chacun des Points de Livraison, le montant de la Créance Acheminement Irrécouvrable dont le Fournisseur demande le remboursement pour la Période Considérée ;
- c. Le montant des intérêts dus au titre de la somme des Créances Acheminement Irrécouvrables mentionnées au point b) ci-dessus pour la Période Considérée et calculé conformément au point 2 ci-dessous ; Par ailleurs, le Fournisseur communique au Distributeur une Attestation établie par un commissaire aux comptes, telle que définie aux présentes Conditions Générales. [...] »

La société DIRECT ENERGIE soutient que le calcul de la « Créance Acheminement Irrécouvrable » facture par facture revient « à effectuer a posteriori un suivi comptable extrêmement lourd, voire impossible » sans engager des « frais colossaux », afin de distinguer rétroactivement la part fourniture de la part acheminement.

La société GRDF indique que les remboursements du « stock » de créances dues au fournisseur sont effectués *« selon les mêmes principes que pour le « flux » de créances »*.

Ainsi qu'il a été dit, il ne saurait être imposé au fournisseur de procéder à ses frais et risques au calcul rétroactif, pour chaque point de livraison, du montant des créances irrécouvrables dues par les clients finals au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution. En prévoyant un tel calcul, le projet d'avenant du 20 octobre 2015 conduit à transférer le risque financier lié au non-paiement des sommes dues au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution sur le fournisseur.

Eu égard au grand nombre, à la variété et à la faible valeur unitaire des factures concernées, il reviendra aux parties, le cas échéant, d'établir une méthode statistique suffisamment précise afin de déterminer le montant des créances irrécouvrables dues au fournisseur et constituées sur la période antérieure à la mise en conformité du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel.

Sur la conformité des modalités de l'audit du « stock » de créances

Le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit d'ajouter une Annexe J intitulée « Traitement du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables » au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, dont le point 1 établit les principes suivants :

« [...] GRDF se réserve la possibilité de faire réaliser un Audit par un tiers expert indépendant choisi conjointement par les Parties. Dans ce cas, GRDF s'engage à en informer le Fournisseur dans les 45 (quarante cinq) jours suivant la communication par le Fournisseur de l'ensemble des éléments précités.

Les modalités de réalisation de l'Audit sont les suivantes :

- *Sur la demande de remboursement du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables, le tiers expert indépendant sera chargé d'auditer :*
 - *Pour les demandes de remboursement concernant un nombre de Points de Livraison inférieur à 1000 (mille), un échantillon de 10 (dix) %;*
 - *Pour les demandes de remboursement concernant un nombre de Points de Livraison supérieur à 1000 (mille), un échantillon de 2 (deux) %, dans la limite maximale de 100 (cent) Points de Livraison.*
- *Le mode de sélection est déterminé par une méthodologie fournie par GRDF au tiers expert indépendant.*
- *La méthodologie d'analyse que conduira le tiers expert indépendant est la suivante :*
 - *Le tiers expert indépendant collectera, auprès du Fournisseur et de GRDF, aux fins d'analyse pour chaque Point de Livraison de l'échantillon :*
 - *La date de résiliation du contrat de fourniture de gaz naturel, le cas échéant ;*
 - *Le montant total de la Créance Client Irrécouvrable ;*
 - *Le montant de la Créance Acheminement Irrécouvrable pour lequel le Fournisseur demande le remboursement à GRDF ;*
 - *Le dernier index réel ;*
 - *L'index réel précédent le premier incident de paiement ;*
 - *Toutes les factures à l'origine de la Créance Client sur la période entre le dernier index réel et l'index réel précédent le premier incident de paiement ;*
 - *La date de passage en Créance Acheminement Irrécouvrable ;*
 - *Les mesures de diligences requises pour recouvrer les Créances Client, en particulier celles prévues par le décret n°2008-780 du 13 août 2008 et effectuées*

par le Fournisseur ou le tiers chargé du recouvrement de ses Créances Client (par exemple, les lettres de relances envoyées au Client).

- o Toute information ou tout élément utile à la réalisation de sa mission (factures d'acheminement de GRDF au Fournisseur incluant les prestations du Catalogue des Prestations, tarif du Point de Livraison sur la période concernée...).*
- Le tiers expert indépendant vérifiera (i) que, Point de Livraison par Point de Livraison, la proportion du montant de la Créance Acheminement Irrécouvrable sur le montant de la Créance Client Irrécouvrable correspond à la proportion du montant de la part acheminement facturée par GRDF sur le montant de la Créance Client, (ii) sur l'échantillon, le cas échéant la différence entre le montant de la part acheminement irrécouvrable reconstituée et le montant des Créances Acheminement Irrécouvrables demandé au remboursement par le Fournisseur en pourcentage de ce dernier (dit « taux d'écart »), (iii) que le calcul des intérêts est conforme à la méthodologie mentionnée au point 2 et (iv) que le Fournisseur ou le tiers chargé du recouvrement de ses Créances Client a effectué toutes les diligences requises pour recouvrer les Créances Client, en particulier celles prévues par le décret n°2008-780 du 13 août 2008. Le tiers expert indépendant rend ses conclusions dans un rapport d'audit, qu'il transmet aux Parties et qui précise l'existence d'anomalies suivantes :*
 - o Sur chacun des Points de Livraison de l'échantillon, toute anomalie significative, notamment de calcul ;*
 - o Sur l'échantillon, le « taux d'écart »;*
 - o Sur l'échantillon, le non-respect des diligences prévues par le décret n°2008-780 du 13 août 2008.*

Dans le cas où cet Audit révèle un écart supérieur à 2 (deux) %, le montant du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables à rembourser par GRDF au Fournisseur sera déterminé par application du ratio [montant de la part acheminement irrécouvrable reconstituée / montant des Créances Acheminement Irrécouvrables demandé au remboursement par le Fournisseur] au montant du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables demandé au remboursement par le Fournisseur, incluant les intérêts calculés conformément au point 2.

Dans le cas où le rapport d'audit ne serait pas transmis aux Parties dans un délai de 2 (deux) mois à compter de la date de conclusion du contrat confiant la mission d'Audit au tiers expert indépendant conjointement désigné par les Parties et ce, du fait exclusif de GRDF, GRDF s'engage à avancer le montant du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables avant la transmission dudit rapport d'Audit, soit au plus tard dans un délai de 3 (trois) mois à compter de la date de conclusion dudit contrat, sans préjudice d'un ajustement de ce montant du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables, en raison des conclusions de l'Audit, à l'issue de celui-ci.

GRDF soumettra à la taxe sur la valeur ajoutée le montant du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables à rembourser au Fournisseur [...]. »

La société DIRECT ENERGIE soutient que le projet d'avenant soumet le remboursement des créances passées du fournisseur « à un audit substantiellement équivalent » à celui des créances à venir, non prévu par la décision du 19 septembre 2014, recouvrant ainsi les mêmes problématiques juridiques.

Pour légitime que soit le principe d'un audit du « stock » des créances dues au fournisseur, les modalités de l'audit prévues par le projet d'avenant ne sauraient, conformément à ce qui a été dit, prévoir qu'il revient à la société GRDF de fournir unilatéralement au tiers expert indépendant la « *méthodologie de sélection des Points de Livraison* ». Il en va de même des modalités de l'audit et de ses conséquences qui relèvent de l'accord des parties.

Sur la conformité de l'entrée en vigueur des stipulations relatives au « stock » de créances

Dans sa décision du 19 septembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions précise que *« les droits et obligations du gestionnaire de réseaux à l'égard du fournisseur ne peuvent, sous couvert de la mission confiée au fournisseur auprès du client dans le cadre de la conclusion du contrat unique, être aménagés de telle sorte qu'ils aboutiraient à faire supporter au seul fournisseur l'intégralité d'un risque qui s'attache à l'exercice par le gestionnaire de réseaux de sa mission de service public »*.

Le projet d'avenant du 20 octobre 2015 transmis au comité de règlement des différends et des sanctions par la société GRDF prévoit d'ajouter une Annexe J intitulée « Traitement du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables » au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, dont le point 3 établit les principes suivants :

« GRDF procédera, au titre du Protocole, au remboursement du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables, y compris les intérêts. GRDF émettra un avoir spécifique conforme aux termes du Protocole (montant des Créances Acheminement Irrécouvrables à rembourser, montant de la taxe sur la valeur ajoutée relative à ces Créances Acheminement Irrécouvrables et intérêts dus).

GRDF procédera au paiement dans un délai de 30 (trente) jours après la date de la signature du Protocole par la dernière des Parties.

Par dérogation à ce qui précède, GRDF procédera à une avance du montant du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables dans un délai de 3 (trois) mois à compter de la date de conclusion du contrat confiant la mission d'audit au tiers expert indépendant conjointement désigné par les Parties dans le cas où la transmission du rapport d'audit de ce dernier excéderait un délai de 2 (deux) mois à compter de la date de conclusion dudit contrat et ce, du fait exclusif de GRDF.

Aucune compensation entre les sommes ainsi dues par GRDF et la(les) facture(s) d'acheminement à venir ne pourra être opérée.

En cas de règlement partiel ou total par un Client d'une Créance Acheminement Irrécouvrable pour un Point de Livraison donné, postérieurement au remboursement par GRDF de ladite Créance Acheminement Irrécouvrable au titre du stock, le Fournisseur s'engage à porter cette information à la connaissance de GRDF. Le Fournisseur s'engage alors à procéder au remboursement du montant de ce règlement à GRDF dans le délai de 30 (trente) jours à compter dudit règlement. »

La société DIRECT ENERGIE estime que *« les conditions d'entrée en vigueur des stipulations concernant le stock sont elles-mêmes inacceptables »*, dans la mesure où elles *« ne feront l'objet d'un protocole permettant le remboursement qu' »* « une fois le montant déterminé, le cas échéant, après la réalisation d'un audit » ». Cette clause constitue, selon elle, *« une atteinte directe à l'effectivité de la Décision »* qui ne prévoit pas un tel audit.

Ainsi rédigé, le projet d'avenant subordonne le remboursement du « stock » de créances à la signature d'un « Protocole » devant notamment définir le montant desdites créances. Compte tenu de ce qui a été dit s'agissant de la détermination du montant de ces créances, une telle exigence aboutit à suspendre unilatéralement le remboursement des sommes dues au fournisseur et ainsi à transférer sur ce dernier le risque financier lié au non-paiement des sommes dues au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution.

*

En considération de l'ensemble de ces éléments, la proposition d'avenant du 20 octobre 2015 ne saurait être regardée comme conforme aux principes énoncés par le comité dans sa décision du 19 septembre 2014.

*
* *

DECIDE :

- Article 1^{er}.** – Le contrat signé entre la société GRDF et un autre fournisseur, enregistré le 15 janvier 2016, est écarté des débats.
- Article 2.** – Il est constaté que la décision du comité de règlement des différends et des sanctions en date du 19 septembre 2014 n'est pas exécutée.
- Article 3.** – La société GRDF devra transmettre à la société DIRECT ENERGIE un nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision, conforme aux principes rappelés dans la décision du 19 septembre 2014 et dans la présente décision.
- Article 4.** – La société GRDF communiquera au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, dans le même délai que celui prescrit à l'article 3, le nouveau contrat.
- Article 5.** – La présente décision sera notifiée aux sociétés DIRECT ENERGIE et GRDF. Elle sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 20 janvier 2016,

Pour le comité de règlement des différends et des sanctions,

Le Président,

Monique LIEBERT-CHAMPAGNE