

CONCLUSIONS

Mme Céline Guibé, Rapporteur publique

L'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie s'est traduite par la dissociation des activités de distribution et de fourniture d'électricité¹. 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'électricité l'obligation de proposer à leurs clients la conclusion d'un « contrat unique », incluant les prestations de fourniture et d'accès au réseau, obligation qui figure désormais à l'article L. 224-8 du code de la consommation et à l'article L. 332-3 du code de l'énergie.

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.

Afin de mettre fin aux multiples conflits qui ont opposé fournisseurs et GRD quant aux modalités d'exécution et de rétribution de ces services, la loi du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche et à l'exploitation des hydrocarbures³ a donné 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 uniques. Cette même loi a confié à la CRE le soin d'approuver les modèles de contrat, établis par chaque GRD, et qui énoncent les obligations respectives du gestionnaire et des fournisseurs en matière d'accès au réseau, pour permettre à ces derniers de proposer à leurs clients des contrats uniques (contrats « GRD-F »).

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.

³ Article 13 de la loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017.

Estimant que l'harmonisation des modèles de contrats proposés par les différents GRD contribuerait à un meilleur fonctionnement du marché, la CRE a organisé, entre juillet 2018 et juillet 2019, une concertation entre gestionnaires et fournisseurs en vue de définir un modèle commun. A la lumière de ces travaux, elle a adopté la délibération n° 2019-234 du 24 octobre 2019 « portant orientations sur le modèle de contrat de Réseau de Distribution – Fournisseurs commun à tous les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité ».

La société Enedis a transmis à la CRE une nouvelle version de son modèle de contrat, établie conformément à ces orientations, que la CRE a approuvée, après quelques modifications, par une délibération n° 2020-169 du 25 juin 2020. La CRE a également approuvé, au cours du second semestre 2020, les modèles de contrat de 12 entreprises locales de distribution.

La société Joul, connue sous sa marque ekWateur, et qui fait partie des principaux fournisseurs français en « électricité verte » vous demande d'annuler ces deux délibérations. Vous pourrez joindre ses deux requêtes, qui présentent à juger les mêmes questions, admettre l'intervention en défense de la société Enedis, qui a intérêt au maintien des délibérations attaquées.

Au titre des questions préalables, vous devrez écarter les conclusions d'Enedis tendant à ce qu'il soit donné acte au désistement d'office de la société Joul. L'intervenante a, inexplicablement, oublié que les délais de procédure ont été prolongés par l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 à raison de la crise sanitaire, de sorte qu'il ne peut être reproché à la requérante d'avoir déposé le mémoire complémentaire annoncé plus de trois mois après l'enregistrement de sa requête sommaire.

1. Nous commencerons par l'examen du dernier moyen des requêtes, tiré de ce que la CRE n'avait pas compétence pour adopter les délibérations attaquées.

Le moyen est à l'évidence infondé s'agissant de la délibération n° 2020-169 du 25 juin 2020, portant approbation du modèle de contrat soumis par la société Enedis. Cette transmission s'imposait au GRD en vertu des dispositions de l'article L. 111-92-1 du code de l'énergie, la compétence d'approbation de la CRE étant prévue par le 6° de l'article L.134-3.

Le moyen est plus délicat s'agissant de la délibération n° 2019-234 du 24 octobre 2019 mettant au point un modèle de contrat applicable à l'ensemble des GRD et dont la rédaction hésite entre le style propre aux actes de droit souple – ce dont témoignent les appellations d'orientations ou de « proposition » de modèle – et les formules plus nettement impératives, la CRE précisant que l'ensemble des GRD « doivent » utiliser le modèle commun aux fins de l'établissement de leur propre modèle soumis à approbation.

Il était naturellement loisible à la CRE d'édicter des lignes directrices pour préciser les conditions dans lesquelles elle entend mettre en œuvre ses prérogatives d'approbation individuelle des modèles de contrat élaborés par chaque GRD. Mais, à l'inverse de la requérante, nous pensons qu'elle pouvait, en outre, directement encadrer par la voie réglementaire l'élaboration des contrats liant les GRD et les fournisseurs.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Le 3° de l'article L. 134-1 du code de l'énergie autorise la CRE à préciser, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, les règles concernant les « *conditions d'accès aux réseaux et de leur utilisation* ».

Certes, vous avez déjà retenu une lecture restrictive de ces dispositions, de même que des dispositions analogues actuellement codifiées au 2° du même article, s'agissant des règles relatives aux conditions de raccordement au réseau. Par vos décisions du 23 décembre 2011, *Fédération française des installateurs électriciens*⁴ et du 31 décembre 2020, *Société Direct Energie*⁵, vous avez ainsi exclu d'y voir l'attribution d'une compétence tarifaire. Cette exclusion est toutefois justifiée par des considérations propres aux tarifs. L'article L. 134-1 du code de l'énergie a codifié les dispositions de l'article 37 de la loi du 10 février 2000⁶, qui, selon les travaux parlementaires, attribuent une simple compétence supplétive à la CRE, pour « *préciser sans les contredire, les amoindrir ou les détourner des règles adoptées par ailleurs par le Gouvernement ou par le Parlement* »⁷ - et ce, dans la droite ligne, tant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁸ que de votre propre jurisprudence⁹ qui ne reconnaît aux autorités administratives indépendantes qu'un pouvoir réglementaire résiduel. Or la compétence pour fixer les tarifs était encore, en 2000, entièrement placée entre les mains du ministre chargé de l'économie et de l'énergie et le législateur a exclusivement procédé par habilitation expresse lorsqu'il a, par la suite, souhaité attribuer une compétence tarifaire à la CRE.

Le législateur a, en revanche, dès l'origine, entendu confier à la CRE le soin de veiller à ce que l'organisation des relations contractuelles entre gestionnaires et utilisateurs garantisse le droit d'accès de ces derniers aux réseaux de transport et de distribution. La portée de la compétence de la CRE, s'agissant des conditions d'accès aux réseaux, est éclairée, dans le texte initial de la loi du 10 février 2000 par le renvoi à son article 23, relatif à la mise en œuvre, par les gestionnaires, de la garantie du droit d'accès afin de permettre, notamment, aux consommateurs éligibles d'exercer le libre choix de leur fournisseur d'électricité. Cet article prévoit la conclusion, à cet effet, de contrats entre les gestionnaires et les utilisateurs, transmis à la CRE, et encadre l'exercice d'un éventuel refus d'accès. Ces contrats ne sont autres que ceux qui sont aujourd'hui visés aux articles L. 111-92¹⁰ et L. 111-92-1 du code de l'énergie, dont font partie ceux qui sont conclus pour permettre la vente d'électricité aux consommateurs en contrat unique. Dans ces conditions, et compte tenu du caractère essentiellement technique des règles destinées à assurer la mise en œuvre du droit d'accès au réseau, nous en déduisons que le législateur a bien entendu confier à la CRE un pouvoir réglementaire pour encadrer le contenu de ces contrats.

Relevons que vous avez déjà jugé que les dispositions jumelles du 2° de l'article L. 134-1 du code de l'énergie donnaient compétence à la CRE pour fixer un délai maximum de traitement

⁴ n° 316596, aux tables sur ce point, concl. F. Aladjidi.

⁵ n° 416802, inédit, à nos concl.

⁶ Loi n° 2000-108 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

⁷ Rapport n° 1371 de l'Assemblée nationale, article 35 du projet de loi.

⁸ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 et n° 88-248 DC du 17 janvier 1989.

⁹ CE, 20 janvier 1989, SA GBA Berry-Loire, au rec. ; 14 avril 1999, n° 187570, France Télécom, au rec.

¹⁰ Ancien article 22 de la loi du 20 février 2000.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

des demandes de raccordement. Même si sa portée était bien plus modeste que la délibération qui vous est aujourd'hui soumise, il s'agissait, là aussi, d'une règle technique permettant de garantir, directement, la mise en œuvre du droit d'accès aux réseaux publics d'électricité¹¹.

A notre sens, la CRE est libre, sous votre contrôle, de mettre en œuvre sa compétence avec le degré de précision qu'elle estime nécessaire pour assurer le bon fonctionnement du marché, le cas échéant en imposant aux GRD d'utiliser un modèle de contrat-type. Vous pourriez y voir une certaine redondance avec le pouvoir d'approbation individuelle des modèles de contrat de chaque GRD, dévolu à la CRE par le 6° de l'article L. 134-3. Cela explique d'ailleurs peut-être que le gouvernement, bien qu'il ne se soit pas opposé, à l'occasion des débats sur le projet de loi hydrocarbures de 2017, à l'adoption de l'amendement parlementaire confiant à la CRE cette compétence d'approbation, ait estimé qu'elle n'était pas indispensable. Mais ce temps d'examen individuel n'est sans doute pas inutile, pour permettre, s'il y a lieu, de décliner des règles générales, qui peuvent être définies avec plus ou moins de souplesse, en fonction des situations spécifiques de chaque gestionnaire. Il présente également l'avantage de délivrer, en amont de la mise en œuvre des contrats, une sorte de brevet de conformité propre à prévenir les contestations.

Précisons, pour finir, qu'à supposer que vous constatiez que la CRE ait, dans l'exercice de cette compétence, édicté des règles qui ne sont pas justifiées au regard de l'objet des contrats liant gestionnaires et utilisateurs des réseaux, vous devriez, à notre sens, le sanctionner en vous plaçant non pas sur le terrain de l'incompétence, mais sur celui du bien-fondé de la décision adoptée, sous l'angle, notamment, de la nécessité et de la proportionnalité de l'atteinte ainsi portée à la liberté contractuelle ou à la libre concurrence.

Si vous nous suivez, vous écarterez donc le moyen soulevé.

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

La société soutient d'abord que la CRE a manqué à ses obligations de transparence, d'indépendance et d'impartialité en suivant le parti des gestionnaires de réseaux sans prêter attention aux arguments exprimés par les fournisseurs au cours de la concertation organisée entre juillet 2018 et juillet 2019.

Les éléments du dossier ne corroborent pas cette thèse. La CRE indique en défense que des travaux préparatoires ont, dans un premier temps, été organisés avec les GRD afin d'identifier les divergences de rédaction des modèles de contrats existants ainsi que des propositions d'harmonisation – ce qui était de bonne méthode. La concertation a ensuite été élargie à l'ensemble des acteurs concernés - pas moins de dix-neuf fournisseurs, dont la requérante, ayant alors participé aux échanges et ayant été invités à transmettre leurs remarques écrites. Le contenu même de la délibération du 24 octobre 2019 démontre d'ailleurs que la CRE a tenu compte des observations des fournisseurs, même si elle n'était, en vertu de votre

¹¹ CE 9 octobre 2015, Union nationale des entreprises d'électricité et de gaz, n° 370057, inédit, concl. F. Aladjidi.

jurisprudence, pas tenue d'y répondre¹². Et si la requérante se plaint, par ailleurs, de ce que la CRE n'ait pas donné suite à sa demande d'audition, cette situation est de son fait puisqu'elle n'a formulé sa demande qu'après l'adoption de la délibération attaquée.

La société soutient également que le délai de convocation des membres de la CRE, qui est fixé par son règlement intérieur à 5 jours avant la date de la séance¹³, de même que la transmission de l'ordre du jour et de l'ensemble des pièces et projets de délibérations, n'a pas été respecté. Ce règlement est invocable, dès lors que son édicition a été prévue par l'article R. 133-4 du code de l'énergie¹⁴.

Le moyen manque en fait, s'agissant de l'adoption de la délibération du 24 octobre 2019. En ce qui concerne la décision du 25 juin 2020, la convocation a été envoyée dans le délai prescrit mais la CRE reconnaît que le projet de délibération n'a été communiqué que deux jours avant la séance. Vous pourrez toutefois neutraliser cette irrégularité, en application de votre jurisprudence *Danthony*, comme vous avez déjà accepté de le faire à propos d'autres délibérations de la CRE, ce qui traduit le fait que vous ne regardez pas le délai de convocation du collège comme une garantie pour les opérateurs concernés¹⁵. En effet, cette seconde délibération portait sur le projet de contrat transmis par la société Enedis, dont les clauses reproduisaient, pour l'essentiel, celles du modèle de contrat adopté en vertu de la première délibération du 24 octobre 2019. Les points en discussion étaient donc très peu nombreux, de sorte que l'irrégularité commise n'a pas exercé d'influence sur le sens de la décision adoptée.

3. Passons à l'examen du bien-fondé des délibérations litigieuses.

Les critiques de la requérante sont concentrées sur l'une seule des clauses du modèle de contrat générique et de sa déclinaison par la société Enedis.

Celle-ci prévoit que les fournisseurs doivent présenter une garantie bancaire à première demande, ou, à défaut, un dépôt de garantie auprès du GRD, pour couvrir le risque de défaut de paiement lors de l'exécution du contrat. Cette obligation s'impose, sous réserve d'exemptions réservées à ceux d'entre eux qui bénéficient d'une excellente note de crédit, dès lors que les sommes facturées aux fournisseurs dépassent certains seuils, variant selon le nombre de clients desservis par le gestionnaire de réseau et fixé, pour la société Enedis à 7 millions d'euros. Si une exigence de même nature figurait déjà dans l'ancien modèle de contrat de la société Enedis, la franchise était alors fixée à 50 millions d'euros et plusieurs fournisseurs se sont, au cours de la procédure de concertation, opposés à la révision de cette clause, analysée comme un plafond de verre préjudiciable au développement des nouveaux acteurs du marché.

¹² CE, 13 mai 2016, Sté Direct Energie, n° 375501, aux tables.

¹³ Articles 1^{er} et 2 du règlement intérieur de la CRE, dans sa version issue de la délibération n° 2017-274 du 7 décembre 2017.

¹⁴ Sur l'invocabilité des règlements intérieurs des AAI : CE, 25 janvier 2012, n° 342210 et 342296, Association nationale des psychologues de la petite enfance et autres, aux tables ; CE, 16 février 2015, n° 362781, Aslan et Simsen, aux tables.

¹⁵ CE, 9 mars 2018, Société Enedis et autres, n° 407516, aux Tables ; CE, 9^e CJS, 3 octobre 2018, ANODE, n° 403502.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La garantie à première demande, qui est régie par l'article 2321 du code civil, se définit comme un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme d'argent sur appel du bénéficiaire. Il s'agit d'une garantie autonome, qui interdit au garant d'invoquer les exceptions propres à l'obligation garantie ou d'en différer le paiement pour quelque motif que ce soit, ce qui en fait un mécanisme de paiement automatique (sauf fraude), plus protecteur, pour les intérêts du créancier, qu'un simple cautionnement¹⁶.

3.1. La société Joul conteste d'abord le principe même de l'exigence d'une garantie à première demande.

Elle rappelle que, dans le cadre du contrat unique, le fournisseur agit comme le mandataire du gestionnaire de réseau, s'agissant notamment de la facturation du TURPE auprès des clients finals, qu'il collecte pour le compte du gestionnaire avant de le reverser à celui-ci. Elle rappelle également votre décision de Section *GDF Suez* du 13 juillet 2016¹⁷, par laquelle vous avez jugé que les stipulations des contrats conclus entre ces opérateurs ne doivent pas laisser à la charge des fournisseurs les coûts supportés par eux pour le compte du gestionnaire de réseau¹⁸.

La requérante soutient qu'en contradiction avec les décisions du Cordis qui subordonnent que le reversement au GRD des sommes dues au titre de l'utilisation du réseau à leur récupération préalable par le fournisseur auprès du client final, sauf défaillance de sa part¹⁹, la CRE aurait prévu un mécanisme d'avance des sommes dues au profit du GRD, suivi par un remboursement du montant des créances irrécouvrables, ce qui imposerait au fournisseur des charges de trésorerie injustifiées.

La requérante confond ici avance et garantie. Le principe du recouvrement préalable des sommes dues auprès du client final n'a pas été abandonnée dans la nouvelle version du modèle de contrat, où il figure à l'article 7. Quant à la garantie à première demande qui figure à l'article 8, elle n'a pas pour objet de couvrir la défaillance du client final, mais uniquement celle du fournisseur d'électricité qui manquerait à son obligation de reversement au GRD des sommes collectées au titre du TURPE. L'assiette de référence prise en compte pour calculer le montant de la garantie et le seuil de franchise tient d'ailleurs compte de l'éventuelle défaillance des consommateurs : elle est établie en fonction du montant total des factures adressées par le GRD au cours de l'année précédente, dont sont soustraits, tant le montant des demandes de remboursement des créances irrécouvrables adressées par le fournisseur au GRD que le montant des intérêts sur avances de trésorerie facturé par le fournisseur au cours de la même année. Pour le dire plus simplement, l'assiette de la garantie au titre d'une année N

¹⁶ Jcl. Répertoire de droit commercial, S. Piédelièvre, mars 2021. V. aussi CE, 10 mai 1996, Fédération nationale des travaux publics, n° 159980, au rec.

¹⁷ n° 388150, au rec. sur un autre point.

¹⁸ Ce qui rejoint la position du juge judiciaire, la cour d'appel de Paris ayant jugé que le contrat unique n'avait pas pour effet de faire peser sur le fournisseur la charge des impayés, pour ce qui concerne la part de la facture relative à la prestation d'acheminement incombant au GRD (CA Paris, 29 septembre 2011, RG 2010/24020).

¹⁹ Décision du 22 octobre 2010 relative au contrat conclu entre Direct Energie et ERDF.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

correspond au montant, net de charges, des sommes effectivement recouvrées par le fournisseur auprès des clients finals au titre de l'année N-1.

La requérante soutient également que l'institution d'une telle garantie est injustifiée au regard du risque qu'elle couvre, qui correspond, du point de vue du GRD, à un simple décalage de paiement de quelques jours entre la date de la collecte du TURPE auprès du consommateur et son reversement par le fournisseur. Elle ajoute que le risque de défaillance des fournisseurs n'est pas avéré, alors que l'exercice de leur activité est soumise à autorisation ministérielle. Selon elle, les délibérations seraient avant tout motivées par le souhait de mieux contrôler l'entrée de nouveaux acteurs et d'obtenir une consolidation du marché, ce que révéleraient certaines prises de parole du président de la CRE dans les media.

La nécessité de couvrir le risque de défaut de paiement des fournisseurs nous semble toutefois inhérente au mécanisme du contrat unique, dans lequel l'intégralité des recettes tirées de l'activité de distribution des GRD est, pour les clients concernés, collectée par l'intermédiaire d'un tiers. La CRE indique que cette nécessité est d'autant plus prégnante que les pertes induites par les défaillances des fournisseurs ne sont pas couvertes par le mécanisme du compte de régularisation des charges et des produits du TURPE, qui permet, dans une certaine mesure, de corriger les écarts constatés d'une année sur l'autre entre la trajectoire prévisionnelle des recettes et les montants effectivement perçus par les GRD. On le comprend : il s'agit d'éviter que la défaillance d'un fournisseur ne conduise, sous couvert du principe de couverture des charges imposé par l'article L. 342-1 du code de l'énergie, de faire payer deux fois aux consommateurs le coût de l'utilisation du réseau de distribution. Le seul moyen de prévenir ce risque passe par l'institution, au profit des GRD, d'une garantie de paiement de leurs recettes.

Par ailleurs, et bien que l'autorisation d'exercer l'activité de fourniture d'électricité soit délivrée en fonction, notamment, des capacités financières du demandeur²⁰, le risque de défaut de paiement n'a rien de théorique. Dans son intervention en défense, la société Enedis indique avoir été confrontée en 2016 à la liquidation judiciaire du fournisseur Planète Oui, la franchise alors fixée à 50 millions d'euros ne lui ayant pas permis de récupérer les sommes dues en faisant jouer une garantie financière. Plus récemment, le rebond des prix de l'énergie fait craindre des défaillances de fournisseurs plus massives, dont la liquidation judiciaire de la société Hydroption au début du mois de décembre ne serait que le premier épisode²¹.

Enfin, l'institution d'une garantie à première demande est un mécanisme classique non seulement en droit de l'énergie - les fournisseurs étant par exemple soumis à une exigence similaire pour accéder au guichet de l'ARENH, la garantie étant alors calculée en fonction des volumes d'électricité attribués par la CRE – mais il en est aussi habituellement fait usage dans le cadre des contrats de commande publique.

Vous écarterez donc le moyen soulevé, étant précisé que les éléments que nous venons d'exposer permettent aussi d'exclure le détournement de pouvoir allégué.

²⁰ Article L. 133-1 du code de l'énergie.

²¹ Le Figaro, 3 décembre 2021.

3.2. La société Joul conteste ensuite les modalités de mise en œuvre du mécanisme de garantie, dont elle soutient qu'elles méconnaissent le principe de non-discrimination et constituent une entrave au développement de la concurrence, en pénalisant les plus petits acteurs du marché.

Trois points sont contestés.

Le seuil de franchise, tout d'abord, qui est fixé à 7 millions d'euros de facturation « nette » pour le modèle de contrat concernant la société Enedis. Ce niveau est jugé trop bas pour permettre aux nouveaux acteurs d'atteindre une taille critique leur permettant de faire face à ce coût supplémentaire ou d'obtenir une exemption au vu de leur historique de crédit. Il est vrai que la CRE n'apporte aucune explication quant aux raisons qui l'ont poussée à retenir ce seuil ni dans la délibération litigieuse, ni même dans le cadre de sa défense devant vous, alors qu'Enedis avait simplement réclamé l'abaissement de la franchise de 50 à 15 millions d'euros dans le cadre de la procédure de concertation. Mais, compte tenu de la nature de votre contrôle sur ce point, qui est restreint à l'erreur manifeste d'appréciation, nous n'avons guère d'hésitation à vous proposer d'écarter la critique. En effet, alors que le principe d'une garantie financière pourrait paraître justifié, *ab initio*, pour tout nouvel entrant compte tenu de ce que nous avons dit tout à l'heure, l'instauration d'une franchise – couplée avec l'exemption applicable, en toute hypothèse, au cours de la première année d'exercice de l'activité - est, en soi, favorable à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché. L'exemple de la requérante montre que l'effet de cette franchise n'est pas négligeable puisque, selon ses propres indications, elle aurait pu en bénéficier au cours de ses trois premières années d'exercice. Par ailleurs, la dispersion des acteurs du marché impose, pour éviter de priver le dispositif de tout effet pratique, de retenir un seuil de facturation relativement bas : on comptait en effet, au 1^{er} novembre 2021, pas moins de 92 fournisseurs ayant conclu un contrat avec Enedis en vue de vendre de l'électricité à des clients en contrat unique.

Le montant de la garantie est ensuite contesté. Celui-ci est fixé à un douzième de l'assiette de référence, c'est-à-dire, à un mois de facturation « nette » de l'année précédente. La critique, sur ce point, manque entièrement sa cible. La requérante se contente d'invoquer le mode de facturation d'Enedis, correspondant à l'émission de factures quotidiennes payables à quinze jours, à la différence du distributeur de gaz naturel GRDF, qui émet pour sa part des factures mensuelles. Mais le rythme de facturation est indifférent s'agissant d'apprécier le niveau de couverture approprié par rapport au risque de défaillance des fournisseurs dans l'exécution du contrat - sauf à attendre d'Enedis qu'elle suspende celui-ci d'un jour sur l'autre dès le constat d'une défaillance ponctuelle de paiement d'une facture journalière, ce qui ne serait, évidemment, guère souhaitable pour les consommateurs. Quant à la référence au volume de facturation mensuelle choisie par la CRE, celle-ci n'apparaît pas manifestement disproportionnée.

De manière plus générale, la requérante invoque le coût lié à la mise en place d'une garantie à première demande, qu'elle évalue à 469 500 euros par an pour garantir la somme de 6 M€ correspondant à la fourniture de 215.000 sites. A supposer que ces indications reflètent effectivement les conditions bancaires de marché, ce que ne conteste pas la défense, le coût

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

correspondant s'élève à 2,2 euros par client. Ce seul élément ne nous paraît pas suffire à démontrer l'existence d'une entrave manifestement disproportionnée à la croissance des petits opérateurs, alors, rappelons-le, que la garantie à première demande s'impose à l'ensemble des acteurs du marché.

Dernier élément contesté : le champ des exemptions, jugé trop restreint. Les délibérations attaquées exonèrent de l'obligation de constituer une garantie les fournisseurs qui bénéficient soit d'une notation correspondant, au minimum, à un A délivré par Standard & Poor's ou Moody's ou d'une note de crédit équivalente d'une agence de notation de renommée internationale, soit d'une cote de crédit de la Banque de France d'au moins 3, soit encore de l'engagement formel d'un actionnaire à couvrir leurs dettes, à condition que cet actionnaire satisfasse lui-même à l'une des conditions de notation.

La notation par une agence internationale n'est, sans conteste, pas à la portée financière de toute entreprise. Mais ce n'est pas le cas d'une cotation à la Banque de France, qui est attribuée gratuitement à toute entreprise non financière, sans condition de chiffre d'affaires et donc parfaitement accessible à une PME. L'argumentation développée par la requête à cet égard est particulièrement faible, puisqu'elle se contente, pour l'essentiel, de faire état du risque que la confidentialité des données de cotation ne puisse être assurée. Mais les GRD sont soumis à une obligation de confidentialité des informations recueillies pour élaborer les contrats d'accès aux réseaux.

La société Joul critique, plus à propos, le choix de la CRE de retenir uniquement les entreprises bénéficiant d'une cotation d'au moins 3 auprès de la Banque de France. Elle invoque le choix du gouvernement de retenir une cotation d'au moins 5 pour obtenir le bénéfice des aides destinées aux entreprises en difficulté à raison de la pandémie de la Covid-19, mais celui-ci repose sur une logique complètement différente de l'objectif de protection des recettes des GRD poursuivi par la CRE dans les délibérations attaquées. La cotation de 3 correspond à une capacité de l'entreprise à honorer ses engagements jugée forte par la Banque de France, tandis que la cotation 4+, immédiatement inférieure, correspond à une capacité « assez forte », compte tenu de l'absence de déséquilibres financiers importants, mais avec des éléments modérés d'incertitude ou de fragilité²². Nous ne pensons pas que ce choix soit entaché d'erreur manifeste d'appréciation, étant précisé que 22% des entreprises cotées par la Banque de France obtiennent une cotation d'au moins 3, ce qui est un taux significatif. La lettre de la Banque de France, citée en réplique, ne le dément pas, puisqu'elle précise qu'une cote de rang 3 peut être attribuée après seulement trois années d'exercice si l'entreprise a atteint son seuil de rentabilité.

4. Les derniers moyens du pourvoi portent sur l'application des nouvelles règles aux contrats en cours d'exécution.

Précisons que ces modalités d'application ne sont pas spécifiques à la garantie financière, puisque l'article 10 du modèle de contrat générique prévoit que toutes les modifications du modèle approuvées par la CRE sont rendues applicables aux contrats en cours, sous réserve de

²² La cotation, Guide de référence, Banque de France, mars 2020.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

la faculté de résiliation du fournisseur. Plus que la méconnaissance du principe invoqué de non-rétroactivité, c'est l'atteinte à la liberté contractuelle qui est ici dénoncé.

En vous fondant sur les dispositions générales de la directive sectorielle et du code des postes et des télécommunications, vous avez jugé, par une décision *Société TDF et autres* du 11 juin 2014²³, que l'ARCEP disposait du pouvoir d'enjoindre à un opérateur exerçant une influence significative sur un marché du secteur des télécommunications de modifier des contrats en cours d'exécution passés par cet opérateur, lorsque cette modification répond à un motif d'intérêt général suffisant lié à l'impératif d'ordre public tenant à l'établissement d'une concurrence effective et loyale sur le marché. Vous avez précisé qu'il lui incombe, dans ce cas, de prévoir, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires éventuellement nécessaires.

Cette solution nous paraît transposable à l'espèce, compte tenu des pouvoirs généraux que la CRE tient des dispositions de l'article 36 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009²⁴ comme de l'article L. 131-1 du code de l'énergie, visant à garantir le bon fonctionnement des marchés de l'électricité, et, à cet effet, de garantir l'exercice d'une concurrence loyale et un accès non-discriminatoire aux utilisateurs des réseaux publics de distribution.

En l'occurrence, l'application immédiate des nouvelles clauses des contrats-types est justifiée par la nécessité que tous les fournisseurs liés à un gestionnaire de réseaux bénéficient de conditions d'accès équivalentes, ce qui ne serait pas le cas si leur application était reportée à l'expiration du contrat conclu avec chacun d'eux et dont la durée était fixée, en ce qui concerne la société Enedis, à trois ans en vertu du précédent modèle de contrat. Les nouveaux entrants, qui seraient soumis immédiatement à l'exigence de constituer une garantie bancaire, à l'expiration de leur première année d'activité et sous réserve que leur facturation excède le seuil de franchise, auraient été, à défaut, tout particulièrement susceptibles d'être désavantagés par une entrée en vigueur morcelée dans le temps.

Par ailleurs, la CRE nous semble avoir prévu des mesures transitoires suffisantes en accordant un délai de douze mois à compter de l'approbation des modèles de contrat de chaque GRD, pour que les fournisseurs puissent constituer les garanties bancaires requises. Aucune atteinte au principe de sécurité juridique n'est donc constituée.

Vous pourrez partiellement faire droit aux conclusions tendant au remboursement des frais exposés présentés par la société Enedis, qui aurait eu qualité pour former tierce opposition si elle n'avait pas été présente à l'instance, aussi bien s'agissant de la contestation de la délibération portant approbation de son propre modèle de contrat que de celle fixant le modèle de contrat-type, compte tenu de la portée de celle-ci. Et vous rappellerez une nouvelle fois au président de la CRE que ses conclusions tendant à ce que vous prononciez une amende pour recours abusif ne sont pas recevables, s'agissant d'un pouvoir propre du juge.

²³ n°s 363920 e. a., aux tables sur un autre point.

²⁴ Aujourd'hui reprises à l'article 58 de la directive (UE) 2019/944 du 5 juin 2019, transposée par l'ordonnance n° 2021-237 du 3 mars 2021 postérieure aux délibérations attaquées.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

PCMNC au rejet des deux requêtes et à ce que la société Joul verse une somme globale de 3000 euros à la société Enedis en application des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.