

N° 416802, 416805, 419231 – Société Total Direct Energie
N° 420263 - Société Eni

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 18 décembre 2020
Lecture du 31 décembre 2020

CONCLUSIONS

Mme Céline Guibé, rapporteur public

Peut-être son scénario manque-t-il d'une dose de piquant et d'un soupçon de simplicité pour tenir en haleine les amateurs de feuilletons judiciaires, mais l'affaire qui vous est soumise n'en constitue pas moins une véritable saga, qui a connu de multiples rebondissements, dans l'enceinte de la CRE, dans les prétoires de l'île de la Cité, celui de la rue de Montpensier, et même jusqu'au plateau du Kirchberg. Après votre Section du contentieux en 2016, vous voilà les acteurs, si ce n'est de son épilogue, à tout le moins d'un nouvel épisode.

Tout a commencé par une mesure de simplification. L'ouverture à la concurrence des marchés français de l'énergie dans les années 2000, sous l'impulsion de diverses directives européennes, s'est traduite par la dissociation des activités de distribution et de fourniture d'électricité et de gaz¹. Afin de simplifier la souscription et la gestion de leurs contrats, le législateur a dispensé les petits consommateurs² de souscrire un contrat d'accès au réseau avec le gestionnaire du réseau de distribution (GRD) distinct de leur contrat de fourniture. Il a imposé aux fournisseurs d'énergie l'obligation de proposer à leurs clients la conclusion d'un « contrat unique », incluant les prestations de fourniture et d'accès au réseau³, obligation qui figure désormais à l'article L. 224-8 du code de la consommation⁴.

¹ Le gestionnaire « historique » du réseau de distribution d'électricité sur le territoire métropolitain était la société EDF, aux côtés d'entreprises locales de distribution assurant la desserte d'environ 5% du territoire. Les activités de fourniture et de distribution assurées par EDF ont fait l'objet d'une dissociation d'abord fonctionnelle (loi n° 2004-803 du 9 août 2004), puis structurelle (loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006), cette dernière ayant donné lieu à la naissance le 1^{er} janvier 2008 de la société ERDF, filiale d'EDF, rebaptisée Enedis en 2016.

² Les clients éligibles sont les consommateurs particuliers et les petits clients professionnels ainsi que les consommateurs non domestiques souscrivant une puissance électrique inférieure ou égale à 36 kVA ou consommant moins de 30 MWh de gaz par an.

³ Le contrat unique a été institué par l'article 52 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité. Le dispositif résulte, dans sa formulation actuelle, de l'article 42 de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (loi de transposition des directives énergie de 2003), qui a créé l'article L. 121-92 du code de la consommation, aujourd'hui transféré à l'article L. 224-8 du même code.

⁴ Elle est reproduite à l'article L. 332-3 du code de l'énergie s'agissant de l'électricité et à l'article L. 442-3 du même code s'agissant du gaz.

Dans le cadre de ce contrat unique, le fournisseur agit comme le mandataire du GRD : il gère pour son compte une partie de la relation avec le client, ce qui recouvre une multitude de prestations comprenant la signature du contrat de distribution, le choix des options souscrites, la facturation et le recouvrement des impayés.

A l'origine, les contrats conclus par les fournisseurs avec les GRD afin de définir les conditions de leur accès aux réseaux pour les besoins de leur activité⁵, ne prévoyaient aucune rétribution pour ces prestations, le fournisseur étant rémunéré par le client pour l'ensemble des services fournis, pour son propre compte comme pour celui des GRD. Comme on pouvait s'y attendre, cette relation forcée a suscité des différends entre les fournisseurs alternatifs et les GRD. Les premiers ont d'abord réclamé et obtenu du comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) la suppression des clauses qui imposaient au client d'émettre une réclamation préalable auprès du fournisseur avant de rechercher la responsabilité du GRD⁶ ou qui imposaient aux fournisseurs de prendre en charge les impayés⁷.

Les fournisseurs alternatifs ont en outre tenté d'obtenir une rémunération des GRD en contrepartie des prestations rendues.

Dans le secteur de l'électricité, le différend entre Direct Energie et ERDF s'est soldé par une transaction prévoyant le versement d'une rémunération transitoire tant que le nombre des clients n'excédait pas 1,7 million. La CRE a autorisé l'extension de ce mécanisme à l'ensemble des opérateurs nouveaux entrants par une délibération du 26 juillet 2012 portant communication relative à la gestion de clients en contrat unique. A la demande de GDF Suez, dont le nombre de clients excédait ce plafond, votre Section du contentieux a annulé le refus d'abroger cette délibération, au motif que les contrats conclus entre les GRD et les fournisseurs « *ne doivent pas laisser à la charge de ces derniers les coûts supportés par eux pour le compte du gestionnaire de réseau* » : la rémunération ne doit donc ni être transitoire, ni être réservée aux nouveaux entrants⁸.

Dans le secteur du gaz, le différend a été porté devant la CoRDIS⁹, puis devant la cour d'appel de Paris¹⁰. Celle-ci a enjoint à GRDF de modifier les contrats conclus avec les fournisseurs afin de prévoir « *une rémunération équitable et proportionnée (...) des prestations accomplies*

⁵ Ces contrats sont conclus en application des articles L. 111-92 (électricité, contrats dits « GRD-F ») et L. 111-97 (gaz, contrats dits « CAD ») du code de l'énergie.

⁶ Décision du CoRDIS n° 08-38-01 du 7 avril 2008.

⁷ Décision du CoRDIS n° 05-38-10 du 22 octobre 2010, confirmée par un arrêt définitif de la cour d'appel de Paris du 29 septembre 2011. La Cour de cassation a confirmé qu'en instituant un contrat unique, le législateur n'avait entendu ni remettre en cause l'existence d'une double relation contractuelle unissant le consommateur à son fournisseur d'énergie et au gestionnaire du réseau de distribution ni modifier les responsabilités respectives de ceux-ci envers celui-là (Cass. 1^o Civ., 26 septembre 2019, n° 18-10-890, au bull.).

⁸ Section, 13 juillet 2016, GDF Suez, n° 388150, au rec. sur un autre point, concl. R. Victor. En exécution de cette décision, la CRE a, par une délibération du 12 janvier 2017, abrogé sa délibération du 26 juillet 2012 ainsi que celle du 3 mai 2016 prolongeant le dispositif de régulation asymétrique.

⁹ Décision du CoRDIS n° 11-38-13 du 19 septembre 2014.

¹⁰ Arrêt du 2 juin 2016 2014/26021.

pour son compte auprès des clients »¹¹. Les projets d'avenants ayant été soumis au CoRDIS en exécution de cet arrêt, celui-ci a sollicité l'avis de la CRE concernant les modalités de détermination de cette rémunération équitable¹².

Aiguillonnée par la sollicitation du CoRDIS et votre décision *GDF-Suez*, la CRE a entrepris de déterminer de nouvelles orientations à ce sujet après consultation des opérateurs concernés. Le 26 octobre 2017, elle a adopté deux délibérations fixant la rémunération des fournisseurs en contrepartie des prestations de gestion de clientèle accomplies pour le compte des GRD (« composante d'accès ») à compter du 1^{er} janvier 2018¹³ et deux délibérations modifiant les tarifs d'utilisation des réseaux de distribution à compter de la même date afin d'y inclure ce nouveau poste de coût¹⁴.

Quelques jours plus tard, la loi du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche et à l'exploitation des hydrocarbures¹⁵ a modifié le code de l'énergie¹⁶ et donné explicitement compétence à la CRE pour fixer la rémunération des fournisseurs pour les prestations de gestion de clientèle réalisées pour les compte des GRD dans le cadre de l'exécution des contrats uniques¹⁷. Le 25 janvier 2018, la CRE a adopté, en se fondant sur cette nouvelle base légale, deux délibérations fixant cette rémunération, qui abrogent les deux précédentes mais

¹¹ Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi actuellement pendant. Par un arrêt 16-19851 du 21 mars 2018, la Cour de cassation a transmis une question préjudicielle à la CJUE concernant la possibilité pour l'autorité de régulation de rendre une décision ayant une portée rétroactive pour tirer les conséquences de la non-conformité d'un contrat à la directive 2009/73/CE. Celle-ci a donné lieu à l'arrêt de la CJUE du 19 décembre 2019, C 236/18, concl. E. Tanchev).

¹² La décision du CoRDIS n° 11-38-13 du 18 juin 2018 prise à l'issue de cette procédure a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, qui s'est prononcée par un arrêt avant-dire-droit n° 18-17469 du 23 janvier 2020.

¹³ Délibérations n° 2017-236 pour le secteur de l'électricité et n° 2017-237 pour le secteur du gaz.

¹⁴ Délibérations n° 2017-238 pour l'ATRD5 et n° 2017-239 pour le TURPE5 HTA/HTB.

¹⁵ Article 13 de la loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche et à l'exploitation des hydrocarbures conventionnels et non conventionnels et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement.

¹⁶ Cette loi modifie le 3° de l'article L. 134-1 du code de l'énergie (électricité) et le 4° de son article L. 134-2 (gaz). Le 3° de l'article L. 134-1 est désormais rédigé de la façon suivante : « (...) la Commission de régulation de l'énergie précise (...) les règles concernant : 3° Les conditions d'accès aux réseaux et de leur utilisation, y compris la méthodologie de calcul des tarifs d'utilisation des réseaux et les évolutions de ces tarifs, ainsi que la rémunération des fournisseurs pour les prestations de gestion de clientèle qu'ils réalisent pour le compte des gestionnaires de réseaux de distribution dans le cadre de l'exécution des contrats portant sur l'accès aux réseaux et la fourniture de l'électricité ». Est en outre créé un article L. 341-4-3, disposant que « les prestations de gestion de clientèle réalisées par les fournisseurs d'électricité pour le compte des gestionnaires de réseaux de distribution dans le cadre de l'exécution des contrats portant sur l'accès aux réseaux et la fourniture d'électricité peuvent donner lieu à une rémunération, dont les éléments et le montant sont fixés par la Commission de régulation de l'énergie ».

¹⁷ Cette loi valide pour le passé, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les contrats d'accès aux réseaux en tant qu'ils seraient contestés par le moyen tiré de ce qu'ils imposent aux fournisseurs la gestion de clientèle pour le compte des GRD ou laissent à la charge des fournisseurs tout ou partie des coûts supportés par eux pour cette gestion. A l'occasion d'une QPC transmise par la Cour de cassation dans le cadre d'un litige entre Engie et Enedis, le Conseil constitutionnel a estimé que cette validation était conforme à la Constitution (décision n° 2019-776 QPC du 19 avril 2019).

qui en reprennent, à l'identique, le contenu¹⁸. En revanche, la CRE n'a pas jugé utile de reprendre de nouvelles délibérations concernant les tarifs d'accès aux réseaux.

Vous êtes saisis de trois requêtes de la société Total Direct Energie tendant à l'annulation de chacune des trois délibérations prises par la CRE dans le secteur de l'électricité, étant précisé que cette société s'est désistée des requêtes jumelles initialement déposées à l'encontre des délibérations prises dans le secteur du gaz.

Par ailleurs, la société Eni Gas & Power France, qui réclamait à l'origine l'annulation des six délibérations de la CRE, s'est désistée de ses seules conclusions relatives au gaz naturel, ce dont vous pourrez lui donner acte.

L'intérêt à agir des requérantes, fournisseurs alternatifs d'électricité, n'est pas douteux. Vous pourrez admettre l'intervention en défense de la société Enedis, qui a intérêt au maintien des délibérations attaquées en tant que principal gestionnaire de réseau public de distribution d'électricité. En revanche, vous devrez rejeter l'intervention en défense de la société Gaz réseau distribution France (GRDF) dans le dossier n° 420263, qui est devenue sans objet compte tenu du désistement partiel de la société Eni.

Au titre des questions préalables, vous devrez écarter les conclusions d'Enedis tendant au non-lieu à statuer sur les conclusions dirigées contre la délibération n° 2017-236 du 26 octobre 2017 fixant la rémunération à verser aux fournisseurs. Si celle-ci a été abrogée avec effet immédiat par la délibération n° 2018-011 du 25 janvier 2018, elle a reçu exécution au cours de la période du 1^{er} au 25 janvier 2018.

Les moyens soulevés sont nombreux et d'inégal intérêt. Nous nous attarderons plus particulièrement sur les contestations relatives à la compétence de la CRE (1) ainsi que sur les critiques dirigées contre la méthode de détermination de la rémunération des fournisseurs (3) et nous examinerons plus rapidement les autres moyens de légalité externe (2) et interne (4).

1. La contestation de la compétence de la CRE pour adopter les délibérations de 2017 soulève les questions les plus délicates.

1.1. A la suite du Conseil constitutionnel¹⁹, vous ne reconnaissez aux autorités administratives indépendantes qu'un pouvoir réglementaire résiduel, ce qui implique une habilitation législative claire lorsqu'un pouvoir restreignant l'exercice d'une liberté, tel qu'une compétence tarifaire, leur est confié²⁰.

¹⁸ Délibération n° 2018-011 pour le secteur de l'électricité et n° 2018-012 pour le secteur du gaz.

¹⁹ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 et n° 88-248 DC du 17 janvier 1989.

²⁰ CE, 20 janvier 1989, SA GBA Berry-Loire, au rec. ; 14 avril 1999, n° 187570, France Télécom, au rec.

Or il est indéniable qu'avant la promulgation de la loi hydrocarbures le 1^{er} janvier 2018, le code de l'énergie n'attribuait pas explicitement compétence à la CRE pour fixer la rémunération des prestations accomplies par les fournisseurs pour le compte des GRD.

Contrairement à ce que soutient la société Enedis, vous n'avez pas implicitement considéré que la CRE serait compétente pour fixer cette rémunération dans votre décision de Section *GDF-Suez* du 13 juillet 2016. Etait en cause une communication de la CRE analysant la conformité du contrat que s'apprêtaient à conclure les sociétés ERDF et Poweo Direct Energie au regard des principes généraux du droit de la concurrence et du code de l'énergie. S'agissant d'un acte de droit souple, celui-ci pouvait légalement être pris sur le fondement des dispositions de l'article L. 131-1 du code de l'énergie, qui prévoit que la CRE « *veille à ce que les conditions d'accès aux réseaux de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel n'entravent pas le développement de la concurrence* ». Compte tenu de sa formulation générale, cet article ne permet en revanche pas de fonder la compétence de la CRE pour adopter un acte réglementaire fixant le prix d'un service rendu par des opérateurs économiques.

1.1.1. La CRE invoque à titre principal sa compétence d'attribution pour fixer le tarif d'utilisation du réseau public de distribution d'électricité (TURPE), instituée par l'article L. 341-3 du code de l'énergie²¹.

Cet article fonde effectivement la compétence de la CRE pour adopter la délibération n° 2017-239 du 26 octobre 2017 modifiant le TURPE. L'article L. 341-2 du code de l'énergie prévoit en effet que le TURPE doit « *couvrir l'ensemble des coûts supportés par [l]es gestionnaires, dans la mesure où ces coûts correspondent à ceux d'un gestionnaire de réseau efficace* ». Parmi ces coûts figure la compensation financière que les GRD doivent verser aux fournisseurs au titre des coûts de gestion de clientèle que les seconds supportent par le compte des premiers, dont le principe a été affirmé par votre décision *GDF-Suez*.

En revanche, l'article L. 341-3 du code de l'énergie ne conférait pas à la CRE compétence pour adopter la délibération n° 2017-236 du 26 octobre 2017 qui fixe le prix de la prestation de gestion de clientèle réalisée par les fournisseurs pour le compte des GRD. En effet, seul le prix acquitté par le consommateur final est régulé par l'intermédiaire du TURPE. S'ils constituent des coûts que le TURPE doit couvrir, il n'appartient bien sûr pas à la CRE de fixer les prix des biens et services acquis auprès de tiers et utilisés par les gestionnaires de réseaux pour fournir les prestations qui leur incombent, y compris lorsque celles-ci sont externalisées²².

²¹ « *Les méthodes utilisées pour établir les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité sont fixées par la Commission de régulation de l'énergie. (...) La Commission de régulation de l'énergie se prononce, s'il y a lieu à la demande des gestionnaires des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, sur les évolutions des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, ainsi que sur celles des tarifs des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de ces réseaux* ».

²² Si la rémunération versée par le GRD au fournisseur était librement fixée par les parties, la CRE pourrait, pour fixer le niveau du TURPE, ne pas prendre en compte une partie de la rémunération jugée excessive, c'est-à-dire ne correspondant pas aux coûts d'un gestionnaire de réseau efficace. Cette faculté n'existe pas aujourd'hui

1.1.2. Peut-on estimer que la délibération n° 2017-236 est fondée sur la compétence que la CRE tire des dispositions plus générales du 3° de l'article L. 134-1 du code de l'énergie qui lui permettraient, dans leur rédaction antérieure à la loi hydrocarbures, de préciser, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, les règles concernant les « conditions d'accès aux réseaux et de leur utilisation » ?

Dans un premier mouvement, nous avons été tentée d'y apporter une réponse positive. En effet, l'accès aux réseaux des fournisseurs d'électricité étant subordonné à l'accomplissement des prestations en litige lorsque leurs clients sont en contrat unique, les modalités de rémunération de ces prestations constituent des conditions financières de l'accès aux réseaux. Dans le même ordre d'idées, la CJUE, saisie d'une question préjudicielle par la Cour de cassation, a regardé l'obligation de supporter le risque d'impayés imposée à un fournisseur d'énergie par GRDF comme une condition d'accès au réseau de distribution français de gaz naturel²³.

Mais il faut se rappeler que l'article L. 134-1 du code de l'énergie a codifié les dispositions de l'article 37 de la loi du 10 février 2000²⁴, loi qui a créé la CRE sans lui attribuer, alors, de compétence tarifaire propre, la fixation des tarifs régulés relevant des ministres chargés de l'économie et de l'énergie²⁵. S'agissant plus particulièrement du pouvoir de préciser les règles concernant les conditions d'accès aux réseaux, sa portée est éclairée par le renvoi à l'article 23 de la loi, relatif à la garantie d'un droit d'accès aux réseaux, lequel prévoit la conclusion de contrats entre les gestionnaires et les utilisateurs à cet effet et énonce les critères d'un éventuel refus d'accès. Les travaux parlementaires ne laissent pas place au doute quant au caractère limité du pouvoir réglementaire conféré à la CRE par ces dispositions²⁶, excluant d'y lire l'attribution d'une compétence tarifaire.

Par la suite, lorsque le législateur a attribué des compétences tarifaires à la CRE, il a toujours procédé par habilitation expresse, s'agissant, par exemple, du pouvoir de fixer les tarifs d'utilisation des réseaux ou encore de fixer les tarifs réglementés de vente de l'électricité ou du gaz²⁷. Et si vous ne pouvez bien sûr pas déduire l'incompétence de la CRE de la création

puisque, comme le prévoit la loi n° 2017-1839, la CRE fixe elle-même le montant de la rémunération, qui s'impose au gestionnaire comme au fournisseur.

²³ Arrêt du 19 décembre 2019, GRDF SA, C 236/18, point 25. Le législateur avait renvoyé à un arrêté ministériel le soin de déterminer les principes généraux permettant de fixer cette contribution. En renvoyant à la CRE la prérogative d'approuver les barèmes établis par les gestionnaires de réseaux, l'arrêté a lui-même méconnu la portée de la délégation consentie par le législateur.

²⁴ Loi n° 2000-108 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

²⁵ L'article 4 de la loi prévoyait que les décisions sur les tarifs et plafonds de prix relevaient de la compétence des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur proposition de la CRE pour le TURPE, et, sur son avis pour les autres tarifs et plafonds.

²⁶ S'appuyant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ceux-ci indiquent que la CRE ne peut que « préciser sans les contredire, les amoindrir ou les détourner des règles adoptées par ailleurs par le Gouvernement ou par le Parlement » (rapport n° 1371 de l'Assemblée nationale, article 35 du projet de loi).

²⁷ Le code de l'énergie prévoit également expressément la compétence de la CRE pour fixer le prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH), les tarifs des prestations annexes à l'accès aux réseaux ou

postérieure d'une base légale expresse par la loi hydrocarbures, comme le prétend la société Total Direct Energie, cet ajout traduit les interrogations nourries sur ce point, si ce n'est, par la CRE elle-même, du moins par le législateur comme par le gouvernement, aussi bien que par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat²⁸.

Vous avez déjà retenu une lecture restrictive des dispositions analogues du 2° de l'article 37 de la loi du 10 février 2000, autorisant la CRE à préciser les « *conditions de raccordement aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité* » dans une décision du 23 décembre 2011, *Fédération française des installateurs électriciens*²⁹. Alors que le législateur avait prévu que la part des coûts de raccordement non couverte par le TURPE pouvait faire l'objet d'une contribution versée au gestionnaire maître d'ouvrage, vous avez jugé que la CRE ne pouvait, sans excéder les limites de la compétence subsidiaire accordée par le législateur, approuver les barèmes de facturation établis à cet effet par les gestionnaires de réseaux sur le fondement de ces dispositions³⁰. Par ailleurs, aucune disposition de la directive 2009/72/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, et notamment pas celles de son article 37, qui impose uniquement de confier à l'autorité de régulation nationale, en matière tarifaire, le pouvoir d'approuver ou de fixer les tarifs de transport ou de distribution de l'électricité ou leur méthode de calcul – c'est-à-dire le TURPE³¹, ne justifie que vous reteniez une interprétation extensive du 3° de l'article L. 134-1 du code de l'énergie sur le point aujourd'hui en litige³².

encore les tarifs d'utilisation des infrastructures de stockage de gaz.

²⁸ L'exposé des motifs du projet de loi énonce que les nouvelles dispositions « *visent à préciser explicitement la compétence de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) pour fixer la rémunération des fournisseurs par les gestionnaires de réseau* ». L'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat n° 393503 sur le projet de loi mentionne quant à lui que le projet « *dote la Commission de régulation de l'énergie de compétences nouvelles, en modifiant les articles L. 134-1 et L. 134-2 du [code de l'énergie], afin qu'elle fixe les éléments du calcul de cette rémunération et son montant* » (point 23, p. 7). Le rapport de l'Assemblée nationale n° 172 qualifie de même les pouvoirs attribués à la CRE de « *nouvelles compétences* » (p. 28). Le rapport du Sénat n° 42 estime que la version alors en vigueur des articles L. 134-1 et L. 134-2 du code de l'énergie « *aurait sans doute suffi* » à établir la compétence de la CRE (p. 60).

²⁹ n° 316596, aux tables sur ce point, concl. F. Aladjidi.

³⁰ Les conclusions relèvent notamment que, selon les TP de la loi du 10 février 2000, la CRE ne peut que « *préciser sans les contredire, les amoindrir ou les détourner des règles adoptées par ailleurs par le Gouvernement ou par le Parlement* ». A l'inverse, il a été jugé que ces dispositions donnent compétence à la CRE pour fixer un délai maximum de traitement des demandes de raccordement, décisions dont la portée est à l'évidence bien moins contraignante (CE 9 octobre 2015, Union nationale des entreprises d'électricité et de gaz, n° 370057, inédit, concl. F. Aladjidi).

³¹ Ainsi que les tarifs des services d'ajustement et ceux de l'accès aux infrastructures transfrontalières, qui ne sont pas en cause en l'espèce (article 37, paragraphe 6).

³² Voir, a contrario, 30 mars 2007, Enel, n° 289687, au rec., concl. C. Vérot. Cette décision retient la compétence de la CRE pour définir des procédures d'allocation de capacités d'interconnexion entre réseaux nationaux d'électricité en se fondant sur l'application des dispositions combinées du 3° de l'article 37 de la loi du 10 février 2000 (devenu le 3° de l'article L. 134-1 du code de l'énergie) et de l'article 9 du règlement n° 1228/2003 du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, alors que les dispositions de la directive 2003/54 attribuant cette compétence à l'autorité de régulation, n'avaient pas été transposées en droit interne.

1.1.3. Il est vrai que vous ne vous arrêtez pas à une pure logique formaliste pour définir la compétence des autorités de régulation. Par une décision *Mediaserv* du 2 avril 2010, vous avez jugé que l'ARCEP³³ pouvait, sur le fondement de l'article L. 36-6 du code des postes et des communications électroniques l'autorisant à préciser « *les conditions d'utilisation des fréquences* », imposer aux opérateurs titulaires d'une autorisation d'utilisation de fréquences hertziennes attribuée à l'issue d'appels d'offres d'offrir des prestations d'itinérance à d'autres opérateurs³⁴. Or tout bien pesé, l'obligation de contracter avec un tiers ne nous paraît pas représenter pour les entreprises une atteinte à leur liberté contractuelle moindre que celle qui résulte de la fixation d'un prix.

De la même manière, vous avez reconnu, quoique de manière exceptionnelle, compétence au CSA pour édicter, sans base légale expresse, les mesures réglementaires indispensables à l'exercice des pouvoirs de contrôle et de régulation que le législateur lui a confiés³⁵.

Dans ses conclusions dans l'affaire *Mediaserv*, F. Lénica estimait que « *l'activité de régulation [devait] être guidée avant tout par la logique finaliste énoncée par les textes consistant à promouvoir, en toute hypothèse, l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale* ». Nous pensons aussi que la situation de marché peut, dans certains cas, justifier que les règles supplétives de compétence soient interprétées en faveur de l'intervention du régulateur, pour autant que celle-ci soit nécessaire et proportionnée à l'atteinte constatée au bon fonctionnement du marché et au préjudice susceptible d'en résulter pour le consommateur. Si nous sommes ainsi, pour notre part, pleinement convaincue par la logique finaliste qui guide vos précédents concernant l'ARCEP et le CSA, nous ne pensons pas pour autant qu'elle puisse justifier aujourd'hui de faire entrer la fixation de la rémunération des prestations accomplies par les fournisseurs pour le compte des GRD dans le champ des compétences de la CRE définies par l'article L. 134-1 du code de l'énergie, dans sa rédaction antérieure à la loi hydrocarbures.

L'intervention de la CRE était sans conteste utile. Du fait de la situation de monopole des GRD sur leurs réseaux de distribution et de la position de mandataires obligés des fournisseurs, qui résulte de la loi³⁶, le jeu de la concurrence ne peut en effet pas jouer

³³ On sait que les dispositions applicables à l'Autorité de régulation des télécommunications, ancêtre de l'ARCEP, ont servi de modèles à la rédaction des dispositions applicables à la CRE (v. rapport précité n° 1371 de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité).

³⁴ n° 319816, aux tables, concl. F. Lénica. V. aussi, a contrario, 9 octobre 2015, n° 379579, au rec., concl. B. Bourgeois-Machureau, précisant que les mêmes dispositions ne permettaient pas à l'ARCEP de mettre un terme ou de modifier une convention d'itinérance déjà conclue même s'il lui revenait de se prononcer sur une demande d'évolution des conditions d'accès à l'itinérance du signataire d'une telle convention.

³⁵ CE, 11 avril 2014 Association Bocal et autres n°s 362916 362954 362992 363015, aux tables, s'agissant des règles d'attribution des numéros logiques des services de télévision. A contrario, cette compétence n'est pas reconnue s'agissant de la fixation des règles de financement des services de radio par la publicité (18 février 1994 Société Performance SA RFM et autres n°s 124805 124806 124808 124809, au rec.) ou de la détermination de règles d'accès à la publicité télévisuelle (3 juillet 2000 Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres, n°s 218358 218458 219038 219262 au rec.).

³⁶ A savoir l'article L. 224-8 du code de la consommation.

normalement pour la détermination du prix de ces prestations. La multiplication des différends suscités par la définition des relations contractuelles entre fournisseurs et GRD pour la gestion des clients en contrat unique et leur judiciarisation illustrent incontestablement le caractère problématique de cette défaillance du marché.

Les conditions de nécessité et de proportionnalité auxquelles vous avez subordonné l'intervention de l'autorité de régulation en l'absence d'habilitation législative expresse ne nous apparaissent cependant pas remplies. Alors que, dans l'affaire *Mediaserv*, l'absence d'offre d'itinérance par les opérateurs existants constituait un obstacle potentiel à l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs, l'absence de régulation du prix de la prestation de gestion de clientèle n'interdit pas l'accès au marché des fournisseurs d'électricité, même s'il rend les conditions d'exercice de leur activité plus difficiles. Par ailleurs, s'il est certes moins efficace que celui d'une régulation des prix *a priori*, la CRE disposait déjà d'un pouvoir d'intervention *a posteriori* pour résoudre ces difficultés : en effet, le CoRDIS était et demeure compétent pour fixer, dans le cadre de son pouvoir de règlement des litiges, les conditions financières de l'accès aux réseaux³⁷.

Si vous nous suivez, vous constaterez donc que la CRE n'était pas compétente en 2017 pour fixer la rémunération des fournisseurs et vous annulerez la délibération n° 2017-236 du 26 octobre 2017. L'argumentation subsidiaire de la CRE, qui invoque une entrée en vigueur différée au 1^{er} janvier 2018, alignée sur celle de la loi hydrocarbures, ne permet pas de sauver la délibération litigieuse, la légalité d'un acte administratif s'appréciant au regard des dispositions existant à la date de sa signature, et non à la date de son entrée en vigueur³⁸.

1.2. Nous n'en avons pas tout à fait fini avec cette première contestation : il vous faut encore déterminer les conséquences qu'il convient de tirer d'une telle annulation.

1.2.1. Si l'hésitation est, là aussi, permise, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'annuler par voie de conséquence la délibération n° 2017-239 du même jour modifiant le TURPE en application de votre jurisprudence *Okosun*³⁹. Vous pourriez certes considérer que cette délibération est intervenue en raison de la décision annulée, fixation de la rémunération des fournisseurs et modification du TURPE constituant les deux faces d'une même médaille. En effet, dès lors que la CRE fixait le montant de la rémunération des fournisseurs, qui s'impose donc aux gestionnaires, ce montant devait, en vertu du principe de couverture des coûts, être mécaniquement répercuté, à due concurrence, dans le TURPE. Cependant, la délibération

³⁷ Article L. 134-30 du code de l'énergie. La compétence du CoRDIS pour fixer la rémunération des fournisseurs à raison des prestations de gestion de la clientèle en contrat unique a été confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 juin 2016.

³⁸ La décision de Section GEMTROT du 30 juillet 2003, n° 237201, au rec. permet l'adoption de mesures réglementaires pour l'application d'une disposition existante mais non encore publiée (dans le même sens, 18 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer, au rec ; Section française de l'OIP et Korber, n° 319043, au rec.). Par ailleurs, si la décision d'Assemblée Barre et Honnet du 10 mai 1974, n° 85132, au rec., admet que l'entrée en vigueur d'un décret soit subordonnée à l'intervention d'un texte législatif non encore voté, ce dernier ne devait pas constituer le fondement légal du décret.

³⁹ Section, 30 décembre 2013, n° 367615, au rec.

n° 2017-239 dispose, comme nous l'avons dit, d'une base légale incontestable et la CRE était par ailleurs tenue, à la suite de votre décision *GDF-Suez*, de faire évoluer le TURPE pour y inclure le poste de coût correspondant à la rémunération des fournisseurs. Elle devait donc l'évaluer, que celui-ci soit régulé par ses soins ou qu'il soit librement déterminé par les opérateurs. Les deux décisions ne sont pas consécutives, mais concomitantes et la CRE a pris le soin de justifier de façon autonome l'évolution proposée du TURPE, sans se référer expressément ni implicitement à la décision dont nous vous proposons l'annulation.

1.2.2. Si vous nous suivez pour circonscrire le champ de votre annulation à la délibération n° 2017-236, nous pensons qu'il n'y a pas lieu d'en moduler les effets dans le temps en application de votre jurisprudence AC !. Cette annulation, sans effet direct sur la facture des consommateurs dès lors que le TURPE n'est pas en cause, porte sur une décision qui n'a reçu qu'une application limitée dans le temps, du 1^{er} au 25 janvier 2018.

Par ailleurs, il n'en résultera aucune rupture de rémunération des fournisseurs, dont le principe est acquis depuis votre décision *GDF-Suez* de 2016. Les rémunérations versées en application de la décision annulée au cours de cette période s'élèvent 13 millions d'euros selon les indications d'Enedis. En réponse à la question posée aux parties par votre 9^e chambre, la CRE a indiqué que les fournisseurs qui avaient avant 2018 conclu un contrat de prestations de services prévoyant un niveau de rémunération plus favorable à celui qui a été fixé par la délibération annulée pourraient réclamer aux GRD le versement de la différence, soit une somme de 544.000 euros. Cette conséquence ne nous semble pas constituer un inconvénient appelant à moduler les effets de votre annulation dans le temps. La CRE soutient également que les fournisseurs qui n'avaient pas conclu de contrats de prestations de services pourraient introduire des contentieux afin de réclamer une rémunération de même niveau que celle des opérateurs ayant conclu un tel contrat, dont elle estime les implications financières à 53 millions d'euros. Nous ne partageons pas son analyse. Si vous nous suivez pour confirmer, au fond, sa méthodologie de calcul, ces fournisseurs n'auront, pour la période limitée en cause, aucun droit à réclamer une rémunération supérieure à celle qui avait été fixée par la CRE. Relevons que la cour d'appel de Paris a annoncé, dans un arrêt du 20 janvier 2020 relatif au règlement du différend entre GRDF et les sociétés Total Direct Energie et Eni, qu'elle envisageait de fixer les montants de rémunération des fournisseurs de gaz par référence aux délibérations de la CRE, s'agissant de périodes antérieure à la régulation⁴⁰. Il ne fait pas de doute qu'elle parviendrait à la même conclusion s'agissant des fournisseurs d'électricité.

En revanche, si vous décidiez d'annuler également par voie de conséquence la délibération n° 2017-239, il serait justifié de reporter dans le temps les effets de cette annulation, dès lors, d'une part, que l'évolution du TURPE décidée par la CRE était justifiée, tant dans son principe que dans son montant, comme nous allons le voir dans quelques instants et, d'autre part, qu'une annulation rétroactive aurait pour effet d'imposer l'émission de millions de factures rectificatives à destination des consommateurs ayant souscrit un contrat unique, pour la période courant du 1^{er} janvier 2018 jusqu'à la date de votre décision⁴¹.

⁴⁰ Arrêt du 20 janvier 2020, n° 18/174697, point 275 et 276.

⁴¹ Voir, modulant les effets de l'annulation du TURPE 5, 9 mars 2018, Société Enedis, n° 407516.

2. Les moyens relatifs à la régularité de la procédure à l'issue de laquelle ont été adoptées les délibérations attaquées ne soulèvent pas de difficulté.

2.1 La contestation la plus argumentée porte sur la régularité de la consultation préalable des acteurs du marché.

L'article L. 341-3 du code de l'énergie impose à la CRE de procéder, « *selon les modalités qu'elle détermine, à la consultation des acteurs du marché de l'énergie* » lorsqu'elle décide de l'évolution du TURPE. Si le moyen tiré de l'irrégularité de cette consultation est donc opérant en tant qu'il est dirigé contre la délibération du 26 octobre 2017 modifiant le TURPE, il n'est guère évident qu'il le soit également à l'encontre de la délibération du 25 janvier 2018 fixant la rémunération des fournisseurs⁴². Nous vous proposons de réserver cette question, le moyen étant voué au rejet au fond.

Vous jugez que la CRE doit exposer aux acteurs du marché les modalités de calcul des tarifs ainsi que les évolutions envisagées de manière suffisamment précise pour qu'ils puissent utilement lui transmettre leurs observations⁴³. Elle n'est en revanche pas tenue de répondre à ces dernières⁴⁴.

En l'espèce, la Commission a procédé à une consultation publique du 4 mai au 9 juin 2017. Le document de consultation s'appuyait principalement sur une étude des coûts de gestion des clients en contrat unique réalisée par un consultant externe sur la base d'un cahier des charges établi par la CRE. Les sociétés requérantes concentrent leurs critiques sur le niveau de précision et l'occultation de certaines des données chiffrées de cette étude, qui ne constitue qu'un document préparatoire de la consultation publique mais qui a été communiquée aux acteurs du marché. Si l'on peut regretter l'occultation totale de certaines données alors que des fourchettes de coûts auraient pu être présentées sans nuire à la protection du secret des affaires, il ne saurait en être déduit une méconnaissance des obligations consultatives prévues par le code de l'énergie. Le document de consultation publié par la CRE comprenait le résumé de cette étude et exposait tant les modalités de calcul, et notamment les références de coûts retenues, que le montant des rémunérations qu'elle envisageait de retenir ainsi que les modalités de leur prise en compte dans les tarifs d'utilisation des réseaux. Ces informations étaient suffisantes pour permettre aux acteurs de marché de formuler des observations utiles pour éclairer la CRE, ce qu'ils ont d'ailleurs fait, étant précisé que la CRE a effectivement tenu compte de certaines d'entre elles en modifiant, au stade de sa décision, certains des paramètres de calcul initialement envisagés.

⁴² Aucune disposition expresse du code de l'énergie ne prévoit une telle consultation s'agissant de la fixation de la rémunération des fournisseurs à raison des prestations de gestion de clientèle accomplies pour le compte des GRD.

⁴³ Décision n° 407516, précitée, ainsi que 28 mars 2012, Société Direct Energie et autres, n° 330548, au rec. ; 13 mai 2016, Société Direct Energie, n° 375501, aux tables.

⁴⁴ Décisions n° 37550 et n° 407516, précitées.

Les autres contestations formulées par la société Total Direct Energie à l'encontre de la consultation publique, qui ne sont pas sérieuses, ne méritent pas que vous vous y attardiez. Les critiques de fond concernant la méthodologie retenue par la CRE ne peuvent être utilement avancées à l'appui d'un moyen d'irrégularité de la procédure. L'invocation des articles L. 311-1 et L. 311-6 du CRPA est tout autant inopérante, dès lors que n'est pas en cause une décision de refus de communication d'un document administratif. Par ailleurs, il ne ressort pas des modalités d'organisation de cette procédure, ni, d'ailleurs, des termes des délibérations attaquées que la CRE aurait fait preuve d'une quelconque partialité en faveur des gestionnaires de réseaux. Et, enfin, la CRE n'était à l'évidence pas tenue de procéder à une nouvelle consultation avant d'adopter la délibération du 25 janvier 2018, compte tenu du court intervalle séparant cette délibération de la précédente.

2.2 Les deux autres moyens de légalité externe seront également facilement écartés.

La société Eni reproche à la CRE de ne pas avoir pris en compte les orientations de politique énergétique formulées par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie ainsi que l'impose l'article L. 341-3 du code de l'énergie. Cependant, les ministres n'ont transmis aucune orientation sur le point qui nous occupe.

Par ailleurs, la société Total Direct Energie soutient que les délibérations auraient dû faire l'objet d'une notification à la Commission européenne en application de l'article 43 de la directive 2009/72/CE, qui impose la notification et l'approbation préalable à leur mise en œuvre des mesures prises conformément à cette directive « *afin de garantir des conditions de concurrence équitables* ». Mais ces dispositions n'ont pas la portée que leur prête la requérante. Les travaux préparatoires révèlent qu'elles visent uniquement les mesures prises par les Etats-membres dans le cadre de leurs modèles respectifs de dissociation entre les activités de production et de fourniture, d'une part, et de transport d'électricité, d'autre part, ce que confirme le considérant 22 de la directive⁴⁵.

3. Alors que la question de la compétence de la CRE est désormais réglée par la loi hydrocarbures, venons-en au cœur des enjeux des requêtes, à savoir la méthode de détermination de la rémunération des fournisseurs.

A l'image du contrôle que vous exercez habituellement sur la détermination du TURPE⁴⁶, vous pourrez exercer un contrôle d'erreur de droit, s'agissant de la méthodologie de calcul retenue par la CRE, et notamment, des références de coûts choisies pour fixer la rémunération des fournisseurs, tout en limitant votre contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation s'agissant du niveau de rémunération retenu.

⁴⁵ V. le considérant 22 de la directive : « *En vertu de la présente directive, différents types d'organisation de marché coexisteront sur le marché intérieur de l'électricité. Il convient que les mesures que les États membres pourraient prendre pour garantir des conditions de concurrence équitables soient fondées sur des exigences impératives d'intérêt général. Il convient de consulter la Commission sur la compatibilité de ces mesures avec le traité et le droit communautaire.* V. aussi le communiqué du Conseil de l'UE des 9 et 10 octobre 2008 C/08/276 et les communications de la Commission du 12 janvier 2009, COM/2008/906/FINAL.

⁴⁶ V., par ex., décision précitée n° 407516.

La plupart des moyens, exprimés dans les mêmes termes tant contre la délibération du 26 octobre 2017 modifiant le TURPE que contre celle du 25 janvier 2018 fixant la rémunération des fournisseurs, appellent une réponse unique, s'agissant de décisions dont la motivation est, en substance, identique.

Vous écarterez d'abord le moyen de la société Total Direct Energie tiré de ce que la CRE aurait méconnu les principes constitutionnels de la liberté contractuelle, de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de propriété en fixant elle-même le montant de la rémunération due aux fournisseurs. Ce moyen n'est pas opérant à l'égard de la décision n° 2017-239, qui se borne à modifier le TURPE. Il ne l'est pas davantage à l'égard de la décision n° 2018-01, la contrariété alléguée à la Constitution ne résultant pas de la décision de la CRE, mais des dispositions des articles L. 134-1 et L. 341-34-3 du code de l'énergie issues de la loi hydrocarbures, à l'encontre desquelles la société n'a déposé aucune QPC. En tout état de cause, il est peu probable que vous reconnaîtriez un caractère sérieux à une telle QPC si vous en étiez saisis, l'atteinte portée aux libertés économiques des opérateurs n'apparaissant pas disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi par ces dispositions, à savoir assurer l'accès non discriminatoire des fournisseurs aux réseaux de distribution pour l'acheminement de l'électricité vendue à leurs clients, alors que l'instauration du contrat unique répond elle-même à un intérêt général de protection des consommateurs.

3.1 Une première contestation porte sur l'étendue des prestations dont la rémunération est fixée par la CRE.

La CRE a inclus dans le champ de la régulation trois catégories de prestations de gestion de clientèle accomplies par les fournisseurs pour le compte des GRD dans le cadre du contrat unique, correspondant au choix des paramètres tarifaires du client, à la facturation du TURPE et à la gestion et au recouvrement des impayés.

Les requérantes soutiennent que la CRE a pris en compte des prestations qui ne leur incombent pas, l'obligation mise à la charge des fournisseurs dans le cadre du contrat unique s'épuisant, selon elles, avec la signature du contrat par le client.

Cette thèse, depuis démentie par les travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi hydrocarbures⁴⁷ et écartée tant par le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC du 19 avril 2019⁴⁸ que par la cour d'appel de Paris dans son récent arrêt du 20 janvier 2020 s'agissant du

⁴⁷ V., notamment, l'exposé des motifs de l'amendement CD 168 déposé par la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale : « *le fournisseur est ainsi le seul interlocuteur du consommateur. A ce titre, le fournisseur gère pour le compte des gestionnaires de réseaux en charge de la distribution de « l'électricité et du gaz, une partie de sa relation contractuelle portant sur des services* ». V. aussi l'étude d'impact de la loi, p. 29.

⁴⁸ Décision n° 2019-776 QPC : « *Dans le cadre des contrats uniques portant sur la fourniture et la distribution d'électricité, prévus par l'article L. 121-92 du code de la consommation, le fournisseur d'électricité assure, pour le compte du gestionnaire de réseau public de distribution, la gestion des relations de clientèle de ce dernier avec le consommateur* ».

secteur du gaz⁴⁹, est un pur combat d'arrière-garde. Avec l'instauration du contrat unique en 2006, le législateur a entendu protéger les consommateurs des conséquences de la dissociation des activités de l'opérateur historique et de l'ouverture à la concurrence des marchés de la fourniture d'énergie, en leur permettant de conserver un interlocuteur unique pour la gestion de leur abonnement à l'électricité, en dépit de l'existence de deux relations contractuelles distinctes avec le fournisseur et le distributeur. La finalité de ce mécanisme implique que le fournisseur demeure l'interlocuteur unique du consommateur non seulement au moment de la conclusion du contrat mais également au cours de son exécution. Nous relevons aussi que la gestion simplifiée de la relation avec le consommateur qui résulte d'un mandat du fournisseur étendu dans le temps est à l'avantage de ces derniers puisqu'il facilite la conquête de nouveaux clients et leur fidélisation.

Si le législateur n'a pas énuméré précisément les prestations de gestion de clientèle que le fournisseur doit accomplir pour le compte du GRD, celles-ci peuvent se déduire des dispositions relatives au contrat unique. L'article L. 224-8 du code de la consommation prévoit, à son second alinéa, que « *outré la prestation d'accès aux réseaux, le consommateur peut, dans le cadre du contrat unique, demander à bénéficier de toutes les prestations techniques proposés par le gestionnaire du réseau. Le fournisseur ne peut facturer au consommateur d'autres frais que ceux que le gestionnaire du réseau lui a imputés au titre d'une prestation* ». Il s'en déduit la délégation au fournisseur de la gestion du choix par le client des paramètres tarifaires, qui correspondent à l'option et à la puissance souscrite, tant au moment de la souscription du contrat que s'il souhaite en changer au cours de son exécution. Par ailleurs, l'article L. 332-4 du code de l'énergie prévoit l'établissement par le fournisseur d'une facturation simultanée de la fourniture d'énergie et de l'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution⁵⁰. Nous déduisons de ces dispositions, non seulement que le législateur a confié au fournisseur le soin de facturer le TURPE à ses clients, mais également, implicitement mais nécessairement, de gérer les prestations de recouvrement pour le compte des GRD, les impayés concernant indifféremment la partie de la facture correspondant à la fourniture et celle qui correspond à l'utilisation du réseau.

Vous pourrez donc écarter toute erreur de droit commise par la CRE quant à l'identification des prestations dont les prix doivent être régulés. Relevons, en tout état de cause, que la loi hydrocarbures a défini de manière souple la compétence attribuée à la CRE. L'article L. 341-4-3 du code de l'énergie permet à celle-ci de fixer les éléments et le montant de la rémunération des fournisseurs pour « *les prestations de gestion de clientèle qu'ils réalisent pour le compte des gestionnaires de réseaux de distribution dans le cadre de l'exécution des contrats portant sur l'accès aux réseaux et la fourniture de l'électricité* ». A supposer que les fournisseurs conviennent, par la voie contractuelle, d'assurer d'autres prestations pour le compte des GRD que celles qui leur sont imposées par la loi, ces dispositions permettraient à la CRE de réguler le prix de ces prestations complémentaires.

⁴⁹ Arrêt du 23 janvier 2020, n° 18/17469, pts 189 et s.

⁵⁰ « *Lorsque le fournisseur d'électricité facture simultanément au consommateur la fourniture d'énergie et l'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution, en application des dispositions des articles L. 111-92 et L. 332-3, chaque kilowattheure (kWh) consommé est facturé, au minimum, au montant prévu par le tarif d'utilisation des réseaux mentionné à l'article L. 341-2* ».

3.2 La contestation suivante, plus sérieuse, porte sur les références de coûts retenues par la CRE pour fixer le montant de la rémunération des fournisseurs.

La question est inédite, ni votre précédent *GDF-Suez*, ni les arrêts de la cour d'appel de Paris ne se prononçant à ce sujet.

La CRE a déterminé le montant de la rémunération par référence aux coûts d'un fournisseur normalement efficace, correspondant à un fournisseur actif soit sur le marché de la clientèle résidentielle, soit sur celui de la clientèle d'affaires, et disposant d'une part de marché de 10%. Ce fournisseur-type a été défini à partir des caractéristiques observées pour l'ensemble des fournisseurs du marché dans le cadre de l'étude de coûts menée à la demande de la CRE. Par ailleurs, la CRE a considéré que la rémunération ne devait pas dépasser les coûts évités par les GRD, c'est-à-dire les coûts que les gestionnaires auraient eux-mêmes dû exposer si la loi ne leur avait pas imposé de déléguer les prestations de gestion de clientèle.

3.2.1. Les sociétés requérantes font en substance valoir que la méthode retenue par la CRE ne permet pas de tenir compte de la situation propre de chaque fournisseur, dont les coûts de gestion de clientèle varient en fonction de leur taille et des caractéristiques propres à leur modèle économique.

La loi ne fixe pas de règle précise à ce sujet⁵¹. Nous ne pensons pas qu'elle impose de fixer un niveau de rémunération identique pour l'ensemble des fournisseurs. Une telle exigence ne saurait être déduite de l'obligation pesant sur les GRD d'assurer l'accès à leurs réseaux dans des conditions non discriminatoires, énoncée par l'article L. 322-8 du code de l'énergie. La non-discrimination n'exclut pas une régulation asymétrique⁵², qui peut être justifiée afin de tenir compte d'un désavantage objectif de certains opérateurs, et plus particulièrement des nouveaux entrants, dont le niveau de coûts se trouverait, compte tenu des caractéristiques objectives de leur clientèle, structurellement plus important que celui des autres opérateurs⁵³. Les délibérations pratiquent d'ailleurs une distinction de cette nature en prévoyant une réduction de la rémunération des prestations de gestion des clients ayant souscrit un contrat aux tarifs réglementés de vente d'électricité. Ces clients sollicitent en effet peu leur fournisseur, ce qui confère à l'opérateur historique EDF un avantage qui n'est pas lié à son efficacité propre, mais qu'il a hérité de son ancienne situation de monopole. Il n'est pas

⁵¹ Il en est de même des TP de la loi hydrocarbures, qui se bornent à exposer de manière neutre la méthode de calcul suivie par la CRE dans ses délibérations du 25 octobre 2017.

⁵² Le principe de la régulation asymétrique n'a pas été exclu par la décision *GDF-Suez*, qui ne se fonde pas sur le principe de non-discrimination pour annuler la délibération attaquée, mais uniquement sur l'article L. 121-92 du code de la consommation (aujourd'hui transféré à l'article L. 224-8), dont découle l'exigence d'une rémunération des fournisseurs.

⁵³ Cette situation survient en général dans le cas de marchés ouverts à la concurrence après avoir été dominés par un opérateur historique. La régulation asymétrique est donc, en principe, transitoire : dans un marché plus mature – ce qui ne nous semble pas encore le cas du marché de la fourniture d'électricité - le prix régulé doit être fixé pour approcher le plus possible un prix de marché, lequel élimine normalement les opérateurs dont les coûts sont supérieurs à ce prix (v., à ce sujet, l'analyse de l'Autorité de la concurrence en réponse à la demande formulée par la CRE dans le cadre de la procédure préalable à l'adoption de la délibération .

inutile, afin d'éclairer complètement la CRE et les opérateurs, que vous vous prononciez explicitement à ce sujet, même si vous n'y êtes pas tenus, dans la mesure où cette distinction ne fait l'objet d'aucune contestation propre.

Il est en revanche certain, compte tenu de la finalité des missions de la CRE, qui est, ainsi que le rappelle l'article L. 131-1 du code de l'énergie⁵⁴, de veiller au bon fonctionnement du marché au bénéfice des consommateurs, que celle-ci n'a pas commis d'erreur de droit en excluant de fixer les rémunérations de manière différenciée en fonction des courbes de coûts individuelles de chaque fournisseur. La régulation a pour objet non seulement d'éviter que les GRD abusent de leur pouvoir de marché vis-à-vis des fournisseurs en imposant une rémunération insuffisante, mais aussi d'inciter les fournisseurs à l'efficacité afin que leurs clients disposent d'offres aux prix compétitifs. Or les coûts réels des fournisseurs peuvent traduire des inefficacités qui leur sont propres, indépendantes de leur taille ou de la nature de la prestation rendue, dont il convient d'éviter qu'ils soient répercutés, via le TURPE, sur le consommateur final. Comme nous l'avons dit, la rémunération versée aux fournisseurs constitue un coût pour les GRD, qui doit, en vertu du principe de couverture des coûts et pour autant qu'il ne corresponde pas au coût d'un gestionnaire inefficace, être inclus dans le TURPE, acquitté par les clients bénéficiant d'un contrat unique. La notion de « fournisseur normalement efficace » utilisée par le régulateur pour calculer cette rémunération apparaît ainsi comme le pendant de celle du « gestionnaire de réseau efficace »⁵⁵, qui permet de fixer le niveau du tarif de manière à inciter les opérateurs à maîtriser leurs coûts.

3.2.2. Cette recherche d'efficacité ne saurait justifier, en revanche, que la rémunération des fournisseurs soit plafonnée par référence aux coûts évités par les GRD, dans la mesure où la loi contraint le gestionnaire à déléguer ces prestations et le fournisseur, à les accomplir⁵⁶.

Certes, dans l'hypothèse où les fournisseurs supportent des coûts de gestion de clientèle structurellement plus élevés que les GRD, une telle délégation n'est pas efficace, d'un point de vue économique, et entraîne une élévation du prix payé par le consommateur qui n'est pas corrigée par la régulation. Mais cette inefficacité est au moins partiellement compensée par les avantages non monétaires que le consommateur retire du contrat unique, en termes de simplification de la gestion de son contrat d'énergie.

La CRE a donc commis une erreur de droit en estimant que la rémunération des fournisseurs devait être plafonnée aux coûts évités des GRD. Cette erreur ne vous conduira toutefois pas à censurer la décision attaquée dans la mesure où la CRE n'a, en pratique, pas procédé à un tel

⁵⁴ « (...) la Commission de régulation de l'énergie concourt au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel au bénéfice des consommateurs finals (...) / A ce titre, elle veille, en particulier, à ce que les conditions d'accès aux réseaux de (...) distribution d'électricité (...) n'entravent pas le développement de la concurrence. / (...) Elle contribue à garantir l'effectivité des mesures de protection des consommateurs ».

⁵⁵ Article L. 341-3 du code de l'énergie.

⁵⁶ La cour d'appel de Paris n'a pas jugé l'inverse dans ses arrêts précités du 2 juin 2016 et du 23 janvier 2020 : dès lors que la société Direct Energie s'était contentée de demander une compensation à hauteur des coûts évités par la société GRDF, la cour ne pouvait, sans *ultra petita*, fixer le montant de la rémunération équitable à un niveau supérieur.

écrêtement. En effet, l'étude réalisée à sa demande a montré que les coûts des fournisseurs étaient inférieurs aux coûts évités des GRD, à l'exception des fournisseurs actifs sur le marché de masse et y disposant de moins de 5% de parts de marché⁵⁷. Or la CRE avait retenu un niveau de rémunération fixé par référence aux coûts d'un fournisseur disposant d'une part de marché supérieure, à savoir 10%.

3.3.3. Les sociétés requérantes concentrent ensuite leurs critiques sur le choix de la CRE de fixer la rémunération par référence aux coûts d'un fournisseur-type détenant une part de marché de 10%, jugé peu représentatif.

Il est vrai qu'excepté l'opérateur historique EDF, seule la société Engie détenait une part de marché de 10% sur les marchés de masse et d'affaires à la date des décisions attaquées⁵⁸. La rémunération de 6,80 euros par client en offre de marché basse tension, retenue par les délibérations attaquées, est significativement inférieure à la borne haute de 9 euros correspondant, selon l'étude commandée par la CRE, aux coûts des fournisseurs nouveaux entrants ou disposant d'une part de marché de 5%. Or cette étude montre que les coûts des fournisseurs sont, du fait des économies d'échelle, inversement proportionnels à leurs parts de marché.

En dépit de ces réserves - non négligeables - deux considérations nous ont finalement convaincue de ne pas vous proposer de retenir une erreur manifeste d'appréciation de la CRE sur ce point, étant précisé que celle-ci a partiellement tenu compte des observations exprimées par les acteurs du marché lors de la consultation publique pour baisser de 20% à 10% par rapport à sa proposition initiale le niveau des parts de marché du fournisseur-type.

D'une part, la délibération attaquée relève qu'un niveau d'efficacité équivalent peut être atteint par des fournisseurs disposant d'une part de marché moins élevée, mais qui sont actifs sur plusieurs marchés et qui peuvent ainsi mutualiser les coûts de gestion de leurs clientèles résidentielle ou d'affaires, sur les marchés de l'électricité ou du gaz naturel. Cette diversification correspond, selon les indications non contestées de la CRE en défense, au modèle dominant des nouveaux entrants sur le marché.

D'autre part, aucune des deux sociétés requérantes ne démontre que ses propres coûts seraient supérieurs à ceux qui ont été retenus par la CRE.

Relevons, pour achever cet examen, qu'aucune des autres critiques de la méthodologie suivie par la CRE n'est fondée. Contrairement à ce que soutient la société Total Direct Energie, le mode de calcul adopté par la CRE, qui n'était tenue par aucun standard méthodologique déterminé, a permis de prendre en compte l'ensemble des coûts supplémentaires, y compris les coûts fixes, exposés par les fournisseurs pour la prise en charge des prestations en cause. Et l'utilisation des données relatives à l'année 2015 était favorable aux fournisseurs, compte

⁵⁷ Document de la consultation publique du 4 mai 2017, n° 2017-005, p. 11.

⁵⁸ CRE, Etat des lieux des marchés de détail français de l'électricité et du gaz naturel en 2017 (tableaux p. 23 et s.).

tenu des économies liées à la digitalisation croissante de la gestion de la clientèle et à l'installation de compteurs communicants.

4. L'examen des autres moyens de légalité interne ne pose aucune difficulté.

4.1 Les premiers sont dirigés contre la seule délibération n° 2017-239 du 26 octobre 2017 modifiant le TURPE.

Si la société Total Direct Energie soutient que celle-ci fixe rétroactivement le montant de la rémunération due aux fournisseurs pour la période antérieure à 2018, ce moyen manque en fait. Vous écarterez également le moyen, peu compréhensible, de cette société, tiré de l'erreur qu'aurait commise la CRE en fixant la rémunération des fournisseurs par le biais d'une composante tarifaire négative, qui n'entraîne pas, contrairement à ce qui est soutenu, la captation par le consommateur de la rémunération versée au fournisseur.

La société Total Direct Energie n'est par ailleurs pas fondée à soutenir que la CRE aurait entaché ses délibérations d'erreur manifeste d'appréciation en identifiant et en neutralisant, pour évaluer les charges incluses dans le compte de régularisation des charges et des produits (CRPC)⁵⁹, un potentiel effet d'aubaine qui résulterait du versement rétroactif par les gestionnaires de l'intégralité des rémunérations qui leur seraient réclamées par les fournisseurs au titre des années antérieures à l'année 2018. En effet, les fournisseurs avaient vraisemblablement répercuté les charges supportées à raison de l'accomplissement des prestations en litige dans les prix facturés à leurs clients, ce qui a d'ailleurs justifié, quelques semaines plus tard, la validation législative des effets passés des contrats d'accès au réseau conclus avec les gestionnaires, sous réserve des contentieux en cours⁶⁰.

4.2 Les derniers moyens, dirigés contre les deux délibérations et soulevés par la société Total Direct Energie, sont tirés de la méconnaissance du droit de l'Union européenne.

⁵⁹ Ce mécanisme est destiné à assurer la couverture par le TURPE de l'écart qui peut survenir, sur certains postes de charges et de recettes dont le montant est entaché d'incertitudes, entre les prévisions retenues par la CRE lors de la fixation des tarifs, et le montant des charges réellement exposées ou des recettes effectivement perçues par les GRD. La délibération n° 2017-239 du 26 octobre 2017 inclut dans le CRPC les charges susceptibles d'être exposées par la société Enedis à raison du versement d'une rémunération rétroactive aux fournisseurs au titre de la période antérieure au 1er janvier 2018, dont le montant est fixé par référence au niveau de rémunération de l'année 2018, auquel est appliqué un taux de réfaction de 90%.

⁶⁰ Article 13 de la loi hydrocarbures. Le rapport de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale relève que, pour les conventions ne prévoyant pas de rémunération et n'ayant pas fait l'objet de recours, la rémunération des prestations d'ores et déjà effectuées « engendrerait un effet d'aubaine pur : une rémunération était déjà versée à l'époque par les consommateurs finals aux fournisseurs, lesquels avaient vraisemblablement intégré cette charge dans leurs coûts commerciaux. Permettre à ces fournisseurs d'être rémunérés à la fois par le GRD et par les clients pour les mêmes prestations conduirait à un enrichissement sans cause. Cela pourrait, par ailleurs, entraîner une hausse des tarifs de réseaux, et partant une augmentation significative de la facture acquittée » (Rapport n° 172, p. 29).

Il est d'abord soutenu que ces délibérations méconnaissent les objectifs de la directive 2009/72/CE, au motif que la rémunération versée ne couvre pas les coûts fixes exposés par un nouvel entrant pour assurer les prestations de gestion de clientèle. Mais, dès lors qu'elle couvre les coûts d'un fournisseur normalement efficace, la fixation d'une rémunération ne crée pas de barrière à l'entrée sur le marché français de l'électricité. Au demeurant, le niveau de rémunération a été fixé en prenant en compte les coûts fixes supplémentaires exposés par les fournisseurs pour la prise en charge de ces prestations.

Il est enfin reproché à la CRE d'avoir placé Enedis en situation d'abuser automatiquement de sa situation de monopole, en méconnaissance des stipulations de l'article 102 du TFUE. Ce moyen n'est pas sérieux. D'une part, la situation de mandataire obligé du gestionnaire de réseau dont se plaint la requérante ne résulte pas des délibérations attaquées mais de la loi elle-même. D'autre part, le niveau de rémunération retenu par la CRE couvre les coûts supportés par un fournisseur normalement efficace pour réaliser les prestations fournies pour le compte d'Enedis.

Si vous nous avez suivie, vous rejetterez donc les conclusions des requêtes tendant à l'annulation des délibérations n° 2017-239 du 26 octobre 2017 modifiant le TURPE et n° 2018-01 du 25 janvier 2018 fixant la rémunération des fournisseurs.

PCMNC à ce que l'intervention de la société Enedis soit admise, à l'annulation de la délibération n° 2017-236 du 26 octobre 2017, au rejet des requêtes n° 416804 et 419231 de la société Total Direct Energie, au rejet du surplus des conclusions de la requête n° 420263 de la société Eni et au versement par l'Etat d'une somme de 1500 euros à chacune des requérantes au titre de l'article L. 761-1 du CJA.