

UNIVERSITE DE LIMOGES

École Doctorale n° 88 Pierre Couvrat

Faculté de Droit et des Sciences Économiques

Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques

THÈSE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LIMOGES

DISCIPLINE : DROIT PUBLIC

présentée et soutenue publiquement par

Christophe KROLIK

le 14 septembre 2011

CONTRIBUTION À L'ÉLABORATION D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT DE L'ÉNERGIE

Directeur de recherche

M. Michel PRIEUR, *Professeur émérite à l'Université de Limoges, Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges*

Rapporteurs

Mme Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Professeur émérite à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)*

M. Philippe TERNEYRE, *Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*

Examineurs

M. Michel BAZEX, *Professeur émérite à l'Université Paris X (Nanterre)*

M. Hubert DELZANGLES, *Professeur à l'Université de Limoges*

UNIVERSITE DE LIMOGES

École Doctorale n° 88 Pierre Couvrat

Faculté de Droit et des Sciences Économiques

Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques

Christophe KROLIK

Thèse remaniée

Mai 2013

**CONTRIBUTION À L'ÉLABORATION D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE
DU DROIT DE L'ÉNERGIE**

Thèse financée par la Fondation Robert Schuman
et
la Communauté d'agglomération de Lens-Liévin

Remerciements

J'adresse mes sincères remerciements à mon directeur de thèse Monsieur Michel PRIEUR pour sa confiance, sa disponibilité, et ses conseils avisés tout au long de ce travail. Je rends hommage à son engagement pour la reconnaissance du droit de l'environnement comme un nouveau champ juridique. La fertilité de son esprit est à la hauteur de sa personne : dynamique, humaniste, et universaliste.

Je remercie mes parents pour leur amour et pour m'avoir offert l'opportunité d'emprunter les voies de l'enseignement supérieur et de la recherche.

Je remercie les membres de ma famille et de ma belle famille pour leurs encouragements constants, leurs conseils avisés, et leur tolérance à l'égard des concessions nécessaires à l'élaboration de cette étude.

J'adresse un remerciement particulier à Caroline pour sa présence, sa patience, et son soutien indéfectibles. Elle apporte la preuve que l'amour n'est pas seulement un sentiment, c'est aussi un art, celui de regarder dans la même direction.

Je remercie chaleureusement les enseignants-chercheurs du CRIDEAU et de l'OMIJ pour leur expertise, leur suivi personnalisé, et l'ambiance de travail à la fois sérieuse et enthousiaste, offrant des conditions adéquates à l'épanouissement professionnel.

Je présente un remerciement appuyé au personnel administratif de l'Université de Limoges et en particulier celui du CRIDEAU, du CIDCE, et de la bibliothèque de la Faculté de droit pour son oreille attentive, le service de première qualité, et l'agrément du sourire.

Je transmets un remerciement personnalisé aux doctorants du centre de recherche pour le dynamisme de leurs actions dans la défense de leurs causes respectives, et pour les échanges mutuels concourant à enrichir la réflexion commune.

J'adresse un remerciement distingué aux personnes ayant contribué à la relecture de la thèse pour leur courage, la qualité de leurs observations, et leurs éclairages qui m'ont ouvert l'esprit et étendu les frontières de l'analyse.

Je remercie sincèrement les membres du jury de la thèse de partager une part de leur temps précieux et de leur savoir à l'évaluation de ces travaux.

Je remercie la fondation Robert Schuman et la Communauté de Lens-Liévin de m'avoir accompagné dans cette entreprise.

Enfin, je remercie les proches ayant collaboré directement ou indirectement à nourrir cette réflexion.

A Roger

« Je tiens pour impossible de connaître les parties sans connaître le tout, non plus que de connaître le tout sans connaître particulièrement chacune des parties »¹.

¹ Blaise Pascal, Le projet de juin 1658, recueil des pensées

Sommaire

Introduction	19
L'énergie.....	20
L'accès à l'énergie	27
Le droit de l'énergie.....	31
Première partie : L'ordre juridique globalisé	39
Titre 1 : Le calibrage du droit international de l'énergie.....	41
Chapitre 1: Le droit économique de l'énergie.....	43
Chapitre 2: Le droit social de l'énergie	91
Chapitre 3: Le droit environnemental de l'énergie	133
Titre 2 : La modulation des droits européen et français de l'énergie...	177
Chapitre 1: Le droit économique de l'énergie	179
Chapitre 2: Le droit social de l'énergie.....	227
Chapitre 3: Le droit environnemental de l'énergie	275
<i>Conclusion de la première partie.....</i>	<i>333</i>
Seconde partie : L'ordre juridique autonome et intégré.....	335
Titre 1 : Un corps de règles structuré.....	337
Chapitre 1: Le Gouvernement organisé de l'énergie	339
Chapitre 2: Le service public de l'énergie.....	385
Chapitre 3: Le code de l'énergie.....	441
Titre 2 : Une ouverture sur le système juridique.....	485
Chapitre 1: L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie	487
Chapitre 2: L'intégration des objectifs du droit de l'énergie.....	531
Chapitre 3: La conciliation des objectifs du droit de l'énergie	577
<i>Conclusion de la seconde partie</i>	<i>623</i>
Conclusion générale	625
Bibliographie.....	627
Annexes.....	665
Index	673
Table des matières	676

Liste des sigles et des abréviations

AAI : Autorité Administrative Indépendante
AEN : Agence de l'Énergie Nucléaire (OCDE)
ACP : Afrique, Caraïbes, Pacifique
AFDEN : Association Française de Droit de l'Énergie
AFDI : Annuaire Français de Droit International
AGNU : Assemblée générale des Nations Unies
AIE : Agence Internationale de l'Énergie
AIEA : Agence Internationale de l'Énergie Atomique
AIJC : Annuaire International de Justice Constitutionnelle
AJDA : Actualité Juridique de Droit Administratif
AJIL : American Journal of International Law
AMVP : Aires de Mise en Valeur de l'Architecture et du Patrimoine.
AN : Assemblée Nationale
ANDRA : Agence Nationale pour la gestion des Déchets Radioactifs
Ann. Loyers : Annales des Loyers
Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité
Art. : Article
ASN : Autorité de Sûreté Nucléaire
BJCL : Bulletin Juridique des Collectivités Locales
BJCP : Bulletin Juridique des Contrats Publics
BJDU : Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme
BRI : Banque des Règlements Internationaux
Bull. : Bulletin
CASF : Code de l'Action Sociale et des Familles
CESE : Conseil économique, Social et Environnemental
CCCC : Convention Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques
CCH : Code de la Construction et de l'Habitation
CDD : Commission du Développement Durable
CDESC : Comité des Droits économiques, Sociaux et Culturels
CHEH : Convention / Cour Européenne des Droits de l'Homme
CEDS : Comité Européen des Droits Sociaux
CEA : Commissariat à l'Énergie Atomique et aux énergies alternatives
CEI : Commission Électronique Internationale
CEPMLP : Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy Journal
CERTU : Centre d'Études sur les Réseaux, les Transports, l'Urbanisme et les constructions publiques
CGAAER : Conseil Général de l'Agriculture, de l'Alimentation et des Espaces Ruraux
CGCT : Code Général des Collectivités Territoriales
CGI : Code Général des Impôts
CGDD : Commissariat Général au Développement Durable
CGEDD : Conseil Général de l'Environnement et du Développement Durable
CG3P : Code Général de la Propriété des Personnes Publiques
CGIET : Conseil Général de l'Industrie, de l'Énergie et des Technologies
CIDCE : Centre International de Droit Comparé de l'Environnement
CIJ : Cour Internationale de Justice
CIRDI : Centre International de Règlement des Différends relatifs à l'Investissement
CJA : Code de la Justice Administrative
CJEG : Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz

Liste des sigles et des abréviations

CJEL : Columbia Journal of Environmental Law
CME : Conseil Mondial de l'Énergie
CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CNUDM : Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer
C. dom. État : Code du domaine de l'État
COMEST : Commission Mondiale d'Éthique des connaissances Scientifiques et des Technologies
Contrats. Concu. Consom. : Contrats Concurrence Consommation
Cpnie : Compagnie
CRE : Commission de Régulation de l'Énergie
CRJP : Centre de Recherche Juridique Pothier
CSPE : Contribution au Service Public de l'Électricité
DAESNU : Département des Affaires Économiques et Sociales des Nations Unies
DAUH : Droit de l'Aménagement, de l'Urbanisme et de l'Habitat
DTADD : Directive Territoriale d'Aménagement et de Développement Durable
DUDH : Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
Droit de l'env. : Droit de l'environnement
ECA : Economic Commission for Africa
ECLAC : Economic Commission for Latin America and the Caribbean
ECOSOC : Conseil Economique et Social des Nations Unies
EDCE : Études et Documents du Conseil d'État
EEELR : European Energy and Environmental Law Review
Env. : Environnement
Env. & Techn : Environnement et technique
EPCI : Établissement public de Coopération Intercommunale
ESCWA : United Nations Economic and Social Commission for Western Asia
FAO : Food and agriculture Organization
FEDER : Fonds Européen de Développement Régional
FMI : Fonds Monétaire International
FSL : Fonds de Solidarité pour le Logement
GAJA : Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
GIEC : Groupe d'Experts Intergouvernemental sur l'Évolution du Climat
GNL : Gaz Naturel Liquéfié
GPEM/DDEN : Groupe Permanent d'Étude des Marchés "Développement Durable, Environnement"
IAEA : International Atomic Energy Agency
ICPE : Installations Classées pour la Protection de l'Environnement
ICSID : International Centre for Settlement of Investment Disputes
IDEF : Institut international de Droit d'Expression et d'inspiration Françaises
IDI : Institut de Droit International
IDPD : Institut du Droit de la Paix et du Développement
IEA : International Energy Agency
ILC : International Law Commission
IMF : International Monetary Fund
INB : Installation Nucléaire de Base
IPCC : Intergovernmental Panel on Climate Change
IRENA : International Renewable Energy Agency / Agence Internationale des Énergies Renouvelables
IRG : Institut de Recherche et débat sur la Gouvernance
ISCC : Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
ISO : International Organization for Standardization
ITIE : Initiative de Transparence sur les Industries Extractives

Liste des sigles et des abréviations

ITRE : Committee on Industry, Research and Energy (Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen)
JCL civ. : JurisClasseur Civil
JCL coll. : JurisClasseur collectivités territoriales
JCL dt. int. : Jurisclasseur droit international
JCL env : Jusirclasseur Environnement et développement durable
JCL Europe : Jusirclasseur Europe traités
JCL fiscal : Jurisclasseur Fiscal Impôts directs
JCP A : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales
JCP C : Contrats, concurrence, consommation
JCP E : La Semaine Juridique édition entreprise et affaires
JCP G : La Semaine Juridique édition générale
JDI : Journal du Droit International (Clunet)
JEEPL : Journal European Environmental & Planning Law
JOAN : Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
LPA : Les petites Affiches
MEEDM : Ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement Durable et de la Mer
NOME : Nouvelle Organisation des Marchés de l' Electricité
NU : Nations Unies
NYLJ : New-York Law Journal
OCDE: Organisation de Coopération et de Développement Économiques
OFGEM : Office of the Gas and Electricity Markets (Royaume-Uni)
OGLTR : Oil and Gas Law and Taxation Review
HCDH : Haut Commissariat aux Droits de l'Homme
OHCHR : Office of the High Commissioner for Human Rights
OIG : Organisation InterGouvernementale
OIT : Organisation Internationale du Travail
OME : Organisation Mondiale pour l'Environnement
OMM : Organisation Météorologique Mondiale
OMS : Organisation Mondiale de la Santé
ONG : Organisation Non-Gouvernementale
ONUDI : Organisation des Nations Unies pour le développement industriel
ONZUS : Observatoire national des zones urbaines sensibles
OPECST : Office Parlementaire d'Évaluation des Choix Scientifiques et Technologiques
ORSE : Observatoire sur la Responsabilité Sociétale des Entreprises
OUA : Organisation de l'Unité Africaine
PCET : Plan Climat-Énergie Territorial
PE : Parlement Européen
PEEEC : Protocole de la charte de l'énergie sur l'Efficacité Énergétique et les aspects environnementaux connexes
PESC : Politique Étrangère et de Sécurité Commune
PIDCP : Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
PIDESC : Pacte International relatif aux Droits économiques Sociaux et Culturels
PIG : Projet d'Intérêt Général
PLU : Plan Local d'Urbanisme
PME : Petites et Moyennes Entreprises
PNUD : Programme des Nations Unies pour le Développement
PNUE : Programme des Nations Unies pour l'Environnement
POPE (loi) : Loi de programme fixant les Orientations de la Politique Énergétique
PPI : Plan Particulier d'Intervention

Liste des sigles et des abréviations

PPIE : Programmation Pluriannuelle des Investissements de Production d'Électricité
Préc. : Précité
QPC : Question Prioritaire de Constitutionnalité
RBDI : Revue Belge de Droit International
RCA : Responsabilité Civile et Assurance
RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RDAI : Revue de Droit des Affaires Internationales - International Business Law Journal
RDUE : Revue du Droit de l'Union Européenne
RDP : Revue de Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger
RD rur. : Revue de droit rural
RDI : Revue de Droit Immobilier
RDSS : Revue de Droit Sanitaire et Social
RDUE : Revue du Droit de l'Union européenne
Rec. : Recueil
Rép. Civ. : Dalloz : Répertoire de droit civil Dalloz
Rev. Arb. : Revue de l'Arbitrage
Rev. dr. Transp. : Revue de droit des transports
RRJ : Revue de la recherche juridique – droit prospectif
REDE : Revue Européenne de Droit de l'Environnement
RFDC : Revue Française de Droit Constitutionnel
RGIDP : Revue Générale de Droit International Public
RIDC : Revue Internationale de Droit Comparé
RIDE : Revue Internationale de Droit Économique
RJE : Revue Juridique de l'Environnement
RQDI : Revue Québécoise de Droit International
RRJ : Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif
RSC : Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé
RTDE : Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTE : Réseau de Transport d'Électricité
RTDH : Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
RUDH : Revue Universelle des Droits de l'Homme
Rev. Énerg. : Revue Énergie
S. : Recueil Sirey
SADC : Southern African Development Community
SAGE : Schéma d'Aménagement et de Gestion des Eaux
SCOT : Schéma de Cohérence Territorial
SDAGE : Schéma Directeur d'Aménagement et de Gestion des Eaux
SFDI : Société française pour le droit international
SGG : Secrétariat Général du Gouvernement
SIEG : Service d'Intérêt Économique Général
SNDD : Stratégie Nationale de Développement Durable
SPA : Service Public Administratif
SPIC : Service Public Industriel et Commercial
SRCAE : Schéma Régional du Climat de l'Air et de l'Énergie
Sté : Société
TCE : Traité sur la Charte de l'Énergie
TDM : Transnational Dispute Management
TGAP : Taxe Générale sur les Activités Polluante
TIDM : Tribunal International du Droit de la Mer
TNP : Traité sur la Non-Prolifération des armes nucléaires

Liste des sigles et des abréviations

TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

UE : Union européenne

UN : United Nations

UNCTAD : United Nations Conference on Trade and Development

UNDESA : United Nations - Department of Economic and Social Affairs

UNDP: United Nations Development Program

UNEP: United Nations Environment Program

UNECA : United Nations Economic Commission for Africa

UNECE : United Nations Economic Commission for Europe

UNESCAP : United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific

UNESCO : United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

UNFCCC: United Nations Framework Convention on Climate Change

UNIDO : United Nations Industrial Development Organization

UNIFEM : Fonds de développement des Nations Unies pour la femme

UNJF : Université Numérique Juridique Francophone

WMO : World Meteorological Organization

YILC : Yearbook of the International Law Commission

ZDE: Zone de Développement de l'Éolien

Introduction

« *Ce n'est pas aux faits de suivre le droit, c'est au droit de suivre les faits, c'est-à-dire la vie* »². Le droit français est en perpétuel mouvement pour s'adapter aux évolutions culturelles, sociales et politiques. « *Les institutions sont l'œuvre du temps* » et renouvellent l'ordonnement juridique³. En ce sens, l'encadrement de l'énergie par le droit n'est pas une nouveauté mais l'intensification de la création normative témoigne de profondes mutations.

La multiplication des thèses, ouvrages, articles et chroniques de jurisprudence corroborés par la publication du code de l'énergie confortent l'existence d'un droit de l'énergie⁴. Cependant, de par sa nouveauté, sa complexité voire son incomplétude, celui-ci s'avère difficilement intelligible. Or, la place essentielle de l'énergie dans la société nécessiterait de pouvoir l'approcher dans l'unité pour en comprendre le contenu, la forme, le fonctionnement et faciliter sa pratique et sa consolidation : « *l'idéal du droit de l'énergie, c'est que le droit colle à l'énergie comme l'ombre colle au corps* »⁵.

Cette exigence conduit à proposer une présentation globale du droit de l'énergie. Elle entend contribuer à l'élaboration d'une théorie générale du droit de l'énergie en établissant une représentation simplifiée du réel et en unifiant de façon logique des concepts de manière à permettre d'en dériver des conséquences précises et observables pour améliorer la connaissance⁶. A cet effet, elle adopte une approche finaliste de la matière fondée sur l'accès à l'énergie comme élément de cohésion pour aborder la discipline dans l'unité.

Sa réalisation amène à préciser la notion d'énergie, puis à s'intéresser à la finalité du *corpus* en référence à l'accès à l'énergie, avant de déterminer l'objet de la recherche et la méthode portant sur le droit de l'énergie.

² Rudolf von Jhering cité in Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 67

³ Cambacères

⁴ Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, *JORF* n°108 du 10 mai 2011 ; C. BOITEAU, "Le code de l'énergie : entre urgence mal contrôlée et choix politique discutable", *AJDA*, 2011, p. 1169 ; P. SABLIERE, "Un code en manque d'énergie", *AJDA*, 2011, p. 1427 ; R. PEYLET, "Le code de l'énergie", *RFDA*, 2011, p. 905 ; J. MARY, "Code de l'énergie : un ouvrage incomplet aux enjeux choisis", *Droit de l'env.*, n°190, mai 2011, p. 157-159 ; C. KROLIK, "Un code primeur pour le droit de l'énergie", *RJE*, 4/2011, p.483-492

⁵ Citation élaborée à partir de Ch. ATIAS et D. LINOTTE, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, Dalloz Sirey, 1977, p. 251-258

⁶ Selon Didier Martin : « *le propos d'une théorie générale répond à l'idée d'une construction intellectuelle, méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière déterminée* » : D. MARTIN, Préface à la thèse de J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, LGDJ, 1984 ; Pour Yves Gaudemet : « *une bonne théorie — au moins pour le droit — est celle qui recueille les faits et les solutions du droit positif, les ordonne, les organise en système et développe ce faisant une fonction proprement cognitive et explicative* » : Y. GAUDEMET, "Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire", *RDP*, 1^{er} mars 2010, n°2, p.313 ; R. RICCI, "Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique", *Droit et Société*, n°50, 2002 ; K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, trad., N. THYSSEN-RUTTEN et P. DEVAUX, Payot, Paris, 1973 ; A. TARSKI, "La conception sémantique de la vérité et les fondements de la sémantique", in Id, *Logique, sémantique, métamathématique 1923-1944*, tome 2, Armand Colin, Paris, 1974, p.270 ; Z. ZIEMBINSKI, "Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement", *Archives de philosophie du droit*, tome XIX, 1974, p.25-31 ; J. WORBLEWSKI, "Les langages juridiques : une typologie", *Droit et Société*, n°8, 1988, p.15-30 ; P. AMSELEK, "Philosophie du droit et théorie des actes de langage", in Id (DIR), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, Paris, 1986, p.114-115

L'énergie

Selon Bernard Wiesenfeld : « *tout dans l'univers est énergie. (...) Sans énergie, pas de matière et sans matière, pas d'univers* »⁷. La matière est concrète, sensible, manifeste. L'énergie est invisible, inaudible et impalpable. Elle structure les grands équilibres. L'énergie est détachée de la matière, elle s'y incorpore, elle lui est consubstantielle⁸. L'énergie est indispensable aux activités humaines telles que le chauffage, le transport et l'éclairage. L'énergie permet de passer du froid à la chaleur, de l'obscurité à la lumière, de l'immobilisme au mouvement et vice-et-versa. Elle caractérise un changement d'état de la matière.

Elle s'organise dans un cadre cohérent de lois découvertes par les sciences de la nature et qui sont au centre de la réflexion de la thèse⁹. Les lois de l'énergie sont régies par les principes de la thermodynamique mis en exergue par Antoine Lavoisier¹⁰. Le premier principe est celui de la conservation de l'énergie, selon lequel l'énergie totale d'un système isolé demeure constante et se matérialise dans l'expression « *rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme* ». Par conséquent, il n'est pas possible de créer de l'énergie, mais seulement de la transformer ce qui nous rend tributaires de divers stocks existants. Le second principe est celui de la dégradation de l'énergie : chaque fois que l'énergie se transforme, elle se dégrade. Les pertes sont liées au concept d'entropie, correspondant à la « *quantité d'énergie qui, s'étant dégradée, ne peut plus être mise à profit pour produire une action* »¹¹. Cette caractéristique doit retenir l'attention puisqu'elle signifie que plus l'Homme transforme l'énergie et plus celle-ci est gaspillée. A l'inverse, plus elle s'avère proche de sa forme d'origine et plus elle pourra être valorisée. L'ampleur des pertes liées aux transformations illustre l'attention qui doit lui être accordée. En effet, la part d'énergie produite dans le monde s'élève à 12,3 gigatonnes d'équivalent pétrole (Gtep) mais les transformations dont elle fait l'objet ne permettent d'utiliser que 8,43 Gtep, soit une perte de près d'un tiers¹².

La mesure de l'énergie constitue une monnaie d'échange commune pour quantifier les interactions entre des phénomènes très différents. L'unification conceptuelle apparaît au XIX^e siècle, en vue de réunir plusieurs grandeurs physiques¹³. Cet encadrement est effectué par le Bureau international des poids et mesures et son unité officielle est le joule, correspondant à la chaleur dégagée par une personne au repos toutes les dix secondes¹⁴. Mais d'autres grandeurs la complètent comme la calorie, la tonne d'équivalent pétrole, et le kilowattheure. Par son travail manuel, l'Homme produit également une énergie mesurable. Dans le même sens, on estime que la puissance

⁷ B. WIESENFELD, *L'énergie en 2050: nouveaux défis et faux espoirs*, Les Ulis, EDP sciences, 2006, 15

⁸ P. MAILLET et M. CASSETTE-CARRY, *L'énergie*, PUF, Que sais-je?, n°648, Paris, 1982

⁹ J. HLADIK, *E=mc² Histoire méconnue d'une célèbre formule*, Ellipses, 2007, p. 11

¹⁰ R. BALIAN, "Thermodynamique, le concept d'énergie et ses vicissitudes", Chimie minérale L'Université de tous les savoirs 2000 ; J.-M. BRÉBEC, *Thermodynamique*, Hachette supérieur, Paris, 2003 ; A. BACHELLERIE, *Thermodynamique générale. I, Conservation de l'énergie et théorie cinétique des gaz*, A. Colin, Paris, 1991

¹¹ ROGER BALIAN, "Thermodynamique, le concept d'énergie et ses vicissitudes", Service du film de recherche scientifique, 26/08/2000

¹² IEA, *World Energy Statistics*, 2010 ; L. MONS, *Les enjeux de l'énergie. Pétrole, nucléaire et après*, Petite encyclopédie Larousse, Paris, 2006, p. 10-11

¹³ M. PATY, "Le droit à l'énergie. Remarques d'introduction", E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie*, Passages, 1996, p.12

¹⁴ *Le Monde diplomatique - Manière de voir*, n°115 – Batailles pour l'énergie, glossaire, p. 12

L'énergie

développée par une automobile citadine équivaut à 90 personnes en train de pédaler¹⁵. L'énergie peut donc revêtir des formes variables.

La science distingue six formes principales d'énergie¹⁶. L'énergie mécanique correspond à la force provoquée par le mouvement et se matérialise dans le geste humain, le déplacement de la locomotive, la circulation de l'eau et du vent... La force engendrée se calcule en newton qui équivaut à une accélération d'un mètre par seconde carrée d'une masse d'un kilogramme. L'énergie thermique (ou calorifique) résulte d'une agitation de la matière et se traduit par un transfert de chaleur ou de froid. Son unité de mesure est la calorie et correspond à l'énergie qu'il faut fournir pour faire chauffer un gramme d'eau, aux conditions normales de pression et de température d'un degré Celsius. L'énergie électrique émane de la force produite par l'attraction ou la répulsion de particules chargées ou par leur mise en mouvement. Elle est issue du déséquilibre d'un système entre des charges majoritairement positives ou négatives. Elle se manifeste sous la forme d'électricité et se mesure en watt, représentant une énergie d'un joule par seconde pendant une heure. L'énergie chimique se rapporte à l'impact dégagé lors d'une combinaison d'atomes pour former des molécules et résulte d'une réaction ou d'une combustion. Elle a pour origine la liaison entre les électrons et les protons qui forment le noyau atomique et se matérialise sous la forme de charbon, de bois, de pétrole et de gaz, bénéficiant chacun d'une unité propre de mesure : la tonne de charbon et de pétrole, le stère de bois, et le mètre cube de gaz. L'énergie nucléaire trouve sa source dans les liaisons entre les noyaux atomiques ou nucléons. Elle peut provenir d'un processus de fission correspondant à la scission de noyaux atomiques lourds pour en former de plus petits, ou de fusion, c'est à dire la création d'un noyau atomique à partir d'un nucléon¹⁷. L'énergie radiative est issue du déplacement de photons, liée à une onde magnétique visible comme la lumière ou invisible comme les infrarouges, les ultraviolets et les rayons X¹⁸. L'onde électromagnétique se caractérise par une fréquence et le rayonnement contiendra d'autant plus d'énergie que celle-ci sera élevée. Ces formes d'énergie rassemblent l'ensemble des forces de la nature. Bien que des évolutions soient envisageables, l'histoire démontre une certaine stabilité de cette connaissance. Ces formes d'énergie présentent la particularité d'être interchangeables : l'énergie mécanique de l'eau peut être employée pour produire de l'énergie électrique, transformable à son tour en énergie radiative pour l'éclairage.

L'usage de l'énergie obéit également à un processus complexe impliquant des transformations afin de la présenter sous une forme utilisable par les individus. Ainsi l'éclairage d'une ampoule obéit généralement à quatre phases.¹⁹ La première consiste à rassembler des formes d'énergie offertes par la nature, telles que l'énergie chimique du charbon. Elles correspondent à l'énergie primaire. La deuxième phase opère une transformation de cette matière. Dans le cas présent, la combustion du charbon devient de la chaleur constituant l'énergie secondaire. La troisième étape convertit cette chaleur en électricité qui sera délivrée aux consommateurs. On parle d'énergie finale. La quatrième réside dans une transformation de l'électricité en énergie radiative

¹⁵ J.-M. JANCOVICI, "Combien suis-je un esclavagiste ?", *Manicore*, mai 2005, www.manicore.com

¹⁶ CEA, *L'énergie*, La collection des sources naturelles aux enjeux de la production, 2002. www.cea.fr ; A. DELALANDE, *Tout savoir (ou presque) sur l'énergie*, PYC livres, 1998, p. 29-30

¹⁷ J. HLADIK, *E=mc2 Histoire méconnue d'une célèbre formule*, Ellipses, 2007, p. 7

¹⁸ B. WIESENFELD, *L'énergie en 2050 : nouveaux défis et faux espoirs*, Les Ulis, EDP sciences, 2006, p. 18

¹⁹ L. MONS, *Les enjeux de l'énergie. Pétrole, nucléaire et après*, Petite encyclopédie Larousse, Paris, 2006, p. 10-11

Introduction

pour l'éclairage. Elle correspond à l'énergie utile.

L'énergie dont dispose la Terre provient de l'énergie radiative du soleil qui se manifeste sous la forme de rayons de lumière permettant la photosynthèse des végétaux et donc la création d'oxygène²⁰. Celle-ci est ensuite transformée en énergie thermique, offrant à la planète une température suffisante pour accueillir la vie ; en énergie mécanique donnant naissance au vent et aux courants marins, permettant à leur tour des échanges comme l'évaporation ; et en énergie chimique par la transformation de la matière en bois, en gaz et en pétrole. La Terre abonde donc d'énergie et l'enjeu fondamental pour l'Homme consiste à se l'approprier en convertissant ces formes d'énergie en sources d'énergie.

Sur le plan sémantique, l'« énergie » se réfère au concept dans sa globalité incluant les six formes d'énergie. Les « énergies » se rapportent aux sources d'énergie, c'est-à-dire aux matières premières ou aux phénomènes naturels maîtrisés par l'Homme pour dégager de l'énergie²¹. La force musculaire correspond ainsi à une forme maîtrisée d'énergie mécanique. Les déchets et le bois constituent une forme domestiquée d'énergie chimique. L'Homme peut alors les utiliser et les transformer. En ce sens, le courant de l'eau peut devenir une source d'énergie en recourant aux moulins à eau ou à des centrales hydroélectriques. Le bois permet de se chauffer, la bougie de s'éclairer.

Deux catégories de sources d'énergie peuvent être distinguées : les énergies minières qui se présentent sous la forme d'un stock fini, et les énergies renouvelables qui se régénèrent naturellement. Alors que les énergies renouvelables constituaient originellement les principales sources d'énergie utilisées par l'Homme, des énergies minières telles que le pétrole, le gaz et le charbon représentent désormais le trois quarts des énergies consommées dans le monde²². Or, si l'Homme recourt majoritairement à des énergies de stock inéluctablement sujettes à épuisement, la tendance pourrait s'inverser par l'usage des énergies renouvelables caractérisées par des flux comme le vent, la lumière et la chaleur. Une difficulté sociologique de cette transition énergétique réside dans le fait que des ressources telles que le pétrole étaient facilement accessibles et d'un usage simple. En revanche, son exploitation s'avère polluante et sa rareté conduit à extraire la matière toujours plus profondément, engendrant des risques plus élevés pour l'Homme et son environnement. De plus, les réserves conventionnelles de pétrole devraient s'épuiser au cours des prochaines décennies²³.

A l'inverse, les énergies renouvelables se révèlent généralement plus respectueuses de l'environnement, se régénèrent naturellement et sont présentes en grandes quantités sur Terre. En effet, l'ensemble des énergies renouvelables pourraient assurer 3078 fois les besoins mondiaux actuels en énergie tandis que les techniques actuelles permettraient de satisfaire 5,9 fois la demande

²⁰ B. DESSUS, *L'énergie solaire*, Que sais-je ?, n°1294, 2002

²¹ A. HINKELBEIN, *Les sources d'énergie*, Flammarion, Paris, 1971 ; J. CHARDONNET, *Les sources d'énergie*, Ed. Sirey, Paris, 1973 ; J. VERNIER, *Les énergies renouvelables*, PUF, Que sais-je?, 2007 ; M. LAMOUREUX, "Le bien énergie", *RTD com.*, 2009, p.239 ; COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *L'énergie*, La documentation française, 1972 ; MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT INDUSTRIEL ET SCIENTIFIQUE, *L'énergie*, 1973

²² IEA, *World Key Energy Statistics*, 2010

²³ Voir *Réserves mondiales d'énergie par source*, annexes de la thèse

L'énergie

énergétique mondiale²⁴. La mise à disposition de ces ressources implique donc des moyens technologiques permettant de les capter afin d'assurer la transition d'un système énergétique fondé sur des énergies polluantes et en voie de raréfaction, à des énergies abondantes et respectueuses de l'environnement.

Quatre sources principales d'énergie minières peuvent être distinguées : le charbon, le pétrole, le gaz et l'uranium. Le charbon s'est formé à l'époque carbonifère allant de -345 à -280 millions d'années, à partir de végétaux engloutis par les eaux lors de bouleversements géologiques importants. Ces matières se sont décomposées lentement à l'abri de l'air pour créer le minerai de charbon. Les chinois l'utilisaient pour cuire la porcelaine mille ans avant Jésus-Christ²⁵. Il fut employé en Europe à compter du XII^e siècle par une minorité d'individus à cause d'un bois devenu rare et cher. Il joua un rôle important dans la sidérurgie à compter du XVIII^e siècle. Plus il est âgé, et plus sa richesse en carbone est importante. Le charbon le plus précieux et le plus ancien est l'antracite que l'on trouve en Russie, composé de 90 à 95% de carbone. Il constitue un excellent combustible et libère beaucoup de chaleur. La houille dispose d'une teneur en carbone entre 70 et 90%, au pouvoir calorifique et au prix moindre. Le lignite contient moins de 50% de carbone. Présent dans le sol allemand, il correspond à un charbon jeune et à une utilisation polluante. La tourbe est un charbon dénigré formé à l'aire quaternaire, sur les terres irlandaises notamment. Il contient peu de carbone et sa combustion est très polluante. Les réserves de charbon sont estimées à près de deux cents ans²⁶. Mais alors que le charbon constituait la principale source du début du XX^e siècle, il fut progressivement substitué au pétrole pour ses facilités d'usage.

Le pétrole provient du plancton déposé au fond des mers, la matière organique mélangée aux sédiments s'étant accumulée par couche à grande profondeur. Dans les eaux pauvres en oxygène, cette matière s'est transformée sous l'action de micro-organismes anaérobies en molécules carbonées, le kérogène qui, sous l'effet de la pression et de la température a progressivement évolué en pétrole brut. Le pétrole était utilisé il y a 3 000 ans en Mésopotamie sous la forme de bitume pour produire du mortier et étanchéifier les bateaux et les citernes. Les premiers puits forés aux États-Unis en 1859 marquèrent le début de la ruée vers l'or noir. Le pétrole s'est ensuite imposé comme la source d'énergie la plus commode parce que liquide et compact. Cependant, le pic pétrolier, c'est-à-dire le moment où la production mondiale de pétrole plafonne avant de décliner du fait de l'épuisement des réserves, aurait pu être atteint en 2006 selon l'Agence internationale de l'énergie (AIE), et une réduction de 61 % de la production par rapport au niveau de production de 2007 pourrait intervenir dès 2030²⁷. Le pétrole représente un tiers des sources d'énergie utilisées dans le monde et sa raréfaction implique de trouver des alternatives pour sécuriser les approvisionnements, éviter les conflits, et respecter l'environnement. Les réserves sont estimées à

²⁴ EUROPEAN RENEWABLE ENERGY COUNCIL, *[R]évolution énergétique vers un avenir énergétique propre et durable*, janv. 2007

²⁵ C. NGÔ, *L'énergie : ressources, technologies et environnement*, Dunod, 3^e éd., Paris, 2008, p. 20 et s.

²⁶ BP *Statistical Review of World Energy* 2009

²⁷ IEA, *World Energy Outlook 2010*, Paris, 2011 ; Y. MATHIEU, *Le dernier Siècle du pétrole ? La vérité sur les réserves mondiales*. Technip, Paris, 2010 ; BP, *Statistical Review of World Energy*, juin 2008 ; *Imaginons le Québec sans pétrole : aménager le territoire pour une mobilité plus durable*, Amphithéâtre Hydro-Québec - Pavillon Alphonse-Desjardins - Université Laval, 16/02/2011

Introduction

une quarantaine d'années et cette substitution s'effectue partiellement en recourant au gaz²⁸.

Le gaz naturel s'est formé en même temps que le pétrole mais son usage est plus récent. L'industrie gazière est apparue aux États-Unis au XIX^e siècle, pour l'éclairage puis pour son pouvoir calorifique. Cette source d'énergie peut être stockée dans le sous sol à des pressions comprises entre 40 et 270 bars et transportée sous une forme liquéfiée à une température de -160°C, bénéficiant alors d'un volume 600 fois inférieur. Son utilisation est en plein essor et les réserves sont estimées à une soixantaine d'années²⁹. Des énergies minières plus destructrices de l'environnement le complètent tels que les schistes bitumineux, les sables asphaltiques, et les hydrates de méthane.

L'uranium est un minerai présent essentiellement dans les roches granitiques et provient du refroidissement progressif de la Terre. Il est employé dans le processus de fission nucléaire et constitue le plus lourd atome naturel connu par sa constitution de 92 protons et électrons. Le phénomène produit une énergie à forte concentration et se traduit par l'émission de radioactivité. L'énergie nucléaire est employée pour la fabrication d'électricité, la fabrication de bombes, et la médecine. Les réserves sont évaluées à une centaine d'années³⁰.

Les énergies minières présentent un caractère paradoxal puisque si elles s'avèrent trop rares pour satisfaire durablement les besoins mondiaux en énergie, elles existent en trop grande quantité pour pouvoir être intégralement utilisées, au risque de perturber l'environnement de manière irréversible. Par conséquent, les énergies renouvelables sont généralement appréhendées comme une priorité pour assurer une transition énergétique, tant pour leur aspect environnemental que pour la quantité de ressource disponible, le Groupe d'Experts Intergouvernemental sur l'Evolution du Climat (GIEC) reconnaissant que près de 80% de l'approvisionnement mondial pourrait être assuré à partir de sources renouvelables d'ici 2050, à condition que des politiques publiques soient mises en œuvre dans ce sens³¹.

Les énergies renouvelables sont essentiellement composées de l'énergie radiative du soleil ou énergie solaire, l'énergie mécanique de l'eau ou énergie hydraulique, l'énergie mécanique du vent ou énergie éolienne, l'énergie thermique de la Terre ou géothermie, et l'énergie chimique de la biomasse comme le biogaz, les biocarburants et le bois. Ces sources bénéficiaient d'une quasi-exclusivité avant la découverte des énergies minières et se traduisaient par l'utilisation du bois pour produire de la chaleur et cuire des aliments, l'usage du vent pour les moulins et les bateaux à voile, et le soleil pour le séchage et l'éclairage. Contrairement aux énergies minières, les énergies renouvelables peuvent se régénérer. Cependant, des ressources comme l'eau peuvent venir à manquer lorsque la consommation devient trop importante, en cas de détournement du lit d'une rivière ou lors d'une dégradation de l'environnement. De la même manière, les forêts doivent être exploitées à un rythme permettant la régénération sylvicole. Dans ces cas, le renouvellement de la ressource doit être évalué et respecté pour assurer un approvisionnement pérenne en énergie.

²⁸ J.-L. BOBIN, *L'énergie dans le monde : bilan et perspectives*, Les Ulis, EDP Sciences, 2001

²⁹ IEA, *World Energy Outlook - summary*, 2009

³⁰ BP, *Statistical Review of World Energy 2009*

³¹ IPCC (GIEC), *Special Report on Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation, Summary for Policy Makers*, 2011, p.18

L'énergie

L'usage des sources d'énergie obéit à un processus complexe qualifié de cycle de l'énergie, se présentant sous la forme d'une chaîne d'activités constituée de l'exploration, la production, la conversion, le stockage, le transport, la distribution, la consommation, et la valorisation des différentes sources d'énergie. L'ensemble des activités du cycle énergétique peut être synthétisé sous le vocable de secteur de l'énergie et résulte d'un savoir-faire progressivement maîtrisés par l'Homme.

L'histoire de l'énergie démontre que la domestication par l'Homme est le fruit d'une lente compréhension³². Originellement symbolisées par la maîtrise du feu il y a 500 000 ans, ces sources se sont progressivement diversifiées par l'introduction des moulins à vent par les arabes en occident au IX^e siècle, la découverte de la roue à eau au XIV^e siècle, la gestion de l'éclairage au gaz par Philippe Lebon en 1776, l'invention de l'ampoule électrique par Thomas Edison en 1878...

La compréhension de l'énergie résulte d'un processus itératif où les chercheurs ont marqué l'histoire de la science comme Joseph Fourier en 1811 avec la loi d'écoulement de la chaleur, et les travaux de Nikola Tesla publiés en 1894 dans lesquels il expose sa théorie de la lumière, de la matière, de l'éther et de l'univers et relève que 90 % de l'énergie des lumières électriques est gaspillée. En 1905, Albert Einstein unifia la mesure de l'énergie par la célèbre équation $E=mc^2$, selon laquelle l'énergie est le produit de la masse par la vitesse de la lumière au carré. Elle constitue une révélation dans le sens où une masse même petite à l'échelle humaine possède un potentiel d'énergie considérable. Louis De Broglie reçut le prix Nobel de physique en 1929 pour ses travaux sur la mécanique ondulatoire en faisant apparaître le couplage entre l'onde et le photon³³. Paul Adrien Maurice Dirac, l'un des pères de la mécanique quantique, obtint ce prix en 1933 « *pour la découverte de formes nouvelles et utiles de la théorie atomique* »³⁴. La recherche scientifique assure donc un rôle essentiel dans le renouvellement des connaissances relatives à l'énergie.

L'histoire démontre que la compréhension de l'énergie demeure récente, laissant présager de nombreuses découvertes. En ce sens, Albert Einstein affirmait qu'« *il est absolument possible qu'au delà de ce que perçoivent nos sens, se cachent des mondes insoupçonnés* »³⁵. Cette phrase est lourde de conséquences et de symboles sur le potentiel de l'énergie parce que si l'usage peut se révéler bienfaisant pour l'Homme, une utilisation déraisonnée peut tout autant s'avérer destructrice. Par conséquent, l'avenir de l'espèce humaine dépend non de ses découvertes mais de ce qu'elle en fera. Ce postulat conduit de multiples disciplines scientifiques à consacrer un de leurs champs à l'énergie.

Parmi celles-ci figure la géographie de l'énergie qui étudie les relations qu'entretiennent l'Homme et l'énergie, par une mise en exergue des comportements, des interactions, des mécanismes et leurs incidences³⁶. L'humanité s'est différencié des autres espèces lorsqu'elle a

³² B. BOURGEOIS, D. FINON et J.-M. MARTIN, *Énergie et changement technologique*, Economica, Paris, 2000

³³ N. HAMOUR, *Les énergies : défis d'hier et d'aujourd'hui*, Ellipses, Paris, 2008 ; SOCIÉTÉ FRANÇAISE DES THERMICIENS, *Du moteur à explosion à la pile à combustible*, Amsterdam, New-York, Elsevier, 2002

³⁴ P. DIRAC, *Les principes de la mécanique quantique*, in Presses polytechniques et universitaires romandes, 2009

³⁵ A. MAZURE, *Matières et antimatière : à la recherche de la matière perdue*, Paris, Dunod, 2009 ; M. CASSÉ, *Énergie noire, matière noire*, O. Jacob, Paris, 2004

³⁶ A. CIATTONI et Y. VEYRET, *Géographie et géopolitique des énergies*, Hatier, Paris, 2007

Introduction

domestiqué l'énergie présente dans son environnement : le feu, la force des animaux, le vent, le courant de l'eau, puis les combustibles fossiles et l'électricité³⁷. L'exploitation de nouvelles sources d'énergie est ainsi généralement liée à l'essor de nouvelles formes d'organisation sociale.

La révolution industrielle transforma la société humaine en recourant à la machine à vapeur mise au point par James Watt en 1780, par l'usage du charbon de bois au pouvoir calorifique plus important que celui du bois. La révolution industrielle n'a ainsi été permise que grâce à l'utilisation d'une nouvelle source d'énergie. Par conséquent, le terme de révolution énergétique serait plus approprié parce que ce n'est pas l'industrialisation qui a permis la révolution mais l'utilisation d'une nouvelle source d'énergie. Elle concourait au tissage, au pompage, au déplacement des véhicules... Le charbon fut à son tour partiellement substitué au pétrole par l'invention en 1860 du moteur à explosion par Etienne Lenoir, commercialisé en 1885 par Gottlieb Daimler. L'électricité compléta cette liste par la mise en service de la centrale électrique de Goldaming, en Angleterre en 1881. Les énergies se sont ensuite multipliées par l'utilisation du gaz naturel, la fission nucléaire et une variété de sources renouvelables³⁸.

La géographie de l'énergie met également en exergue l'étroite corrélation entre la consommation d'énergie et le développement humain. Alors que l'Homme primitif consommait quotidiennement 2 000 kilocalories, ce chiffre se porte désormais à 230 000 en moyenne³⁹. L'usage de l'énergie permet de satisfaire des besoins fondamentaux tels que l'éclairage, le chauffage, le transport, le conditionnement de la nourriture et des médicaments, une agriculture mécanisée, la communication⁴⁰... L'espérance de vie semble corrélée à la consommation d'énergie électrique qui donne un ordre de grandeur du niveau de vie des États⁴¹. En ce sens, Marie Lamoureux affirme que l'énergie constitue un « *bien premier indispensable à la satisfaction des besoins essentiels de l'homme, soit de manière directe en lui permettant, par exemple, de se chauffer, de s'éclairer ou de se déplacer, soit de manière indirecte, l'énergie étant nécessaire à la production de la plupart des choses par ailleurs utiles pour l'homme* »⁴². L'utilisation de l'énergie permet à l'Homme d'effectuer un travail considérable. Ainsi, chaque européen dispose grâce à l'énergie, de l'équivalent de cent à cent cinquante individus à son service, trois cents pour un américain et quinze pour chaque Indien⁴³. L'accès à l'énergie permet de satisfaire des besoins multiples et la prise de conscience de ce potentiel immense conduit l'espèce humaine à user de l'énergie pour la réalisation de services secondaires voire parfois superflus, exerçant ainsi une pression croissante sur des ressources minières limitées. De tout temps l'énergie fut à l'origine de conflits et de violences humaines pour son accès. Cependant, la crise énergétique actuelle met en lumière le rôle fondamental de l'accès à l'énergie.

³⁷ FONDS DES NATIONS UNIES POUR LA POPULATION, *État de la population mondiale - rapport annuel*, 2009, p. 22

³⁸ J. BOHDANOWICZ, *L'énergie au quotidien*, Les Amateurs de sciences, 2000

³⁹ ESSO, *L'Homme et l'énergie*, 1985, doc. 11/1

⁴⁰ P. VICTORIA, *L'accès à l'eau et à l'énergie*, Éditions Lavoisier, 2005

⁴¹ C. NGÔ, *L'énergie : ressources, technologies et environnement, préc.*, p. 8

⁴² M. LAMOUREUX, "Le bien énergie", *RTD com.*, 2009, p.239

⁴³ S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques : Tome 1, Les clés pour comprendre*, Technip, 2007, p. 11

L'accès à l'énergie

L'accès à l'énergie est entendu comme la possibilité pour toute personne de disposer d'une quantité suffisante d'énergie pour satisfaire ses besoins essentiels. Or, cette notion demeure pour une large part ineffective.

La tension croissante induite par la rencontre entre une offre d'énergie minière qui se raréfie et une demande croissante, l'estimation des réserves, et l'organisation des marchés de l'énergie constituent les thèmes principaux de l'économie de l'énergie⁴⁴. Celle-ci révèle le caractère inéquitable du modèle actuel de consommation⁴⁵. En effet, 60% des réserves pétrolières sont concentrées au Moyen Orient et la Russie détient à elle seule 27% des réserves prouvées de gaz⁴⁶. Le charbon est essentiellement réparti aux États-Unis, en Russie, en Inde, en Chine, en Australie et en Afrique du sud tandis que les réserves prouvées d'uranium sont concentrées en Australie, au Kazakhstan, au Canada, aux États-Unis et en Afrique du sud⁴⁷.

Cette inégalité dans la répartition des ressources et une demande croissante d'énergie constituèrent une cause essentielle du premier choc pétrolier en 1973 qui s'est traduit par un quadruplement du prix du pétrole. Cette période peut être considérée comme le point de départ de la crise économique mondiale de l'énergie et se poursuit de nos jours.

En effet, l'AIE estime à plus de 20 000 milliards de dollars les besoins d'investissement dans le secteur énergétique entre 2005 et 2030, soit près de 1 000 milliards de dollars par an ou 2% du PIB mondial, répartis à hauteur de 11 000 milliards pour la production, le transport et la distribution d'électricité, 4 300 milliards pour l'industrie pétrolière, et 4 000 milliards pour l'industrie du gaz⁴⁸. Il correspond à un minimum ne prenant pas en compte les intérêts écologiques et concourant à une augmentation de la température moyenne mondiale d'au moins six degrés⁴⁹. Des tensions croissantes et le besoin d'équité justifient une intervention normative pour encadrer les comportements. Cet appel au droit est motivé *a fortiori* par une intensification des rivalités pour accéder à la ressource, qualifiées de « batailles pour l'énergie »⁵⁰.

⁴⁴ La consommation énergétique mondiale se répartit approximativement par tiers pour les transports, l'industrie et les bâtiments : J.-M. CHEVALIER, *Les cents mots de l'énergie*, PUF, Que sais-je?, 2008, p. 13-17

⁴⁵ J.-C. HANSEN et J. PERCEBOIS, *Energie, économie et politique*, in De Boeck, Bruxelles, 2010 ; J.-L. BOBIN, *L'énergie dans le monde: bilan et perspectives*, Les Ulis, EDP Sciences, 2001

⁴⁶ A. CIATTONI et Y. VEYRET, *Géographie et géopolitique des énergies* Hatier, Paris, 2007 ; S. CHAUTARD, *Géopolitique et pétrole*, Studyrama, 2007 ; A. LEFÈVRE-BALLEYDIER, *L'après-pétrole : lorsque les puits seront à sec*, in Larousse, Paris, 2009

⁴⁷ E. LACONA, J. TAINÉ et B. TAMAIN, *Les enjeux de l'énergie : de la géopolitique au citoyen*, Dunod, Paris, 2009, p. 46 et s.

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 117 ; J. H. KEPPLER et C. SCHÜLKE, "Investir dans le secteur de l'énergie : une question de gouvernance", *préc.*, p. 132

⁴⁹ IEA, *World Energy Outlook 2006*

⁵⁰ P. SCHWARTZ et D. RANDALL, *Le scénario d'un brusque changement de climat et ses implications pour la sécurité nationale des États-Unis*, Rapport commandé par le Ministère de la Défense des États-Unis, oct. 2003 ; "L'armée allemande prédit le pire une fois le pic pétrolier atteint", *Le Monde*, 11/09/2010 ; C. PARTHEMORE et J. NAGL, *Fueling the Future Force: Preparing the Department of Defense for a Post-Petroleum Era*, Center for New American Security, sept. 2010 ; J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie*, Gallimard, Paris, 2004 ; *Le Monde diplomatique - Manière de voir*, Batailles pour l'énergie, n°115, fév.-mars 2011 ; H. PEYRET, *La bataille de l'énergie*, PUF, Que sais-je ?, n°863, Paris, 1964 ; L. ROCKS, *La crise de l'énergie : la crise imminente de nos ressources énergétiques : pétrole, gaz, charbon, énergie nucléaire*, Lavauzelle, Paris, Limoges, 1974 ; B. DI

Introduction

L'étude de ces rapports de force est appréhendée par la géopolitique de l'énergie. Cette discipline met en exergue les antagonismes résultant d'une pression croissante sur des réserves qui s'épuisent, induisant dans le meilleur des cas une hausse du prix de l'énergie et dans le pire scénario, la guerre⁵¹. La géopolitique de l'énergie fait état de rapports caractérisés par la convoitise, le conflit mais également des alliances stratégiques centrées sur une diplomatie énergétique consistant à défendre les intérêts nationaux pour une production, un transport, et un accès sécurisé à la ressource⁵². Elle met en exergue l'incapacité des États producteurs de pétrole de répondre à une demande croissante en énergie, laissant présager l'incapacité du marché à satisfaire les besoins futurs en l'absence d'une prise de conscience de l'obsolescence du modèle énergétique actuel et de la nécessité d'une « *transformation énergétique radicale* »⁵³.

La rareté des sources énergétiques actuelles engendre des pénuries. En ce sens, un tiers de l'humanité demeure dépourvu d'accès aux sources modernes d'énergie telles que l'électricité, le gaz et le pétrole, recourant à des sources d'énergie de mauvaise qualité telles que la biomasse, les déchets urbains, industriels et les déjections animales, conduisant à de graves problèmes de santé publique⁵⁴. A l'inverse, un cinquième de la population mondiale consomme les deux tiers de l'énergie produite⁵⁵. La répartition de la consommation énergétique est également inéquitable parce qu'un africain consomme en moyenne treize fois moins d'énergie qu'un européen et vingt-six fois moins qu'un américain⁵⁶. Or, l'aggravation du phénomène est à présager du fait d'une population mondiale estimée à près de 10 milliards d'habitants en 2050, soit un accroissement d'un tiers par rapport à aujourd'hui⁵⁷.

Les individus en situation de précarité énergétique sont souvent installés dans des États disposant d'importantes réserves d'énergie minière mais n'y ont pas accès faute de moyens financiers. Ainsi, l'Angola constitue l'un des plus grands États africains exportateurs de pétrole avec des recettes cumulées avoisinant 3 500 milliards de dollars mais les deux tiers de sa population ne disposent pas d'électricité et les trois quarts n'ont pas accès aux combustibles propres pour la

CRESCENZO, *Crise de l'énergie ou crise politique?*, Impr. centrale commerciale, Paris, 1974 ; T. KLINGER, *Géopolitique de l'énergie*, Studyrama, 2008 ; *Problèmes économiques*, n°2996, bataille autour des ressources énergétiques, 26/05/2010 ; *Questions internationales*, La bataille de l'énergie n°24, mars-avril 2007

⁵¹ J.-P. FAVENEC, *Géopolitique de l'énergie, besoins, ressources, échanges mondiaux*, Technip, IFP, publications, 2007 ; C. DE LESTRANGE, C.-A. PAILLARD et P. ZELENKO, *Géopolitique du pétrole. Un nouveau marché. De nouveaux risques. De nouveaux mondes*. Technip, Paris, 2005 ; J.-C. HANSEN et J. PERCEBOIS, *Énergie, économie et politique*, De Boeck, Bruxelles, 2010 ; S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques : Tome 1, Les clés pour comprendre*, Technip, 2007

⁵² R. TKATOVA, "Les organisations régionales dans l'espace post-soviétique et l'énergie", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larquier, 2010, p.149 ; S.Z. ZHIZNIN, *Energeticeskaja diplomatija Rossii na rubeje XX i XXI vekov (vneshneekonomiceskie aspekty*, thèse en sciences économiques, Moscou, 1998, p. 5-6

⁵³ DAESNU, *Étude sur la situation économique et sociale dans le monde, 2011 : la grande transformation technologique pour une économie verte, aperçu général*, 2011

⁵⁴ CONSEIL MONDIAL DE L'ÉNERGIE, *Intégration régionale de l'énergie en Afrique*, juin 2005 ; AIE, *World Energy Outlook 2006* ; UNDP, *Energizing Poverty Reduction*, nov. 2006 ; B. COMMONER, *La pauvreté du pouvoir : l'énergie et la crise économique*, PUF, Paris, 1980

⁵⁵ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie, préc.*, p. 20-22 ; UNDP, UNDESA et WEC, *World Energy Assessment Overview 2004 update*, 2004 ; J.P. KIMMINS, *The ethics of energy: a framework for action*, World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), 2001, p. 6.

⁵⁶ "L'accès à l'énergie : condition du développement", *Alternatives*, n° 13, 2007, p.5-9

⁵⁷ UNFPA, *State of world population*, 2008

L'accès à l'énergie

cuisson des aliments⁵⁸. Ce phénomène est à l'origine d'une crise sociale de l'énergie mondialisée.

Contrairement à la crise économique de l'énergie, sa datation s'avère plus délicate au motif qu'elle résulte d'un déséquilibre entre les conditions humaines et s'apprécie dans la relativité. L'absence d'accès à l'énergie conduit à une « *exclusion anthropologique* » parce que les personnes dépourvues d'énergie deviennent invisibles, inaudibles et impliquent une représentation par des porte-paroles⁵⁹. La crise sociale de l'énergie résulte donc davantage d'inégalités entre des personnes qui recourent de façon croissante à l'énergie et celles qui en sont dépourvues. Or, ces disparités se sont essentiellement creusées à compter de 1945 et appellent une éthique de l'énergie fondée sur les droits de l'Homme pour promouvoir un accès universel à l'énergie⁶⁰.

Cette éthique de l'énergie se justifie au surplus pour la dégradation environnementale provoquée par le modèle actuel de consommation de l'énergie causant de graves dommages à la biosphère par le recours à une biomasse de qualité moindre, des fuites de gaz, la combustion de sources d'énergie minière telles que le charbon responsable du *smog*, le raffinage de produits pétroliers induisant des nuisances inhérentes à l'industrie chimique lourde, le transport et à la distribution d'hydrocarbures liquides conduisant à des déballastages et des marées noires, les émanations de composés organiques volatils toxiques des stations services, les pollutions chimiques liées au gaz d'échappement, la radioactivité et les risques liés aux installations nucléaires⁶¹... La prise de conscience par l'Homme du rôle essentiel de l'énergie dans la dégradation mondiale de la qualité de l'environnement remonte aux années 1970 et peut être rattachée à la déclaration de Stockholm sur l'environnement de 1972. Cette période semble constituer le point de départ d'une crise environnementale mondiale de l'énergie.

L'OMS met en exergue une première catégorie de nuisances sanitaires locales induites par l'usage d'énergies de moindre qualité par les populations rurales telles que des excréments, certains bois de chauffage et des résidus de récoltes régulièrement utilisés pour l'éclairage, la cuisine et le chauffage. Ces énergies impropres accroissent la pollution de l'air ambiant, induisent des complications respiratoires et empoisonnent au monoxyde de carbone⁶². La seconde nuisance environnementale liée à l'usage de l'énergie est globale et prend la forme d'un changement climatique⁶³. Celui-ci résulte de l'émission de gaz à effet de serre provoquée par la combustion d'énergies minières telles que le pétrole, le gaz et le charbon⁶⁴. Selon une étude sur la situation économique et sociale dans le monde du Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies : « *l'expansion rapide de l'utilisation de l'énergie, générée surtout par les*

⁵⁸ A. CONCHIGLIA, "Après-guerre et or noir en Angola", *Le Monde diplomatique - Manière de voir*, n°115, Batailles pour l'énergie, fév.-mars 2011, p.14-18 ; K.S.A. EBOKU, "Oil and the Niger Delta People: the Injustice of the Land Use Act", *CEPMLP*, n°9, 18/11/2001 ; AIE, *World Energy Outlook 2008 résumé*, 2008, p. 13

⁵⁹ G. LE BLANC, *L'invisibilité sociale*, PUF, 2009 ; G. LE BLANC, *Que faire de notre vulnérabilité ?*, Bayard, 2011

⁶⁰ J-P. KIMMINS, *L'éthique de l'énergie: un cadre d'action*, World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), 2001

⁶¹ E. LACONA, J. TAINE et B. TAMAIN, *Les enjeux de l'énergie: de la géopolitique au citoyen, préc.*, 75 et s.

⁶² WHO, *Epidemiological, Social and Technical Aspects of Indoor Air Pollution from Biomass Fuels: Report of a WHO Consultation*, Geneva, 1992 ; WHO, *Fuel for life Household Energy and Health*, 2006

⁶³ N. STERN, *Stern Review: l'économie du changement climatique*, Version résumée du rapport en français, 2007, www.sternreview.org.uk ; B. SOLIER et R. TROTIGNON, *Comprendre les enjeux énergétiques: l'énergie à quel prix? Assurer la sécurité énergétique : relever le défi climatique*, Pearson Education France, Paris, 2010

⁶⁴ IPCC, *Third Assessments Report: Climate Change*, 2007, www.ipcc.ch

Introduction

combustibles fossiles, constitue la raison principale pour laquelle l'humanité est sur le point de franchir les limites de la durabilité de la planète à travers le réchauffement climatique, la perte de biodiversité et l'altération de l'équilibre du cycle de l'azote, ainsi que d'autres mesures de la durabilité de l'écosystème de la Terre. Pour prévenir toute catastrophe planétaire majeure, il convient d'opérer une transition énergétique globale sans délai »⁶⁵.

Ces incidences pourraient directement affecter le genre humain par un déplacement massif de populations qualifiées de déplacés environnementaux⁶⁶. La nécessité de concilier les intérêts économiques, sociaux et environnementaux, le devoir de prendre en compte les besoins des plus démunis, et l'obligation d'une gestion pérenne de l'énergie afin de perpétuer la vie humaine conduisent à rapprocher ces enjeux du concept de développement durable⁶⁷.

Révéle en 1987 dans le rapport Brundtland, il correspond à « *un développement qui répond aux besoins des générations du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs* » et prône un développement économique et social respectueux de l'environnement⁶⁸. Deux éléments sont inhérents au développement durable. En premier lieu, il se réfère au concept de besoins visant plus particulièrement les besoins essentiels des plus démunis à qui la plus grande priorité doit être accordée. En second lieu, il souligne l'idée de limitation imposée par l'état de nos techniques et de notre organisation sociale concernant la capacité de l'environnement à répondre aux besoins actuels et futurs. Le développement durable est reconnu dans des instruments juridiques universels incitatifs tels que la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et l'Agenda 21 de 1992, et dans des traités internationaux comme la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques⁶⁹. Il intègre les systèmes juridiques régionaux et nationaux en tant que principe juridique en droit de l'Union européenne et comme un objectif constitutionnel en France⁷⁰.

L'enjeu réside dans l'accès des générations actuelles à l'énergie tout en maîtrisant les consommations et les nuisances afin que les générations futures puissent à leur tour assurer leurs

⁶⁵ DAESNU, *Étude sur la situation économique et sociale dans le monde, 2011 : la grande transformation technologique pour une économie verte, aperçu général*, 2011

⁶⁶ REDE, n°4, *Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux*, 2008

⁶⁷ E. MORIN, *La méthode IV ; les idées, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*, Le Seuil, 1991, p. 211 et s. DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ÉNERGIE ET DES TRANSPORTS COMMISSION EUROPÉENNE, *L'énergie et le développement: Quels enjeux ? Quelles méthodes ?*, Paris, Technique et documentation, 1984

⁶⁸ G.H. BRUNDTLAND, *Notre avenir à tous*, Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'ONU, Éditions du fleuve, 1988

⁶⁹ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 1992 ; Agenda 21, 1992 ; Plan d'application du Sommet mondial pour le développement durable, 2002 ; Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 1992 ; protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques, 1997

⁷⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 37 ; Charte de l'environnement, consid. 7 et art. 6 ; N. KOSCIUSKO-MORIZET, *Rapport relatif à la Charte de l'environnement*, AN n° 1595, 12 mai 2004, p.116 ; M. PRIEUR, "Les nouveaux droits", *préc.* ; B. MATHIEU, "Observations sur la portée normative de la charte de l'environnement", *Cah. Cons. const.*, n°15, 2003, p.147-178 ; F.-G. TRÉBULLE, "droit du développement durable", *JCL env.*, fasc. 2400, 01/07/2010 ; E. NAIM-GESBERT, "Maturité du droit de l'environnement", *préc.* ; J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et J.-P. LEBRETON, "Développement durable, urbanisme et droit", *préc.* ; J.-M.FÉVRIER, "Développement durable", *JCL env.*, fasc. 2400 ; G. VIDALENC, "Le développement durable : regards sur un droit en construction, et sur ses bâtisseurs", *LPA*, n°81, 22/04/2008, p.8 ; F.-G. TRÉBULLE, "Droit du développement durable", *préc.*, n°148 et s.

Le droit de l'énergie

propres besoins⁷¹. Il appelle une solidarité intra-générationnelle entre les générations actuelles et inter-générationnelle avec les générations futures et implique une réduction quantitative de l'énergie consommée, son amélioration qualitative, et sa répartition équitable⁷². Des exemples démontrent que l'absence de maîtrise de l'énergie peut conduire à la disparition pure et simple des civilisations. Le cas de l'île de Pâques constitue une illustration des plus extrêmes de destruction de la forêt dans le monde. Cette ressource était surexploitée pour édifier des statues monumentales. En plus des conséquences écologiques, cette destruction fut également la cause de l'extinction de la principale source d'énergie : le bois. A la suite de cet évènement, les habitants furent démunis de combustible pour se chauffer pendant les nuits d'hiver et de féroces affrontements se déclarèrent pour accéder aux derniers gisements disponibles. La population diminua de 70% en cent ans, amenant le capitaine Cook à qualifier les Pascuans lors de leur découverte en 1774 d'être « *petits maigres, effarouchés et misérables* »⁷³. L'absence d'accès à l'énergie ne fut pas l'unique cause d'extinction de la civilisation Pascuane mais contribua grandement à sa fragilisation⁷⁴.

La gestion durable de l'énergie implique donc un usage équilibré des ressources naturelles. Cette exigence résulte de la crise mondiale de l'énergie, à l'origine d'une accélération de la création normative et de sa structuration dans un cadre juridique spécifique : le droit de l'énergie.

Le droit de l'énergie

Le droit établit un modèle général que doit observer un groupe dans son ensemble et instaure une répartition entre l'obligation et la liberté, entre l'être et le devoir être⁷⁵. Par conséquent, il constitue un instrument de premier rang pour encadrer les comportements du secteur énergétique. En ce sens, un corps de règles s'est progressivement structuré autour d'un objet juridique commun : l'énergie. La doctrine semble s'accorder pour qualifier l'énergie de chose au motif qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un usage⁷⁶. Plus précisément, l'énergie peut être qualifiée de chose corporelle. En effet, les choses corporelles se caractérisent par la matérialité et la perceptibilité par les sens tandis que les choses incorporelles rassemblent des créations intellectuelles⁷⁷. L'énergie ne constitue pas une création intellectuelle mais peut en revanche causer des dommages corporels (brûlures, électrocutions, irradiations...) conduisant à retenir *a minima* la qualification de chose corporelle. Dans certains cas, elle peut être appropriée, lui conférant la nature juridique d'un bien susceptible d'être commercialisé⁷⁸. Par conséquent, l'énergie peut faire l'objet de contrat et s'avère

⁷¹ P. HERNU, F. DUTHEIL, Y. ROUCAUTE et M. ROUER, *Les nouveaux chemins de l'énergie*, Alfarès, 2003

⁷² J.-L. WINGERT, *La vie après le pétrole : de la pénurie aux énergies nouvelles*, Éd. Autrement, Paris, 2007

⁷³ J. DIAMOND, *Effondrement comment les sociétés décident de leur disparition ou de leur survie*, Gallimard, 2006, p. 124

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ H. HART, *Le Concept de droit*, Oxford, 1961, p. 78 ; R. SEVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, p. 114 et s.

⁷⁶ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 3è. éd.,

2007, n°164 ; P.J.C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse droit, Bordeaux, 1988, p. 186 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables*, Le moniteur, 2008, n°130 ; G. RINGEARD-DEMARCO, "L'énergie solaire et le droit international", *RJE*, n°spécial droit et énergie solaire, 1979, p. 237

⁷⁷ M. LAMOUREUX, "Le bien énergie", *RTD com.*, 2009, p.239.

⁷⁸ C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, Paris, 1881, T. 9, n°9, p. 5 ; B. PETIT, "Le droit du solaire : « petit embryon deviendra grand »", *Gaz. Pal.*, n°19, 19/01/2006, p.18 ; J.-B. PICCHINI, *Les aspects juridiques de l'énergie solaire*, thèse droit, Aix-en-Provence, 1984, p. 354

Introduction

sujette aux régimes de responsabilité liés aux choses corporelles. En complément, les effets induits par l'énergie (éclairage, chauffage, transport...) se manifestent sous la forme de services. Pour ces raisons, l'énergie peut être considérée comme une chose (voire un bien) contribuant à la réalisation de services.

L'écart existant entre le modèle actuel et les conditions nécessaires à une gestion durable de l'énergie conduit à s'interroger sur la place de l'énergie dans le droit. Alors que les disciplines scientifiques consacrent généralement un champ à l'énergie, la question porte sur l'existence d'un droit de l'énergie dans le système juridique français. Philippe Billet affirme qu'« *une anthropologie juridique de l'énergie reste à écrire, qui puiserait avec bonheur dans les essais d'Eliade, de Frazer, de Mary Douglas et de tous les grands socio-anthropologues qui se sont intéressés aux rapports de l'homme avec son environnement* »⁷⁹. L'émergence d'une règle juridique propre à l'énergie est généralement corrélée à la consommation d'énergie. Par conséquent, si des règles ont historiquement été adoptées par la puissance publique dans ce domaine, elles se référaient essentiellement à ses incidences et ce n'est qu'à compter de la révolution industrielle qu'une norme spécifique à l'énergie apparaît. En ce sens, Pierre Sablière qualifie la période préindustrielle de « *préhistoire du droit de l'énergie* »⁸⁰.

La force motrice de l'eau constitue un usage des plus anciens, dont la persistance se manifeste sous la forme de droits portant sur des « *usines fondées en titre* », accordés sur les biens de la Couronne avant l'édit de Moulin de 1566, fondant la notion de domanialité publique⁸¹. L'usage du bois était quant à lui lié au droit forestier, codifié par l'ordonnance de Colbert de 1669 sur le « *fait des Eaux et Forêts* ». Des concessions royales étaient accordées s'agissant du charbon mais relevaient du régime du droit minier, au même titre que d'autres substances comme le fer. L'usage du gaz issu par distillation de la houille fut initié au début du XIX^e siècle par l'éclairage du passage des Panoramas à Paris en 1817. Son extension comme source lumineuse relevait de la compétence des maires et à Paris des autorités de police, sous les formes classiques de la régie municipale, la concession, l'autorisation de voirie ou la réglementation de police. La jurisprudence suivait cette orientation en présageant certaines formes modernes du droit⁸². Le phénomène est identique pour l'électricité, dont les premiers textes officiels remontent aux mesures prises par le préfet de police de Paris en 1864 pour attirer l'attention des populations « *sur les précautions à prendre pour se servir*

⁷⁹ P. BILLET, "Conclusion", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.356

⁸⁰ P. SABLIERE, *Une brève histoire du droit de l'énergie*, Colloque de l'AFDEN : Quel(s) droit(s) pour l'énergie?, 2008

⁸¹ A. HAURIOU, *La mainmise de l'Etat sur l'énergie des cours d'eau non navigables ni flottables : (loi du 16 octobre 1919)*, thèse droit, Toulouse, 1921 ; M. ALBRESPIY, *La nature juridique des concessions d'énergie hydraulique de la loi du 16 octobre 1919*, thèse droit, Toulouse, 1929 ; D. COLOMBET, *Des droits du distributeur d'énergie électrique vis-à-vis des propriétaires*, thèse droit, Paris, 1925 ; J. DURAND-DASTÈS, *Le nouveau statut légal des forces hydrauliques françaises : la loi du 16 octobre 1919*, thèse droit, Tarbes, Impr. P. Lescamela, 1920 ; E. EUSTATZIU, *Le fondement juridique de la législation des chutes d'eau*, thèse droit, Paris, PUF, 1922 ; P. MARCORELLES, *Les usines hydrauliques sur les cours d'eau du domaine public*, thèse droit, Toulouse, Impr. moderne, 1917 ; G. JALOUSTRE, *La houille blanche et son régime légal*, thèse droit, Paris, A. Rousseau, 1902 ; J. VEISSEYRE, *De l'État actionnaire dans les entreprises d'énergie hydraulique*, thèse droit, Paris, 1932

⁸² En ce sens, la Cour d'appel de Rouen décidait en 1846 que dans le silence du cahier des charges de concession, le concessionnaire ne pouvait imposer une durée trop longue au contrat d'abonnement : P. SABLIERE, *Une brève histoire du droit de l'énergie*, Colloque de l'AFDEN : Quel(s) droit(s) pour l'énergie?, 2008

Le droit de l'énergie

de ce nouvel éclairage si dangereux »⁸³.

Cependant, ces règles étaient dénuées de spécificité sur le plan juridique, se caractérisant par des réglementations de sécurité et se généralisant à d'autres activités telles que le télégraphe et le téléphone. Cette réglementation d'origine essentiellement municipale s'unifia concernant l'électricité par la publication de circulaires ministérielles en 1882, puis dans un décret de 1888⁸⁴. Les usines hydroélectriques suivaient la tendance par une fédération du régime juridique dans une loi du 8 avril 1898. Le phénomène se poursuit dans les autres activités du secteur énergétique avec une loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'électricité, la loi du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique et les décrets-lois de 1935 instituant des contrôles sur les prix, l'exportation et la concentration du secteur de l'électricité⁸⁵. Jusqu'au milieu des années 1930, les règles relatives à l'énergie étaient disséminées, gouvernant respectivement le bois, le charbon, la force motrice de l'eau, puis le gaz, le pétrole et l'électricité⁸⁶. En ce sens, Pierre Sablière affirme qu'il existait une « *dilution des droits dans le droit commun* », les règles relatives au cycle de l'énergie résultant du droit civil, du droit administratif, du droit minier⁸⁷...

Une véritable spécificité juridique de l'énergie s'est affirmée suite à la seconde guerre mondiale dans la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz créant deux établissements publics : Électricité de France (EDF) et Gaz de France (GDF), puis les charbonnages de France et le Commissariat à l'énergie atomique (CEA)⁸⁸. Le phénomène s'est accéléré dans les lois du 29 octobre 1974 sur les économies d'énergie, du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, et du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie et l'institution de stocks stratégiques pour le secteur pétrolier⁸⁹. Une rupture s'observe à compter de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, marquant le point de départ de transpositions du droit communautaire par des interventions législatives pluriannuelles⁹⁰. Cette émergence d'un droit de l'énergie s'observe également dans le système juridique européen par la création en 1951 de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), de la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA) en 1957, puis d'un marché intérieur de l'énergie. En droit international, la Charte

⁸³ H. MARÉCHAL, *L'éclairage à Paris*, Paris, 1898

⁸⁴ J. BINET TARBÉ DE VAUXCLAIRS, *De la permission de voirie comme mode de distribution d'énergie électrique*, Jouve, thèse droit, Paris, 1937

⁸⁵ Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, *JORF* du 17 juin 1906 p. 4105 ; loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, *JORF* du 18 octobre 1919 p.11523

⁸⁶ P. SABLIERE, *Une brève histoire du droit de l'énergie*, préc.

⁸⁷ *Ibidem*

⁸⁸ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *JORF* du 9 avril 1946 p. 2651 ; J.-M. AUBY, *Grands services publics et entreprises nationales*, PUF, 2è. éd., T. 1 : Théorie générale des services publics et des entreprises publiques ; T. 2: Transports, énergie, Paris, 1975

⁸⁹ Loi n°74-908 du 29 octobre 1974 relative aux économies d'énergie: contrôle et répartition en cas de pénurie, infractions, installation permettant de déterminer la quantité de chaleur pour tout immeuble collectif, *JORF* du 31 octobre 1974, p. 11083 ; loi n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et a l'utilisation de la chaleur, *JORF* du 16 juillet 1980, p. 1783 ; loi n°96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie, *JORF* n°1 du 1 janvier 1997, p. 11 ; loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du régime pétrolier, *JORF* n°1 du 1 janvier 1993, p. 11

⁹⁰ Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF* n°35 du 11 février 2000 p. 2143

Introduction

européenne de l'énergie, signée le 17 décembre 1991 donnait naissance le 17 décembre 1994, à un instrument contraignant à vocation universelle : le traité sur la Charte de l'énergie (TCE) et son protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes⁹¹. Ces interventions normatives ont conduit à démanteler des secteurs historiquement encadrés sous la forme de quasi-monopoles conférés à des établissements publics pour ouvrir les marchés de l'énergie à la concurrence. Par conséquent, la dimension économique se présentait comme un fer de lance de la rénovation normative du secteur énergétique et fut ensuite complétée par des règles sociales et environnementales.

Pour autant, existe-t-il une spécificité juridique de l'énergie ? Dès 1958, le doyen Savatier faisait référence au « *droit de l'énergie* » apparaissant à l'époque comme un droit en construction caractérisé par deux chantiers avancés relatifs au droit des entreprises publiques de l'énergie et au droit propre à l'électricité⁹². Le doyen considérait que « *le travail est partout entamé ; le droit atomique n'en est que l'atelier le plus récent et le plus grandiose* ». En 1999, Marie-Anne Frison-Roche remarquait que « *dans le passé, on ne trouve guère d'articles juridiques, parce que le droit n'était peu de choses. Qui s'en souciait vraiment ? Tout au plus s'exprimait-il sous forme de l'organisation administrative et de quelques recours commentés devant le Conseil d'État* »⁹³. Cependant, elle précise que « *les secteurs énergétiques n'ont jamais été victimes d'anomie mais sont depuis toujours réglementés très minutieusement, parfois étouffés même, par des prescriptions de comportements sanctionnés, et donc par du droit* ». Ces propos sont corroborés par les recherches doctrinales entreprises sur le sujet depuis plus d'un siècle.

Les enseignements de Jean Devaux-Charbonnel démontrent que le *corpus* juridique de l'énergie s'est profondément modelé depuis un quart de siècle⁹⁴. La découverte de nouvelles sources d'énergie a conduit à l'émancipation d'un corps de règles ayant pour objet l'énergie dans les domaines des énergies renouvelables, de la maîtrise de la demande en énergie, et de la politique énergétique. Il résulte également de l'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie sous l'influence du traité sur la Charte de l'énergie et du droit de l'UE, concourant à l'adoption de normes visant à assurer une transparence des activités. La prise en compte d'une éthique de l'énergie se traduit dans des instruments juridiques en faveur d'un droit à l'énergie tandis que la vigilance environnementale croissante marque l'émergence conceptuelle de l'« *énergie propre* ». Cette production est accompagnée des travaux de la doctrine juridique sur le « *droit des énergies renouvelables* », le « *droit de l'électricité* », et le « *droit nucléaire* »⁹⁵. Elle est complétée par des recherches dans des branches spécifiques du secteur énergétique comme la libéralisation des marchés et le droit d'accès à l'énergie⁹⁶. Des études adoptent parfois une approche transversale de

⁹¹ Traité sur la Charte de l'énergie ; protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes, 17/12/1994

⁹² R. SAVATIER, "Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels", *RTD civ.*, 1958, p.20

⁹³ M.-A. FRISON-ROCHE, "Droit de l'énergie, droit à l'énergie", *Revue de l'énergie*, n° .509, 1999, p.615-618

⁹⁴ J. DEVAUX-CHARBONNEL, *Cours de droit de l'énergie*, Université de Paris I, 2 tomes, 1983/1984

⁹⁵ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables*, Le moniteur, 2008 ; P. SABLIERE, *Droit de l'électricité, textes et commentaires*, Dalloz, 2003 ; J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, PUF, 1994 ; M. PASCAL, *Droit nucléaire*, Eyrolles, Paris, 1979

⁹⁶ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Energie, postes, télécommunications et*

Le droit de l'énergie

la matière dans des ouvrages, des articles, des chroniques, des mémoires et des colloques sur le droit de l'énergie⁹⁷. Elles sont relayées par des associations et des avocats spécialisés en droit de l'énergie⁹⁸. Ce corps de règles est désormais fédéré par le code de l'énergie qualifié d' « *acte de naissance du droit de l'énergie* » parce qu'il démontre, de par sa nature, l'existence d'un contenu juridique suffisant pour en faire une discipline et concourt à son intelligibilité en l'organisant⁹⁹.

Cependant, peu de normes et d'auteurs en proposent une définition, la difficulté de l'exercice tenant à la spécificité et à l'ampleur de son objet : l'énergie. En effet, le droit de l'énergie ne se limite pas à encadrer la production mais intéresse l'ensemble du cycle énergétique. Il inclut l'efficacité énergétique consistant à réduire la quantité d'énergie consommée pour satisfaire un même service : l'automobile consomme moins d'essence pour une même distance parcourue, le téléviseur ou le lave linge requiert moins d'électricité pour un même temps d'utilisation. Il regroupe également la sobriété énergétique conduisant à diminuer les consommations d'énergie en agissant sur les comportements (conduite souple en voiture, extinction des lumières inutiles, suppression de la veille des appareils électriques...). Le terme de maîtrise de la demande en énergie regroupe les actions en faveur de l'efficacité et de la sobriété énergétiques¹⁰⁰. L'usage de l'énergie revêt ensuite un aspect global, à travers la planification énergétique. Celle-ci relève en principe de la compétence des autorités publiques et consiste à évaluer les capacités de production et les consommations d'énergie d'un territoire pour assurer une sécurité des approvisionnements en énergie.

Ces considérations conduisent Laetitia Grammatico à présenter le droit de l'énergie comme : « *l'ensemble des règles relatives à l'exploration, la production, l'importation, l'exploitation (parfois la transformation), le transport, la distribution et l'utilisation des différentes sources d'énergie* »¹⁰¹. Dans le même sens, l'annexe EM du traité sur la Charte de l'énergie établit

transport, Technique et documentation, 2000 ; C. ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-uni)*, LGDJ, Bibliothèque de droit public t. 242, thèse droit, Paris, 2006 ; C. LEMAIRE, *Energie et concurrence: recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix Marseille, thèse droit, Faculté de droit et des Sciences Politiques, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003 ; P. LANDELLE, *Le développement des sources d'énergie renouvelables et l'aménagement durable du territoire*, thèse droit, Université de Limoges, 2008 ; M.-C. BÉGUÉ, *La politique française de l'électricité à l'épreuve de l'intégration communautaire et du droit de l'environnement*, Université de Nantes. Faculté de droit et des sciences politiques, thèse droit, 2004 ; EL BACHIR MOULIM, *L'énergie et la protection de l'environnement dans la Communauté européenne*, thèse droit, Lille, 1996 ; K. NERI, "Le droit à l'énergie, un nouveau droit de l'Homme ?", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.335-352

⁹⁷ S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010 ; AFDEN, *Quel (s) droit (s) pour l'énergie?*, Premier colloque de l'Association Française pour le droit de l'énergie, Paris, 02/12/2008 ; M.-A. FRISON-ROCHE, "Droit de l'énergie, droit à l'énergie", *préc.* ; P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie ?", *AJDA*, n°24, 07/07/2008, p.1302-1309 ; voir les chroniques d'Arnaud LE GALL au *JCP E* : 26/01/2006 ; 01/02/2007 ; 14/02/2008 19/03/2009, 29/04/2010 et 07/04/2011.

⁹⁸ Association française de droit de l'énergie (AFDEN) : www.afden.org

⁹⁹ Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, *JORF* n°108 du 10 mai 2011 ; C. KROLIK, "Un code primeur pour le droit de l'énergie", *préc.*

¹⁰⁰ J.-Y. FABERON, *La Maîtrise de l'énergie : cadre juridique et bilan*, La documentation française, 1987 ; N. CHEBEL-HORSTMANN, *La régulation du marché de l'électricité : concurrence et accès aux réseaux*, L'Harmattan, thèse droit, Paris ; Budapest ; Kinshasa, 2004

¹⁰¹ L. GRAMMATICO, *Les moyens juridiques du développement énergétique dans le respect de l'environnement en droit français (Recherches sur le droit du développement durable)*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p.25.

Introduction

une liste des matières et des produits énergétiques¹⁰². Ces approches éclairent sur la structure de la discipline mais ne permettent pas de déterminer précisément son contenu, faute de définir l'énergie et d'appréhender dans l'unité un corps de règles transversal par nature. Ce constat amène la Convention de la Commission africaine de l'énergie de 2001 à définir l'énergie comme : « *toute ressource renouvelable ou non à l'état naturel ou après transformation, exploitée par l'Homme* »¹⁰³. Cette acception présente l'avantage de l'universalité mais semble trop étendue quant à son champ d'application, toute ressource ne constituant pas une source d'énergie. Ces exigences de disposer d'une approche globale de la matière tout en limitant son champ d'application à ses finalités amène à présenter le droit de l'énergie comme : « *l'ensemble des règles juridiques encadrant l'usage des choses générant un changement d'état de la matière pour en garantir l'accès* ». Le corpus retenu se caractérise par un objet spécifique : l'énergie et une finalité particulière : l'accès à l'énergie. Dès lors, les règles juridiques encadrant l'énergie dans un but extérieur à l'accès à l'énergie et celles concourant à cette fin sans avoir pour objet l'énergie relèvent de champs juridiques étrangers au droit de l'énergie.

L'histoire démontre que les tentatives d'aborder le droit de l'énergie dans l'unité étaient jusqu'à présent demeurées infructueuses, les travaux se limitant à une compilation des sources, tandis que le code de l'énergie prévu initialement en 1938 n'a finalement vu le jour qu'en 2011. Il semble qu'une approche générale du droit de l'énergie n'avait pu émerger précédemment faute de maturité suffisante de la matière. La publication du code de l'énergie témoigne de cette émancipation. Elle rend envisageable sa systématisation et implique de préciser le procédé d'investigation.

L'objectif d'aborder le droit de l'énergie dans l'unité conduit à le présenter comme un système normatif. Le système, issu du grec ancien *systema* signifiant « *ensemble organisé* » se réfère à une structure d'éléments liés par une finalité commune¹⁰⁴. A l'instar du « *système du monde* » de D'Alembert, il constitue une technique permettant d'appréhender des phénomènes complexes en ordonnant ses éléments en un tout pour rendre la réalité intelligible¹⁰⁵. Cette méthode rejoint la thèse de Norberto Bobbio selon laquelle : « *le droit est non une collection de normes, mais un ensemble coordonné de normes, qu'une norme ne se trouve jamais seule, mais liée à d'autres normes, avec lesquelles elle forme un système normatif* »¹⁰⁶. Elle peut être appliquée au droit de l'énergie qui ne peut être réduit aux propriétés de ses éléments parce que le tout est plus que la somme des parties et que l'étude doit intégrer l'aspect occulté¹⁰⁷.

¹⁰² Traité sur la Charte de l'énergie, 17/12/1994

¹⁰³ Organisation de l'Unité Africaine, Convention de la Commission africaine de l'énergie, 2001, art. 1, www.africa-union.org

¹⁰⁴ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz-Sirey, 2003, p.5 ; G.J. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 157, 1991, p.4 ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Editions Odile Jacob, fév. 1997, p.261 et s.

¹⁰⁵ G.W.F. HEGEL, *Encyclopédie des sciences philosophiques, I. La science de la logique*, Paris, Vrin, 1970, §9 ; F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires, préc.*

¹⁰⁶ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p.6

¹⁰⁷ C. GRZEGORCZYK, "Evaluation pratique du paradigme systémique dans la science du droit", *Archives de philosophie du droit*, Le système juridique, 1986, p.281-301

Le droit de l'énergie

La thèse entend aborder le droit de l'énergie sous l'angle d'un système spécifique : l'ordre juridique. Les théories doctrinales mettent en exergue une série de caractéristiques prenant la forme de cohérences dont l'application au droit de l'énergie participe à la description de phénomènes essentiels. Trois catégories de cohérences peuvent être rattachées au concept d'ordre juridique.

La cohérence matérielle se caractérise par un contenu homogène fondé sur un objet et des finalités spécifiques¹⁰⁸.

La cohérence formelle se fonde sur la conception normativiste de l'ordre juridique en le présentant comme un ordre de contrainte de la conduite humaine¹⁰⁹. Pour Hans Kelsen, ce qui constitue la juridicité d'une norme est le fait que sa violation va déclencher une sanction¹¹⁰. Norberto Bobbio complète l'exégèse en considérant que la norme n'existe pas par elle-même mais uniquement en tant qu'entité d'un système qui seul lui procure sa validité¹¹¹. L'ordre juridique se caractérise alors par des normes supérieures en moins grand nombre que les normes inférieures et de moins en moins nombreuses au fur et à mesure que la hiérarchie s'élève¹¹².

Enfin, la cohérence fonctionnelle de l'ordre juridique réside dans le phénomène de l'autopoïèse, entendu comme la propriété d'un système de se produire lui-même, en permanence et en interaction avec son environnement pour maintenir sa structure malgré le changement des composants¹¹³. Ce terme se réfère à un phénomène d'autocréation du système : « *une possibilité de se créer continuellement soi-même, instant par instant, cas par cas, coup par coup et elle est destinée précisément à ne pas trouver de fin* »¹¹⁴. Cette autoréférence résulte d'une « *clôture normative* » dans la mesure où aucun élément juridique extérieur à ce système n'est susceptible d'interférer dans son fonctionnement¹¹⁵. Elle est complétée par une « *ouverture cognitive* » signifiant qu'il est intégré au système social pour garantir son adaptation et sa pérennité. Ce phénomène trouve sa source dans l'existence d'un ordre social¹¹⁶. Selon Santi Romano, une « *norme de conduite* » se réfère à une organisation structurée de la société de façon à constituer une institution¹¹⁷. Cette institution constitue la base de la cohérence fonctionnelle de l'ordre juridique.

La première partie de la thèse présente la cohérence matérielle du droit de l'énergie en démontrant l'existence d'un contenu spécifique comprenant l'ensemble des règles juridiques ayant pour objet l'énergie et pour finalité l'accès à l'énergie. L'originalité du *corpus* réside dans le fait que ces règles visent à enrayer la crise mondiale de l'énergie. Cette caractéristique conduit à une

¹⁰⁸ C. GRZEGORCZYK, "Evaluation pratique du paradigme systémique dans la science du droit", *préc.*, p.290 et s.

¹⁰⁹ H. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, 5^e. éd., Oxford, 1984 ; E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006

¹¹⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *préc.*, p. 42 et s.

¹¹¹ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, *préc.*, p.6

¹¹² M. TROPPER, "Système juridique et Etat", *préc.*, p.36

¹¹³ H. MATURANA et F. VARELA, *Autopoiesis and Cognition. The realization of the living*, D. REIDEL, Dordrecht-Boston-London, 1980, p. 75-76 ; F. VARELA, *Principles of biological autonomy*, Elsevier, North Holland, 1979, p. 4

¹¹⁴ N. LUHMANN, "L'unité du système juridique", *Archives de philosophie du droit*, Le système Juridique, 1986, p.173

¹¹⁵ F. OST, "Entre ordre et désordre : le jeu du droit – Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit", *préc.*, p.133-166

¹¹⁶ E. MILLARD, "Hauriou et la théorie de l'institution", *Droit et Société*, 30/31, 1995, p. 381-412

¹¹⁷ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975

Introduction

mondialisation du *corpus*, les règles juridiques nationales étant complétées par des dispositions des systèmes juridiques européen et international. Cette complémentarité dont l'étude s'avère nécessaire pour appréhender le contenu dans l'unité éclairée dans le même temps sur la cohérence formelle du droit de l'énergie. La mise en exergue d'un corps de règles juridiques transnational ayant pour objet l'énergie et pour finalité l'accès à l'énergie conduit à envisager le droit de l'énergie comme un ordre juridique globalisé (Première partie).

La seconde partie s'intéresse à la cohérence fonctionnelle du droit de l'énergie et conduit à mettre en évidence un processus d'institutionnalisation de l'énergie. Ce phénomène résulte d'une adhésion du corps social à une intervention des autorités normatives pour promouvoir l'accès à l'énergie dans la durée. Il est à l'origine d'institutions spécifiques à l'énergie générant leur propres règles de droit en vue d'une consolidation du *corpus*. Cette autoreproduction du droit de l'énergie par ses éléments lui confère une certaine autonomie. En parallèle, des instruments concourent à une prise en compte des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique français pour renforcer son efficacité et inscrire son action dans la durée. Ce processus d'expansion fondé sur l'adaptation amène à considérer le droit de l'énergie comme un ordre juridique intégré (Seconde partie).

Première partie : L'ordre juridique globalisé

Le droit de l'énergie regroupe l'ensemble des règles juridiques ayant pour objet l'énergie et pour finalité l'accès à l'énergie. Cette notion se caractérise par un phénomène de rareté au motif que le secteur énergétique principalement fondé sur des énergies minières à la production limitée souffre d'un excès de demande par rapport à l'offre de ce bien. L'accessibilité de l'énergie est alors limitée pour des raisons de quantité et de prix. Elle implique la mise en œuvre de mécanismes pour favoriser la disponibilité de l'énergie auprès des plus démunis. Cette crise est également marquée par la notion de qualité pour inscrire les politiques énergétiques dans la durée. Ces éléments légitiment l'intervention des autorités normatives dans le libre jeu du marché en vue de prévenir la rareté de l'énergie, favoriser sa disponibilité et améliorer la qualité de son usage, pour maintenir l'ordre public dans un but d'intérêt général¹¹⁸. Cette caractéristique est à l'origine du développement du droit de l'énergie dont la cohérence du contenu réside dans l'unicité de son objet et de son dessein.

Le caractère mondialisé de la crise à laquelle le droit de l'énergie doit faire face est à l'origine de sa cohérence formelle. Celle-ci génère une hiérarchie dans laquelle chaque norme trouve le fondement de sa validité dans une norme supérieure¹¹⁹. Cette particularité est à l'origine de la structure pyramidale de l'ordre juridique développée par Hans Kelsen¹²⁰. Le droit de l'énergie répond à cette exigence mais selon des caractéristiques particulières parce que la crise mondiale de l'énergie engendre une globalisation du contenu. La prise de conscience au niveau planétaire des exigences liées à la rareté, à la disponibilité et à la qualité de l'énergie conduit à mondialiser ce *corpus* pour inclure dans le système juridique international des règles juridiques communes et fondamentales relatives à l'énergie. Celles-ci sont ensuite intégrées dans les systèmes juridiques inférieurs dans un rapport de subsidiarité, le droit européen apportant des précisions, détaillées à leur tour en droit français. Une complémentarité s'opère entre les systèmes juridiques pour inscrire le droit de l'énergie dans l'unité. La mise en exergue de la cohérence formelle du droit de l'énergie induite par la perméabilité des systèmes conduit à présenter la fonction de calibrage du droit de l'énergie exercée par le système juridique international (Titre 1) et la modulation de celui-ci par les systèmes juridiques européen et français (Titre 2).

¹¹⁸ J.-F. CALMETTE, La rareté en droit public, thèse droit, L'Harmattan, 2004

¹¹⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit, préc.*, p.11

¹²⁰ *Ibid.*

Titre 1 : Le calibrage du droit international de l'énergie

Le terme de crise provient du grec *crisis*, appartenant au vocabulaire de la médecine hippocratique et désignant dans une maladie un point crucial où une issue va se dénouer. Elle se présente dans son sens originel comme un moment paroxystique extrême appelant une sortie, soit du côté de la guérison, soit du côté de la mort. Elle bénéficie désormais d'une signification renouvelée en étant perçue comme un état permanent, une « *crise sans fin* »¹²¹. La crise mondiale de l'énergie est appréhendée comme un déclin à l'horizon incertain et s'inscrit dans ce contexte depuis le premier choc pétrolier¹²².

En réaction à ce processus d'effondrement, des instruments juridiques émergent pour encadrer la rareté, la disponibilité et la qualité de l'énergie. Ceux-ci reposent sur un objet original, l'énergie, progressivement consolidés pour générer un processus de recomposition. Ils prennent la forme d'institutions, de droits, de standards, d'objectifs... En sus de leur nombre, ils se caractérisent par de nouvelles formes de gouvernance et une inventivité croissante pour gérer l'incertitude et maîtriser la complexité.

Cet ensemble prend la forme d'un droit international de l'énergie regroupant les règles fondamentales de la matière aux finalités dictées par la crise mondiale de l'énergie. Celle-ci présente un caractère économique, social et environnemental et structure le droit en ce sens. Ainsi, pour résoudre les crises économiques, sociales et environnementales du secteur énergétique émerge dans le système juridique international un droit économique (Chapitre 1), social (Chapitre 2) et environnemental (Chapitre 3) de l'énergie.

¹²¹ M. REVAULT D'ALLONNES, *La crise sans fin : essai sur l'expérience moderne du temps*, Seuil, Paris, 2012

¹²² M. SERRES, *Temps des crises*, Le Pommier, 2012

Chapitre 1: Le droit économique de l'énergie

« *Le pétrole, c'est de la politique à 90%* »¹²³.

Le premier choc pétrolier provoqua un quadruplement du prix du pétrole, et fut à l'origine d'une multiplication des organisations internationales intervenant dans le secteur énergétique. Ces instances publiques et privées sont à l'origine d'une inflation de règles internationales plus ou moins formelles, pour encadrer le prix de l'énergie et la sécurité des approvisionnements, et s'étendent désormais à de nouvelles sources d'énergie, consolidant ainsi le *corpus*. Ces dispositions forment le droit économique de l'énergie qui a pour objet d'encadrer l'établissement, l'investissement, la circulation et les paiements internationaux du secteur énergétique. La fonction de ce droit est d'endiguer les causes économiques de la crise énergétique. Celles-ci concernent le prix de l'énergie dont l'objectif réside dans la stabilité, un coût abordable pour les Etats consommateurs et une rémunération suffisante pour les Etats producteurs. Elles intéressent également la sécurité des approvisionnements énergétiques, c'est-à-dire la possibilité d'assurer une satisfaction continue des besoins essentiels en énergie.

Ce chapitre précise le contenu de ce corps de règles, son mode d'élaboration, et met en exergue le rôle fondamental de la crise économique de l'énergie dans la construction de ce socle commun de règles. Il entend également démontrer l'apport essentiel d'instruments extérieurs au droit de l'énergie dans la réalisation de ses finalités économiques. Ces exigences conduisent à étudier l'encadrement du prix de l'énergie (1/) avant d'analyser les règles relatives à la sécurité des approvisionnements énergétiques (2/).

1/ L'encadrement du prix de l'énergie

Le marché de l'énergie s'est progressivement mondialisé, concourant à la nécessité d'une norme juridique internationale¹²⁴. Cependant, contrairement à d'autres domaines, le prix de l'énergie s'inscrit dans un cadre juridique international précaire, essentiellement régi par les marchés. L'absence de cadre juridique global conduit à se fonder sur une multiplicité de législations nationales conduisant à des rapports de forces¹²⁵.

Un prix équitable constitue un élément essentiel du pilier économique de l'énergie¹²⁶. Ce montant doit être suffisamment élevé pour assurer un revenu aux États producteurs et éviter les gaspillages mais assez bas pour ne pas pénaliser excessivement les économies des États consommateurs. Cette conciliation des intérêts s'effectue dans un cadre institutionnel de l'énergie caractérisé par le concept de la gouvernance globale de l'énergie (I) conduisant à un régime juridique instable (II).

¹²³ Henri SIMONET, Commissaire européen à l'énergie en 1973

¹²⁴ *Questions internationales*, n° spécial: la bataille de l'énergie, mars-avril 2007

¹²⁵ M. ÖĞÜTÇÜ et X. MA, "Growing links in energy and geopolitics : China, Russia, and Central Asia", *CEPMLP*, 12/03/2008 ; E. LAURENT, *La face cachée du pétrole*, Plon, 2006

¹²⁶ G.-H. BRUNDTLAND, *Notre avenir à tous*, Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'ONU, Éditions du fleuve, 1988, chap. 7: Énergie : des choix pour l'environnement et le développement ; J.-M. JANCOVICI, *Le plein s'il vous plaît ! La solution au problème de l'énergie*, Éd. du Seuil, Paris, 2006

I. Un cadre institutionnel fondé sur le concept de la gouvernance globale

Originellement employé par les gestionnaires d'entreprise, le concept de gouvernance a rapidement intégré l'étude des relations internationales et se définit comme l'acte ou le processus de gouverner¹²⁷. La gouvernance s'est progressivement émancipée en s'étendant à l'ensemble des régulations collectives tant publiques que privées. Elle est dite globale dans le sens où elle réunit des acteurs internationaux adoptant des décisions à caractère mondial. La paternité du concept est traditionnellement attribuée au théoricien des relations internationales James Rosenau¹²⁸. Elle fait l'objet d'un rapport établi en 1995 par la commission Willy Brandt sur la gouvernance globale qui la définit comme « *la somme des différentes façons dont les individus et les institutions, publics et privés, gèrent leurs affaires communes. C'est un processus continu de coopération et d'accommodement entre intérêts divers et conflictuels. Elle inclut les institutions officielles et les régimes dotés de pouvoirs exécutoires tout aussi bien que les arrangements informels* »¹²⁹. Elle est également appréhendée comme « *l'ensemble des processus par lesquels des règles collectives sont élaborées, décidées, légitimées, mises en œuvres et contrôlées* »¹³⁰. Elle constitue un outil d'étude de situations dans lesquelles les autorités et les pouvoirs de décisions sont mouvants et incertains¹³¹.

En synthétisant les travaux de Marie-Claude Smouts, Sheila Wertz-Kanounnikoff et Dominique Rojat, Cécile Kérébel distingue des propriétés propres à la gouvernance globale¹³². Premièrement, elle est un mode de coordination sociale où l'accent est davantage mis sur les interactions et les liens entre acteurs plutôt que sur les acteurs eux-mêmes. Elle ne constitue pas un système de règles ni une activité mais un processus ; elle n'est pas formalisée mais repose sur des interactions continues, en évolution permanente. Deuxièmement, elle implique des acteurs tant publics que privés. Troisièmement, elle fonctionne selon des mécanismes de coordination novateurs, transcendant la régulation publique traditionnelle (réseaux, partenariats, accords contractuels, codes de conduite...). Quatrièmement, elle n'est pas fondée sur la domination mais sur l'accommodement, la négociation et des ajustements mutuels entre les différents intérêts des acteurs.

Dérivée de la notion générale, la gouvernance globale de l'énergie est définie comme « *l'architecture des institutions et des processus – formels et informels, publics et privés – qui contribuent à la définition de règles collectives et structurent les relations énergétiques*

¹²⁷ C. KEREBEL, "Qu'est-ce que la gouvernance globale de l'énergie? Les termes du débat", in C. KEREBEL et J. H. KEPPLER, *La gouvernance mondiale de l'énergie*, UCL Presses universitaires de Louvain, 2009, p. 23

¹²⁸ J. N. ROSENAU, *The Study of World Politics: Globalization and governance*, Routledge, 2006 ; J. N. ROSENAU, "Toward an Ontology for Global Governance", M. HEWSON and T. J. SINCLAIR, *Approaches to Global Governance Theory*, 1999 ; J. N. ROSENAU and E. O. CZEMPIEL, *Governance without government: order and change in world politics*, Cambridge University Press, 1992, p.29

¹²⁹ THE COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our Global Neighborhood: The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford University Press, 1995.

¹³⁰ P. LAMY et Z. LAIDI, "La gouvernance ou comment donner sens à la globalisation", Conseil d'analyse économique, *Rapport sur la gouvernance mondiale*, 2002, p.193-210

¹³¹ D.G. VICTOR, S. JOY et N. M. VICTOR, "The Global Energy Regime", www.princeton.edu

¹³² C. KÉRÉBEL, "Qu'est-ce que la gouvernance globale de l'énergie ? Les termes du débat", *préc.*, p. 25 ; M.C. SMOUTS, "Du bon usage de la gouvernance en relations internationales", *Revue internationale de sciences sociales*, n°155, mars 1998, p. 85-94 ; S. WERTZ-KANOUNNIKOFF et D. ROJAT, "Governance of Renewable Natural Resources : Concepts, Methods and Tools", *AFDI*, n°47, sept. 2007

mondiales »¹³³. Elle se caractérise par des acteurs spécifiques au secteur énergétique (A) et se matérialise dans des relations juridiques hermétiques (B).

A. Des acteurs spécifiques

Anna Maria Smolinska présente l'organisation internationale de l'énergie comme un cadre institutionnel fragmenté, dont la diversité trouve partiellement son origine dans la variété des sources d'énergie¹³⁴. Ces acteurs peuvent être classés en deux catégories, comprenant respectivement des acteurs étatiques (1) et privés (2).

1) Les acteurs étatiques

Le caractère essentiel de l'énergie conduit les États à intervenir directement dans le secteur énergétique soit de manière autonome (a), soit sous une forme concertée au sein d'organisations internationales intergouvernementales (b).

a) Les États

Les États constituent un ensemble hétérogène de la gouvernance de l'énergie et une typologie binaire peut être retenue selon qu'ils sont producteurs ou consommateurs d'énergie. Les États producteurs se caractérisent par un nombre restreint et une stabilité politique fragile, notamment pour les États exportateurs de pétrole.

Conformément au principe de « *souveraineté permanente sur les ressources naturelles* » fondé sur la résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations unies, les États sont libres de disposer de l'énergie disponible sur leur territoire¹³⁵. Par conséquent, les opérations d'exploration et d'exploitation des gisements sont régies par les lois de l'État et se traduisent dans la majorité des cas, par une propriété étatique sur les ressources du sous-sol¹³⁶. Sensibles au nationalisme pétrolier, les États producteurs tendent à durcir les conditions d'accès à la ressource.

Les États consommateurs constituent une seconde catégorie d'acteurs de la gouvernance globale de l'énergie. Elle présente un caractère hétérogène dans la mesure où leurs intérêts entrent en concurrence pour l'accès à la ressource¹³⁷. Trois zones principales peuvent être distinguées comprenant les États-Unis, l'Union européenne, et l'Asie, absorbant à elles seules plus de la moitié

¹³³ C. KÉRÉBEL, " Qu'est-ce que la gouvernance globale de l'énergie ", *préc.*, p.33.

¹³⁴ A.M. SMOLINSKA, "Les organisations internationales et l'énergie", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.125-137

¹³⁵ Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, " Souveraineté permanente sur les ressources naturelles ", 14/12/1962

¹³⁶ P. NOËL, "Le régime juridique international des investissements pétroliers de la souveraineté nationale au marché mondial", *CEPMLP*, n°7, 11/10/2000 ; S. ENTEZARI et K. DALLAYEVITCH, "Petroleum Law of Turkmenistan", *CEPMLP*, n°44, 1999 ; les États-Unis font exception à la règle en reconnaissant la propriété de la ressource au propriétaire du sol mais le principe ne s'applique pas aux ressources présentes dans le sous-sol des "terres fédérales" et celles contenues dans les fonds sous-marins du plateau continental, propriété de l'État fédéral américain. : S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques : Tome 1, Les clés pour comprendre, préc.*, p. 131s.; J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie, préc.*, p.92

¹³⁷ C. KÉRÉBEL, "Quelle gouvernance pour les marchés du pétrole et du gaz", in C. KÉRÉBEL et J. H. KEPPLER, *La gouvernance mondiale de l'énergie*, UCL Presses universitaires de Louvain, 2009, p. 43 s.

Le droit économique de l'énergie (droit international)

de la production mondiale de pétrole, soit 10 à 14 millions de barils par jour¹³⁸. Ces États se caractérisent par une situation de dépendance croissante pour leurs approvisionnements en hydrocarbures.

Le Japon a nourri sa remarquable croissance économique d'après-guerre par une importation quasi-totale de ses besoins en pétrole, en gaz et en charbon. De la même manière, les États-Unis ont construit leur économie sur des ressources énergétiques nationales bon-marché à compter du milieu du XIX^e siècle, puis développé l'usage de l'énergie nucléaire après la seconde guerre mondiale. Cette situation conduit à une consommation par habitant deux fois supérieure à celle d'un européen.

A l'inverse, un chinois consomme huit fois moins d'énergie qu'un américain mais l'adoption d'un modèle calqué sur l'occident conduirait à une pénurie énergétique mondiale, faute de pouvoir assurer des approvisionnements suffisants. En effet, le bouquet énergétique chinois se caractérise par une importante pollution induite par le charbon et le plutonium. L'Inde constitue un cas similaire puisque sa population devrait rattraper celle de la Chine en 2030 avec 1,4 milliards d'habitants.

Le Brésil se distingue des précédents États par des consommations énergétiques reposant à près de la moitié sur des énergies renouvelables, avec une prédominance de la production hydroélectrique à hauteur de 85% tandis que plus de 80% des voitures sont compatibles à l'éthanol¹³⁹.

Le caractère mondialisé et conflictuel des États pour accéder aux sources d'énergie se traduit par des regroupements, dans des organisations internationales intergouvernementales.

b) Les organisations intergouvernementales de l'énergie

Dans le secteur énergétique, les regroupements étatiques sont marqués par l'intergouvernementalité, par une prise de décision par consensus et l'absence de pouvoir décisionnaire autonome.

L'Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP) fut créée en 1960 par l'Arabie Saoudite, l'Iran, l'Irak, le Koweït et le Venezuela pour représenter les intérêts des pays producteurs de pétrole¹⁴⁰. Elle compte treize États membres et constitue le plus important cartel de pays producteurs en détenant plus de 75% des réserves mondiales de pétrole¹⁴¹. L'organisation a pour mandat de coordonner les politiques de production afin de stabiliser les prix du pétrole et assurer un revenu régulier à ses membres. Elle trouve son origine dans une pression exercée dans les années 1950 par les compagnies pétrolières multinationales pour imposer une diminution des prix. Son efficacité fut redoutable lors du choc pétrolier de 1973 en permettant un quadruplement du prix du pétrole qui se confirmait au début des années 1980 lorsque le prix restait élevé alors que la demande

¹³⁸ J.-M. CHEVALIER, *Les cents mots de l'énergie, préc.*, p. 55

¹³⁹ F.O. LICHTS, "Industry Statistics: 2010 World Fuel Ethanol Production". Renewable Fuels Association, 2011

¹⁴⁰ P. COPINSCHI, " Que reste-t-il du pouvoir de l'OPEP aujourd'hui ? ", *Questions internationales*, n° 2, juillet-août 2003

¹⁴¹ Les États membres de l'OPEP sont l'Arabie Saoudite, l'Iran, l'Irak, le Koweït, le Venezuela, le Qatar, la Libye, les Émirats arabes unis, l'Algérie, le Nigeria, l'Équateur, le Gabon, et l'Angola.

L'encadrement du prix de l'énergie

diminuait ou stagnait en raison de la crise économique mondiale¹⁴². L'OPEP imposa un prix de référence du pétrole jusqu'en 1988 dénommé « *Arabian light* ». L'intervention de nouveaux acteurs, notamment financiers, conduit à limiter son influence dans la fixation de quotas de production. Institution historique du secteur de l'énergie, son rôle est désormais relativisé du fait de divergences internes depuis 1983, peinant ainsi à faire respecter ses décisions¹⁴³. De plus, l'Organisation ne concourt qu'à 43% de la production mondiale de pétrole du fait de l'absence de la Russie, des États de la région de la mer Caspienne et du Brésil¹⁴⁴.

Le Forum des pays exportateurs de gaz (FPEG) est une instance de dialogue créé en 2001 à l'initiative de la Russie et de l'Iran pour défendre les intérêts des États exportateurs de gaz naturel¹⁴⁵. Il a pour mandat de représenter l'intérêt de ses membres, renforcer leur collaboration, promouvoir le dialogue avec les pays consommateurs et constituer un lieu d'échange d'informations et d'expériences. Contrairement à l'OPEP, il ne dispose pas de compétence pour contrôler les prix et les quotas de production. Le processus se manifeste dans des conférences ministérielles annuelles et itinérantes. Le FPEG tire sa légitimité dans le fait que les États partis représentent 70% des réserves mondiales de gaz, bien que d'importantes nations telles que la Norvège ne disposent que d'un statut d'observateur, voire en sont exclues dans le cas de l'Australie, du Canada et des pays Bas. Les intérêts divergents entre ses membres conduisent à rejeter sa qualification d'« *OPEP du gaz* »¹⁴⁶. Bien que le FPEG dispose d'une influence potentielle dans les années à venir, il ne semble pas pour l'instant influencer le marché gazier¹⁴⁷.

Pour contrer une OPEP hégémonique, les États consommateurs se sont regroupés au sein de l'Agence internationale de l'énergie (AIE), à l'initiative des États Unis suite à l'échec d'une politique coordonnée des États lors du premier choc pétrolier¹⁴⁸. Elle constitue une organisation internationale autonome de l'OCDE, fondée sur le Programme international de l'énergie signé le 18 novembre 1974¹⁴⁹. Elle comprend vingt-huit membres exclusivement issus de l'OCDE et son secrétariat est situé à Paris. Elle a pour mission d'assurer la sécurité des approvisionnements en cas

¹⁴² P. COPINSCHI, " Le rôle de l'Organisation des pays exportateurs de pétrole ", La documentation française, 2008

¹⁴³ D. VICTOR, S. JOY ET N. VICTOR, " The Global Energy Regime ", *préc.* ; K. MATTHIES, " Marktmacht OPEC ", *Jahrbuch Internationale Politik 2005/2006 : Weltverträgliche Energiesicherheitspolitik*, Oldenbourg/DGAP, 2008, p. 253-258.

¹⁴⁴ C. KEREBEL, " Quelle gouvernance globale pour les marchés du pétrole et du gaz ? ", *préc.*, p. 53 ; BP, *Statistical Review of World Energy*, juin 2008 ; AIE, *Response System for Oil Supply Emergencies*, 2007

¹⁴⁵ www.gecforum.org

¹⁴⁶ C. FLYNN et E. DYER, " A Tale of Two Hemispheres: The Creation of a Gas Cartel v the Commoditisation of Gas ", *The International Comparative Legal Guide to Gas Regulation 2008*, 2008, p.1-4, www.iclg.co.uk ; V. SOCOR, "A Russian-led "OPEC for Gas"? Design, Implications, Countermeasures", *Lithuanian Foreign Policy Review*, n° 20, 2008, p.112-119 ; D. FINON, " La Russie et l'«OPEP du gaz» : vraie ou fausse menace ? ", *Russie. Nei. Visions*, IFRI Centre Russie/NEI, n° 24, novembre 2007 ; H. HALLOUCHE, " The Gas Exporting Countries Forum: Is it really a Gas OPEC in the Making ? ", *Oxford Institute for Energy Studies*, n° 13, juin 2006

¹⁴⁷ D. VICTOR, A. JAFFE et M. HAYES, *Natural Gas and Geopolitics : From 1970 to 2040*, Cambridge University, Cambridge, 2006, p.478

¹⁴⁸ R. KEOHANE, *After Hegemony : Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 1984, p. 224 ; R. SKINNER, "Energy Security and Producer-Consumer Dialogue : Avoiding a Maginot Mentality", document de travail pour le colloque du gouvernement canadien sur l'énergie Energizing Supply : Oil and Gas Investment in Uncertain Times, Ottawa, Canada, 28 octobre 2005, p.3, www.oxfordenergy.org.

¹⁴⁹ Accord relatif à un programme international de l'énergie signé en 1974, 19/11/1974, l'accord consolidé est disponible sur le site internet de l'AIE : www.iea.org ; voir également les nouveaux objectifs partagés (« *shared goals* ») signés par les ministres de l'énergie des pays membres le 04/06/1993

Le droit économique de l'énergie (droit international)

de rupture temporaire et d'influencer le prix des énergies. La sécurisation des approvisionnements s'effectue selon son traité fondateur par l'obligation pour ses membres de constituer des stocks stratégiques obligatoires de 90 jours, des mesures de restriction de consommation en cas de crise, et un système de partage d'urgence si les approvisionnements d'un pays membre chutent de plus de 7%. Elle impacte le prix des énergies par des publications mensuelles sur le marché de l'énergie (offre, demande, stocks...) et annuelles dans le *World Energy Outlook*. Initialement spécialisée dans le pétrole, le mandat de l'AIE s'est progressivement étendu à d'autres sources telles que le gaz, le charbon, l'uranium et les énergies renouvelables. La qualification de « *club des États consommateurs* » tend à disparaître au motif que 74% de la demande d'énergie devrait provenir d'ici 2030 des États en développement non membres de l'OCDE, contre seulement 20% pour les pays de l'OCDE¹⁵⁰.

L'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) est une organisation placée sous l'égide des Nations Unies en vue « *d'accroître la contribution de l'énergie atomique à la paix, la santé et la prospérité dans le monde entier* »¹⁵¹. Elle a donc à la fois un rôle de promotion et d'assistance dans le domaine de l'énergie nucléaire par l'adoption de normes techniques, des lignes directrices et des codes de conduite présentant un caractère contraignant en cas de reprise dans des traités internationaux tels que ceux sur la non-prolifération, de Tlatelolco et de Rarotonga¹⁵². Mais contrairement au secteur militaire où elle dispose d'inspecteurs permettant de s'assurer que les États respectent l'interdiction de développer l'arme atomique, l'AIEA n'a qu'un rôle d'observateur dans le domaine des installations nucléaires civiles¹⁵³. De plus, elle est critiquée par les pays en développement pour son « *directoire des possédants* » et pour le fait que ses recherches ne leur profitent que dans des domaines extrêmement limités¹⁵⁴.

L'Agence internationale des énergies renouvelables (IRENA) a notamment pour objectif de pallier aux dysfonctionnements économiques du secteur énergétique, mais sa vocation prioritairement environnementale conduit à l'étudier dans un prochain chapitre consacré à cet effet.

Les relations inter-étatiques se matérialisent donc dans des rapports de forces, partiellement exercés sous l'influence d'organisations internationales. Elles se complexifient par une influence particulièrement prégnante des acteurs privés.

2) Les acteurs privés

Les sociétés influencent les marchés de l'énergie de deux manières complémentaires : physiquement par une maîtrise directe sur la ressource (a), et indirectement par sa financiarisation (b).

¹⁵⁰ IEA, *World energy outlook*, 2007

¹⁵¹ J.-M. RAINAUD, *L'Agence internationale de l'énergie atomique*, A. Colin, Paris, 1970 ; T. WÄLDE, "The role of selected international agencies in the formation of international energy law and policy towards sustainable development", *préc.*, p.185 s. ; statuts de l'AIEA, art. II

¹⁵² Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, 01/07/1968 ; Traité de Tlatelolco visant à l'interdiction des armes nucléaires en Amérique Latine, 14/02/1967 ; Traité de Rarotonga sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud et de ses trois protocoles, 06/08/1985

¹⁵³ C. KROLIK, *El desastre nuclear en Japon: una mirada desde el Derecho Energetico*, Universidad Nacional del litoral, Santa Fe, Conférence, 05/05/2011

¹⁵⁴ J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire, préc.*, p. 66-72

a) Les multinationales de l'énergie

L'histoire du marché international du pétrole est dominée par sept multinationales composées d'Exxon-Mobil, Shell, BP, Total, Chevron, ENI et Conoco-Philips¹⁵⁵. Elles font écho à la domination historique des « sept sœurs » composées de la Standard Oil of New Jersey (devenue Exxon), la Standard Oil of New York (fusion de Mobil et Exxon en 1998), la Standard Oil of California (Chevron), Gulf (rachetée en 1984 par Chevron), Texaco (absorbée en 2001 par Chevron), Anglo-Persian Oil Company (APOC, devenue British Petroleum en 1954) et Royal Dutch Shell¹⁵⁶. Leur essor s'expliquait originellement par l'absence d'évaluation de la rente pétrolière par les dirigeants des États producteurs, contribuant à l'octroi de permis d'exploration et d'exploitation sur de vastes territoires à un prix dérisoire. A titre d'exemple, William Knox d'Arcy obtint du Shah d'Iran en 1901, une concession de soixante ans couvrant la totalité du pays¹⁵⁷. Elle s'est poursuivie sous la forme d'un cartel illégal, à l'origine d'une norme informelle : la « *lex petrolea* »¹⁵⁸. Elle se caractérisait par la fixation d'un prix de vente du pétrole en quelque endroit du monde, par référence au cours du pétrole brut du Golfe du Mexique, majoré d'un fret fictif entre le Texas et l'État producteur.

Les accords d'Achnacarry issus d'une réunion des dirigeants des sociétés pétrolières au château d'Achnacarry en Écosse, à l'occasion d'une partie de chasse au coq de bruyère, perpétuèrent cette domination. Cette rencontre marquait en réalité la naissance d'un cartel international du pétrole, où les dirigeants des multinationales s'engageaient à maintenir la répartition existante des marchés, une entente sur la détermination des prix, et une régulation de la production.

L'absence de cadre juridique international contribua à l'entretien de cette pratique secrète pendant plus de trente ans. En effet, malgré les premières régulations apparues aux États-Unis en 1935 avec le *Public Utility Act* et en 1938 dans le *Natural Gas Act*, près de vingt ans auront été nécessaires à compter de ces lois pour révéler les secrets de la *lex petrolea* dans un rapport intitulé *The international Cartel*¹⁵⁹. Grâce à ce système, les multinationales pétrolières ont contrôlé 95% de la production du Moyen-Orient jusqu'en 1972. Cependant, leur influence s'est progressivement estompée par la concurrence de sociétés étatiques.

De puissantes compagnies pétrogazières nationales se sont développées suite à une vague de renationalisation fondée sur la résolution 1803, pour faire face à l'hégémonie des sociétés privées¹⁶⁰. Elles ont permis une redistribution du pouvoir puisque si les multinationales disposaient en 1970 d'un accès illimité à 85% des réserves mondiales, elles n'en exploitent désormais plus que

¹⁵⁵ « Une multinationale est une entreprise, firme, société dépassant le cadre national, soit parce qu'elle exerce des activités dans plusieurs pays, soit qu'elle dispose de capitaux de caractère plurinational, soit que sa direction soit assurée par un état-major composé de personnes de différentes nationalités, ces diverses caractéristiques pouvant être cumulées » : R. GUILLIEN et J. VINCENT (DIR.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^e éd., 2005

¹⁵⁶ P. DAVIES, "The Changing World Petroleum Industry - Bigger Fish in a Larger Pond", *CEPMLP*, n° 6, 19/06/2000

¹⁵⁷ J.- M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie*, préc., p. 96

¹⁵⁸ R DOAK BISHOP, "International Arbitration Of Petroleum Disputes: The Development Of A 'Lex Petrolea'", *CEPMLP*, n° 2, 2000

¹⁵⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION, *The International Petroleum Cartel*, United States Senate, August 1952 ; J. D. DAVIS, *Blue Gold: The Political Economy of Natural Gas*, Allen & Unwin, 1984

¹⁶⁰ P. STEVENS, "National Oil Companies: good or bad? A literature Survey", *CEPMLP*, n° 14, 27/08/2004

7%¹⁶¹. Les deux tiers des réserves mondiales de pétrole sont actuellement contrôlées par des compagnies d'États producteurs, la première société privée n'arrivant qu'en seizième position¹⁶². Le *financial Times* recense ainsi « sept nouvelles sœurs » composées de sociétés d'État constituées d'Aramco en Arabie Saoudite, Gazprom en Russie, CNPC en Chine, NIOC en Iran, PDVSA au Venezuela, Petrobras au Brésil, Petronas en Malaisie¹⁶³. Cette situation renforce l'influence des États producteurs dans la gouvernance globale de l'énergie. Néanmoins, elles sont à leur tour concurrencées par des sociétés exploitant d'autres sources d'énergie.

L'apparition de nouvelles compagnies énergétiques résulte de l'ouverture à la concurrence des marchés de l'électricité et du gaz aux États-Unis et en Europe, conduisant à un vaste mouvement de fusion, contribuant à la domination de quelques grands acteurs comme E.ON, RWE-VEW, EDF, GDF-Suez, EnBW, et Edison. Ces concentrations impliquent un contrôle attentif des autorités de régulation afin d'éviter les ententes et les abus de position dominante sur des marchés extrêmement complexes¹⁶⁴.

En complément des activités traditionnelles, des sociétés interviennent dans le secteur énergétique par les marchés financiers.

b) Les sociétés financières

Le marché financier de l'énergie complète le marché physique depuis les années 1990, introduisant de nouveaux acteurs dans la gouvernance globale. Les sociétés financières sont essentiellement composées de banques d'affaires, de sociétés et de fonds d'investissement¹⁶⁵. Leur intérêt pour l'énergie résulte d'un appel des acteurs tant producteurs que consommateurs pour se prémunir des risques d'instabilité des prix de l'énergie. Ce mécanisme est particulièrement utilisé par les compagnies de transport, aériennes notamment, consistant à acheter à terme la totalité des besoins en énergies pour le mois ou pour l'année, à un prix déterminé à l'avance auprès d'une société financière. Le « *marché papier* » complète ainsi le « *marché physique* » de l'énergie.

Cette financiarisation conduit à un intérêt croissant des sociétés de *trading* pour l'énergie qui ont pour objet d'acheter et de revendre des titres financiers dans un intérêt spéculatif. Ces nouveaux acteurs jouent un rôle déterminant dans la formation du prix de l'énergie puisqu'ils sont à l'origine de plus de la moitié des transactions internationales et que ce chiffre ne cesse de croître¹⁶⁶. La possibilité pour une cargaison de passer entre plusieurs mains entre l'expédition et la réception des matières énergétiques pose également un problème pour déterminer le responsable en cas de pollution maritime. Leur intervention tend enfin à diversifier la gouvernance globale de l'énergie, complexifiant davantage les relations juridiques.

¹⁶¹ NATIONAL PETROLEUM COUNCIL, *Facing the Hard Truths about Energy*, Washington DC, 2007

¹⁶² C. KEREBEL, " Quelle gouvernance globale pour les marchés du pétrole et du gaz ? ", *préc.*, p.44

¹⁶³ C. HOYOS, " The New Seven Sisters: Oil and Gas Giants that Dwarf the West's Top Producers ", *Financial Times*, 12/03/2007

¹⁶⁴ J. -M. CHEVALIER, *Les cents mots de l'énergie*, *préc.*, p. 86

¹⁶⁵ S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques : Tome 1, Les clés pour comprendre*, *préc.*, p.211

¹⁶⁶ F. LASSERRE, " What Are the Key Drivers for Oil Prices ? ", présentation à l'Ifri Energy Breakfast Roundtable, Bruxelles, 20/12/2007.

B. Des relations juridiques

Outre la multiplication des acteurs et la dilution des pouvoirs, l'absence de maîtrise du prix de l'énergie trouve sa source dans la particularité des relations, caractérisées par l'informalité (1) et la singularité du régime juridique applicable (2).

1) Un cadre institutionnel informel

La gouvernance globale de l'énergie se formalise dans le cadre d'instances sectorielles (a) aux compétences insuffisantes pour réguler le prix international de l'énergie (b).

a) Des instances sectorielles

Trois instances internationales tendent à réunir la gouvernance globale de l'énergie. Le Conseil mondial du pétrole est un forum de discussion créé en 1933 pour l'exploration et la production pétrolières¹⁶⁷. Il réunit soixante États représentant 90% de la production mondiale de pétrole et de gaz. Sa compétence s'est progressivement étendue à d'autres énergies, aux nouvelles technologies et à l'environnement. Il dispose d'un secrétariat basé à Londres et de comités nationaux dans chaque État membre. Un Conseil se rassemble annuellement alors qu'un Congrès mondial itinérant se tient tous les trois ans. Il a pour objet d'échanger des informations sur la production d'hydrocarbures, la bonne gouvernance et la transparence. Il est cependant dénué de compétence décisionnelle et aucune position officielle n'est prise à l'issue des débats.

Le Forum international de l'énergie (FIE) est issu d'une initiative franco-vénézuelienne réunissant à Paris en 1991, les ministres de l'énergie des pays importateurs et exportateurs de pétrole¹⁶⁸. Il constitue une instance de discussion réunissant tous les deux ans de manière itinérante les ministres de l'énergie, et dispose d'un secrétariat permanent à Riyad en Arabie Saoudite. Spécialisé sur les questions pétrolières, il s'est progressivement étendu au gaz. Composé d'environ quatre-vingt États, il permet un dialogue entre les États producteurs et consommateurs, développés et en développement. Le FIE constitue une enceinte incontournable de la gouvernance globale de l'énergie du fait de sa bonne représentativité et du dialogue entretenu avec les compagnies pétrogazières privées et les États producteurs.

Le Conseil mondial de l'énergie est une ONG à but non-lucratif réunissant depuis 1923 les principaux acteurs du secteur énergétique. Il réalise des projections sur de multiples thèmes comme le prix de l'énergie, l'impact environnemental des activités énergétiques et la précarité énergétique. Il comprend des coordinateurs régionaux ainsi que des Comités nationaux dans plus de cent États. Il s'organise dans une assemblée exécutive, composée de représentants de tous les comités membres mais n'adopte pas de règles contraignantes.

La sectorialité et l'informalité des lieux de rencontres de la gouvernance de l'énergie conduisent Cécile Kérébel à constater qu' « *il n'existe pas aujourd'hui d'architecture cohérente de gouvernance du commerce mondial du pétrole et du gaz naturel. Au regard de la fragmentation et*

¹⁶⁷ C. KEREBEL, "Quelle gouvernance pour les marchés du pétrole et du gaz", *préc.*, p. 51-52

¹⁶⁸ J.H. KEPPLER et C. SCHÜLKE, "Investir dans le secteur de l'énergie : une question de gouvernance", in C. KEREBEL et J. H. KEPPLER, *La gouvernance mondiale de l'énergie*, UCL Presses universitaires de Louvain, 2009, p. 156

de l'hétérogénéité de l'architecture en place, il paraît plus opportun de parler de gouvernances (au pluriel) des marchés pétrolier et gazier »¹⁶⁹. Cette situation a pour conséquence directe l'absence de régulation juridique internationale du prix de l'énergie.

b) L'absence de régulation internationale du prix de l'énergie

Pour Jean-Marie Chevalier, le marché de l'énergie est « *politiquement régulé* » et se singularise dans des rencontres informelles¹⁷⁰. Les mesures adoptées par ses membres sont en principe secrètes ou font l'objet de communiqués de presse laconiques. Chaque membre influe sur les prix de l'énergie mais aucun n'est suffisamment représentatif et dominant pour intervenir au nom de tous. Ces considérations sont renforcées par l'absence d'organisation internationale dotée de pouvoir coercitif, les acteurs préférant coopérer dans des cadres informels et volontaires.

Ces propos n'appellent pas nécessairement un cadre juridique contraignant sur le prix de l'énergie. En effet, la régulation juridique ne constitue qu'une solution parmi d'autres et le recours à la norme ne se justifie pas systématiquement. Celle-ci n'est légitime que si les coûts qu'elle entraîne sont inférieurs aux solutions alternatives ou pour faire face aux imperfections du marché telles que les externalités négatives ou les comportements de passagers clandestins. Dès lors, une analyse économique devrait préalablement être réalisée en vue de déterminer les modalités les plus adéquates pour concourir à un prix juste de l'énergie, dans un marché apte à satisfaire des intérêts généraux¹⁷¹.

Cependant, l'histoire démontre que l'absence de régulation peut entraîner des hausses vertigineuses du prix des énergies subséquemment suivies d'une baisse tout aussi violente. L'absence de planification conduit à de fortes fluctuations, certains acteurs financiers notamment, traduisant une préférence pour des choix de court terme alors qu'une stratégie de long terme contribuerait à un prix plus stable de l'énergie. L'absence de coordination est également propice à des pratiques de corruption et de marchandage politique dans l'octroi des contrats d'exploration et d'exploitation¹⁷².

De plus, faire reposer la régulation du marché de l'énergie sur des législations nationales est une source d'ineffectivité du droit, le cas de l'oléoduc Tchad-Cameroun traduisant ces insuffisances¹⁷³. En juin 2000, le gouvernement tchadien, la Banque mondiale et un consortium de compagnies pétrolières conclurent un accord sur les recettes issues des champs pétroliers du Tchad méridional selon un système inédit de répartition : 80% devaient être attribués aux secteurs prioritaires dans la lutte contre la pauvreté (éducation, santé, agriculture), 15% au budget général et 5% à la région de Doba, productrice du pétrole. Un collège de neuf « *sages* » tchadiens devait contrôler la bonne utilisation des fonds destinés à la réduction de la pauvreté. Le développement des conflits au Tchad et l'approche du scrutin présidentiel ont conduit le président Déby à l'adoption d'une loi modifiant le partage des revenus pétroliers, supprimant le fonds pour les générations

¹⁶⁹ C. KEREBEL, "Quelle gouvernance globale pour les marchés du pétrole et du gaz ?", *préc.*, p. 108

¹⁷⁰ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie, préc.*, p.313

¹⁷¹ F. LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, La découverte, 2004

¹⁷² C. KEREBEL, "Quelle gouvernance pour les marchés du pétrole et du gaz", *préc.*, p. 12

¹⁷³ "Tchad, la malédiction de l'or noir", *Le monde*, 17/03/2006

L'encadrement du prix de l'énergie

futures et l'affectation de 65% des recettes à des « *secteurs prioritaires* » tels que la sécurité et la justice, 30% au budget général et 5% pour la région productrice. Cette situation amena la Banque mondiale à bloquer ses prêts au gouvernement Tchadien.

Par conséquent, si l'intervention de la norme internationale ne s'impose pas *ipso facto* pour encadrer le prix de l'énergie, elle s'avère nécessaire pour garantir la transparence des échanges, préalable nécessaire à un fonctionnement optimum du marché. Or, cet encadrement demeure récusé par la gouvernance globale de l'énergie.

2) Un cadre juridique précaire

Le régime juridique des marchés de l'énergie se caractérise par l'opacité (a). Cependant, des initiatives innovantes se mettent en place pour contribuer à leur transparence (b).

a) Le principe de l'opacité

Selon Georges Burdeau il n'y a « *pas de société sans règles, pas de règles sans pouvoir* »¹⁷⁴. Or, la gouvernance globale de l'énergie se singularise par l'absence de régime juridique de droit international. Par conséquent, les législations nationales s'appliquent et le cas échéant le droit international privé pour déterminer la loi ou la juridiction compétente¹⁷⁵. Cette complexité engendre des opportunités de manipulation des prix, des études démontrant que les producteurs et courtiers parviennent à fausser les prix du marché dans de nombreux États¹⁷⁶. Elle est également propice aux situations de *forum shopping*, matérialisées dans le transport maritime d'énergie par des pavillons de complaisance dont la situation peut s'avérer préjudiciable en cas de marées noires¹⁷⁷. Elle se combine à une insuffisance générale en termes d'obligations de transparence des législations nationales, soit par l'absence d'une autorité suffisante pour imposer de telles mesures, soit parce que les États n'ont pas intérêt à dévoiler leurs ressources. Les législations des États consommateurs se révèlent généralement plus exigeantes afin de renforcer la sécurité de leurs approvisionnements et la confiance des investisseurs¹⁷⁸. Cependant, elles se heurtent à une asymétrie d'information entre les entités productrices et consommatrices¹⁷⁹. De plus, ces carences juridiques se combinent à des insuffisances factuelles.

En effet, une autre particularité du secteur des énergies minières résulte de l'incertitude concernant les réserves prouvées. La situation résulte du concept élastique de « *réserves récupérables* », dépendant de la géologie, de la technique et des prix. Des technologies d'information satellitaire telles que le *Digital Oil Field of the Future* permettent de réduire cette

¹⁷⁴ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, LGDJ, vol. 1, 1949

¹⁷⁵ S. POILLOT PERUZZETTO et I. RUEDA, "Domaine et méthode du droit international privé", *UNJF*, 01/09/2009, www.unjf.fr

¹⁷⁶ S. MÉRITET, "L'émergence du pouvoir de marché dans les marchés électriques", série économie de l'énergie, *Économies et sociétés*, 2003

¹⁷⁷ S. MALJEAN-DUBOIS, "Organisation internationales", *JCI Dt. int.*, 22/11/2005, D). Quelles perspectives pour la "gouvernance internationale de l'environnement" ?

¹⁷⁸ Voir à ce titre la Federal Energy Regulatory Commission des États Unis, www.ferc.gov

¹⁷⁹ J. L. RULLIÈRE, *Essai sur la logique économique de la négociation*, Université Aix-Marseille III, thèse de doctorat en sciences économiques, 1987 ; M. VUILLOD et D. KESSELMAN, *La négociation de projet : des objectifs à la réalisation*, Technip, 2004

incertitude¹⁸⁰. Les difficultés tiennent également au fait que les acteurs de la gouvernance globale de l'énergie se focalisent sur des intérêts de court terme. De multiples intervenants sur les marchés financiers n'ont pas d'intérêt à adopter une stratégie de long terme. Cette propension pour le court terme se vérifie concernant les compagnies productrices de pétrole. Alors que l'AIE évalue à plus de 20 000 milliards de dollars les investissements à réaliser au cours des deux prochaines décennies, les principales compagnies pétrolières et gazières ont gelé leurs investissements à cause du coût croissant d'exploitation de nouveaux gisements et lors de baisses du prix des énergies. Cette situation était manifeste lorsque le prix du pétrole était inférieur à 10 dollars le baril à la fin des années 1990. La conjonction du sous-investissement et d'une demande croissante d'énergie est donc susceptible de conduire à un nouveau choc pétrolier¹⁸¹. Pourtant, ces difficultés pourraient être résolues par des normes internationales favorables à la transparence.

b) L'ouverture à la transparence

Des règles innovantes matière de transparence émergent progressivement dans l'ordre juridique international. La *Joint Oil Data Transparency Initiative* (JODI) est issue d'un traité multilatéral institué par six organisations internationales et trouve son origine dans l'opacité des données relatives aux réserves pétrolières¹⁸². Elle vise à améliorer la transparence et l'accès à ces informations et se traduit par la publication de statistiques mensuelles réparties en sept catégories¹⁸³. Elle est coordonnée depuis 2005 par le *Forum international de l'énergie*. Alors que 95% des participants renseignent ces données, elles restent de faible qualité du fait de la dissimulation des chiffres réels pour des motifs économiques ou politiques¹⁸⁴.

L'*Initiative de transparence sur les industries extractives* (ITIE) est un accord international institué à l'initiative de la Grande Bretagne lors du sommet de Johannesburg sur le développement durable¹⁸⁵. Elle est composée de 24 pays producteurs, 38 compagnies et de quelques ONG telles que *Publish What You Pay* et l'*Open Society Institute*. Elle est soutenue par le G8 et la Banque mondiale. Des conférences organisées tous les deux ans sont orientées par l'« *EITI Board* » qui se réunit deux à trois fois par an. L'ITIE consiste à faire publier par les pays producteurs d'énergie, les revenus perçus par les compagnies extractives. En promouvant la transparence, elle vise à empêcher le versement de commissions occultes lors de la conclusion de contrats d'exploitation. Ces vérifications s'effectuent par le croisement entre les revenus déclarés par l'état producteur et la compagnie. La Banque mondiale propose un renforcement du dispositif en contrepartie d'une

¹⁸⁰ CERA, *Digital Oil Field of the Future (DOFF)*, étude multiclient, 2003 ; D. YERGIN, "Export and Trade Promotion of the United States Senate Committee on Foreign Relations", Discours devant le Subcommittee on International Economy Policy, 08/04/2003

¹⁸¹ J. M. GAUTHIER, " Comment se prépare le prochain choc pétrolier ? ", *Les échos*, 20/05/2009

¹⁸² Les six organisations soutenant JODI sont l'AIE, l'APEC (l'Association de coopération économique Asie-Pacifique), Eurostat (l'organisme européen de statistiques), l'OLADE (l'Organisation latinoaméricaine de l'énergie), l'OPEP et l'UNSD (la Division des statistiques des Nations unies).

¹⁸³ Constituent les sept catégories de la JODI: production, imports/exports, stocks, évolution des stocks, demande en pétrole pour le raffinage, produits raffinés, demande en pétrole. www.jodidata.org

¹⁸⁴ FMI, " Will the Oil Market Continue to Be Tight ? ", *World Economic outlook : Globalization and External Imbalances*, avril 2005, p. 172-173 ; C. HOYOS et J. BLAS, " Dark Art of Assessing Oil Production Cuts ", *Financial Times*, 28/12/2008.

¹⁸⁵ J. SCHUMACHER, "Introducing Transparency into the Oil Industry - the Quest for EITI", *CEPMLP*, n°15, 16/12/2004

L'encadrement du prix de l'énergie

assistance technique des États producteurs dans le domaine de la gestion des gisements d'exploitation, de la qualité rédactionnelle des contrats, du suivi des opérations, et du recouvrement des impôts et des redevances¹⁸⁶. Cependant, la pratique peine à évoluer en ce sens, la situation étant illustrée par l'exclusion de BP au Soudan, remplacée par des entreprises d'État chinoises, malaisiennes et indiennes suite à la divulgation en 2001 du versement d'un « *bonus de signature* » de cent millions de dollars¹⁸⁷.

Un Sommet réunissant les acteurs de la gouvernance globale de l'énergie s'est tenu à Djedda en juin 2008, sur l'invitation du roi Abdullah d'Arabie Saoudite, afin de répondre au problème de l'envolée des prix du pétrole. Il comprenait des pays producteurs et consommateurs, sept organisations internationales, et les compagnies pétrolières. Son originalité réside dans le fait qu'il constitue le premier échange global et spontané dans l'histoire de la gouvernance de l'énergie. Il pourrait symboliser une évolution des rapports mondiaux sur l'énergie, par la tentative de résoudre les problèmes en commun. En effet, il aboutit à une déclaration commune, sans force contraignante, appelant la nécessité de diversifier les sources d'approvisionnement, l'efficacité énergétique, la transparence du marché pétrolier, et l'accroissement des investissements¹⁸⁸. Cependant, sa portée doit être relativisée par le fait que les divergences politiques n'ont pas permis de résoudre la crise, les États de l'OCDE faisant pression pour un accroissement des quotas de production tandis que les États producteurs ignoraient ces appels. Ce sommet témoigne à la fois de la capacité des acteurs à se réunir pour discuter de problèmes communs mais aussi de l'impossibilité d'aboutir à un consensus, les intérêts de court terme s'opposant à une gestion pérenne.

La particularité de ces initiatives tient à leur caractère incitatif, volontaire et non-contraignant, et leur efficacité du système doit être relativisée. En effet, dans le cadre de l'ITIE, aucun État n'est en conformité avec la procédure de validation et seules trois compagnies ont rendu leur rapport. Cette plate-forme est davantage utilisée comme un label plutôt que comme un instrument de bonne gouvernance¹⁸⁹. Le droit économique de l'énergie souffre donc d'une absence de cadre juridique international contraignant pour encadrer les marchés de l'énergie et d'une efficacité limitée des instruments incitatifs¹⁹⁰. Cette situation conduit à fragiliser un régime juridique instable.

II. Un régime juridique

Le *think tank* néerlandais Clingendael publiait en 2004 un rapport commandité par la direction générale de l'énergie et des transports de la Commission européenne intitulé « *Study on*

¹⁸⁶ R. ZOELLICK, " A Challenge of Economic Statecraft ", Discours du président de la Banque mondiale, 02/04/2008, www.worldbank.org

¹⁸⁷ S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques : Tome 1, Les clés pour comprendre, préc.*, p. 271

¹⁸⁸ Joint Statement, Jeddah Energy Meeting, 22/06/2008, www.iefs.org.sa

¹⁸⁹ H. WILLIAMSON, " Poor Governance Can Boot a Country out of the Industry ", *Financial Times*, 28/01/2008 ; Publish What You Pay, " Un regard sur l'EITI ", Londres/New York, Publish What You Pay/Revenue Watch Institute, oct. 2006, www.revenuewatch.org

¹⁹⁰ J. MITCHELL, *Producer-Consumer Dialogue: What Can Energy Ministers Say to One Another?*, rapport du Energy Environment and Development Programme, Chatham House, nov. 2005 ; D. BOCHKAREV et G. AUSTIN, " Energy Sovereignty and Security : Restoring Confidence in a Cooperative International System ", *East West Institute Policy Paper*, n°1, 2007

Energy Supply Security and Geopolitics »¹⁹¹. Cette étude distingue deux grands types de régimes applicables au marché de l'énergie : la loi du marché (A) et la loi du plus fort (B)¹⁹².

A. La loi du marché

Les règles applicables au marché de l'énergie peuvent être classées en deux catégories : celles relatives au marché physique (1) et celles concernant le marché financier (2).

1) Le marché physique de l'énergie

Le marché physique de l'énergie porte sur les sources d'énergie et se caractérise par un système mixte constitué de contrats de gré à gré (a) et de contrats spot (b).

a) Les contrats de gré à gré

Le contrat de gré à gré est une convention dans laquelle les clauses font l'objet d'une libre discussion entre les partenaires¹⁹³. Il se matérialise dans des contrats d'approvisionnements de long terme signés entre un producteur et un utilisateur. En l'absence d'un cadre juridique international, les droits nationaux tendent vers une catégorie de convention dite « *take or pay* ». Dans ce cadre, l'acheteur s'engage à payer la marchandise, qu'il prenne ou non les quantités sur lesquelles il s'est engagé¹⁹⁴. Elle repose sur un volume des enlèvements annuels, le rythme saisonnier et la flexibilité quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle dont dispose l'acheteur.

Les contrats portent généralement sur des périodes allant de cinq à vingt ans. Ils fixent un prix de départ, ultérieurement réévalué selon les éléments majeurs du contrat. Ils comprennent souvent une clause de sauvegarde permettant la réouverture des négociations lors d'éléments indépendants de leur volonté, cette notion bénéficiant d'une acception plus large que la force majeure. Ils peuvent comprendre des clauses particulières telles que la « *clause de destination* » interdisant à l'acheteur de vendre la marchandise sur un marché autre que le sien ou une clause compromissaire permettant de recourir à l'arbitrage en cas de différend¹⁹⁵. Les contrats de gré à gré correspondent à 90% des contrats physiques de pétrole¹⁹⁶. Ces engagements portent sur le long terme, et ils ont contribué à stabiliser le prix de l'énergie et la construction d'un vaste réseau de pipelines¹⁹⁷. Cependant, ils sont désormais concurrencés par une catégorie apparue récemment : les contrats spot.

¹⁹¹ CLINGENDAEL INTERNATIONAL ENERGY PROGRAMME, *Study on Energy Supply Security and Geopolitics*, Institute for International Relations "Clingendael", The Hague, the Netherlands, January 2004.

¹⁹² United Nations, *Global Environmental Outlook 3, Past, Present and Future*, London: Earthscan Publications, 2002 ; IPPC, *Emissions Scenarios*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000 ; T. MANDERS and M. MULDER, *Long term Scenarios for Energy Markets*, paper prepared for the 26th Annual International Conference of the International Association of Energy Economics, Prague, Sczech republic, June 4-7, 2003

¹⁹³ P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 7^e. éd., 2001, n° 61, p. 43 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *droit civil - les obligations*, Dalloz, 9^e. éd., 2005, n° 73

¹⁹⁴ L'expression « *take or pay* » s'avère trompeuse, « *you don't take or you don't take, but anyhow you have to pay* » s'avèrerait plus juste: J. M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie*, préc. p.280

¹⁹⁵ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie*, préc. p.278-285

¹⁹⁶ S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques : Tome 1, Les clés pour comprendre*, préc.

¹⁹⁷ J. PERCEBOIS, " Prix internationaux du pétrole, du gaz naturel, de l'uranium et du charbon : la théorie économique nous aide-t-elle à comprendre les évolutions ? ", n°.09.02.81, 17/02/2009, www.creden.univ-montpl.fr

b) Les contrats spot

Le contre-choc pétrolier des années 1980 s'est traduit par un déclin de la demande et une augmentation de l'offre, contribuant à une réduction des prix de l'énergie et à la non-compétitivité des contrats à long terme précédemment signés¹⁹⁸. Ces circonstances ont conduit au développement des contrats spot, négociés à court terme dans le cadre de bourses de l'énergie et définis comme « *la vente d'une quantité donnée de produit donnée à enlever en un lieu, à une date et à un prix donné* »¹⁹⁹.

Le pétrole brut est ainsi coté sur le *West Texas Intermediate (WTI)*, le *New York Mercantile Exchange (NYMEX)*, le *Brent* à Londres sur l'*International Petroleum Exchange*, et le *Dubai* sur le marché de Singapour. Les produits raffinés comme l'essence et le gazole cotent sur d'autres marchés comme celui de Rotterdam. Ils représentent actuellement 10% du pétrole physique échangé et constituent un référentiel de prix pour les contrats d'approvisionnement de gré à gré. Ce phénomène tend à s'étendre au secteur gazier qui se régionalise en trois grandes zones. Le marché nord américain né au début de la seconde guerre mondiale repose sur les points de croisement de plusieurs gazoducs ou *hubs*, dont le principal : le *Henry Hub*, sert de référence. Le marché européen est plus récent et résulte du développement des infrastructures de transport gazières et de l'ouverture des marchés à la concurrence. Les *hubs* de référence sont le *National Balancing Point (NBC)* du Royaume-Uni et le marché de Zeebrugge en Belgique. Le marché asiatique regroupant le Japon, la Corée, Taïwan et la Chine est en pleine expansion et repose sur l'importation de grandes quantités de gaz naturel liquéfié (GNL)²⁰⁰.

Cette tendance s'étend progressivement à l'énergie électrique depuis l'ouverture du secteur à la concurrence dans les années 1990, en Grande Bretagne, par la création d'un *Pool*. Les pays scandinaves ont suivi la tendance par la création du *Nordpool*. En France, le marché de l'électricité et du gaz est organisé par la société Powernext, détenue par des sociétés telles que RTE, GRTgaz, EDF, GDF Suez, et Total. Cette extension des marchés de l'énergie confère une place croissante aux contrats spot.

Ce développement trouve également sa cause dans une remise en cause des contrats d'approvisionnement à long terme par la direction générale de la concurrence de la Commission européenne, privilégiant les contrats spot au nom du principe de la libre concurrence²⁰¹. Bien que ces contrats soient la source de flexibilité, ils contribuent aussi à l'instabilité des prix de l'énergie²⁰². Dès lors, un cadre juridique international pourrait être instauré en recourant à des règles communes de transparence. Cette instabilité est d'ailleurs à l'origine d'une financiarisation du marché de l'énergie.

¹⁹⁸ A. KONOPLYANIK, "World Oil Market: Back to the Epoch of Low Prices ?", *CEPMLP*, n° 5, 1999

¹⁹⁹ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie, préc.*, glossaire, p.436 ; N. CHARBIT, "L'ouverture du négoce d'électricité, exercice d'interprétation constructive", *D.*, Chron. 2962, 2001 ; S. WORMSER et PH. ZAGURY, "Le trading d'électricité en France", *JCP E*, 2002, p.949

²⁰⁰ J.-M. CHEVALIER, *Les cents mots de l'énergie, préc.*, p. 75-77

²⁰¹ Y. POZZO DI BORGIO, *Union européenne - Russie : quelles relations ?*, n°307, Sénat, 10 mai 2007.

²⁰² J. ROEBER, "The development of a UK Natural Gas Spot Market", *The Energy Journal*, vol. XVII, n° 2, 1996

2) Le marché financier de l'énergie

Des marchés financiers parallèles au marché physique de l'énergie ont émergé ces dernières décennies pour encadrer le risque de volatilité des prix de l'énergie (a), provoquant paradoxalement une instabilité de ceux-ci (b).

a) L'encadrement du risque comme objectif

Les contrats spot accroissent la volatilité des prix de l'énergie²⁰³. Ce constat conduit les acteurs financiers à prémunir les acteurs économiques de ce risque par des contrats financiers à terme également appelés « *contrats futurs* »²⁰⁴. Ils se différencient des contrats physiques en ne se traduisant pas par la livraison d'énergie. Le contrat de « *hedging* » est signé entre une société financière et un consommateur pour encadrer le risque de fluctuation du prix de l'énergie²⁰⁵. Il se distingue du « *trading* » à l'objet purement spéculatif. La banque des règlements internationaux estime à 1 500 milliards de dollars le montant des transactions quotidiennes sur les marchés financier, soit l'équivalent du PIB annuel de la France²⁰⁶. Le volume échangé sous la forme de contrats financiers est désormais trente fois supérieur aux contrats physiques, provoquant un effet d'instabilité²⁰⁷.

b) Le risque d'instabilité comme résultat

Contrairement à leur objectif initial, les instruments financiers concourent à l'instabilité des prix de l'énergie²⁰⁸. Leur place croissante dans la formation du prix de l'énergie tend à faire reposer celui-ci sur des variables telles que les réserves, la production, les stocks disponibles mais également sur des facteurs externes comme la croissance économique, les prévisions d'investissement, la météorologie²⁰⁹...

Cette instabilité est amplifiée par le manque de fiabilité des informations disponibles sur les réserves et les contrats pétroliers. Cette situation a également pour effet de réduire l'influence des producteurs pétroliers et notamment celle de l'OPEP dans l'établissement du prix de l'énergie. Ce phénomène a pu s'observer lors des annonces de réduction de la production de pétrole à la fin de l'année 2008 qui n'ont pas empêché l'effondrement du prix du baril²¹⁰. Contrairement à l'objectif

²⁰³ P. ARTHUS, P. CHALMMIN, A. AUTUME et J.-M. CHEVALIER, *Les effets d'un prix du pétrole élevé et volatil*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, 2010 ; J.-M. CHEVALIER, *Rapport sur la volatilité du prix du pétrole remis à madame Christine Lagarde le 9 février 2010*, de l'Industrie et de l'Emploi Ministère de l'Economie, 2010

²⁰⁴ La consommation mondiale de pétrole s'est réduite de près de 15% entre la fin des années 1970 et le milieu des années 1980 : C. KÉRÉBEL, "Quelle gouvernance du marché du pétrole aujourd'hui? Mécanismes, systèmes d'acteurs et rapports de force en évolution", in C. KÉRÉBEL, F. DEBROUWER, V. LABORDERIE, T. VAN DE GAFF, *La gouvernance de l'énergie en Europe et dans le monde*, UCL Presses universitaires de Louvain, oct. 2008, p.18

²⁰⁵ Le « *hedging* » consiste à couvrir les risques non désirés sur les marchés financiers ou de capitaux.

²⁰⁶ G. FUCHS et D. FEURTET, *La régulation de la mondialisation financière*, n°2476, AN, 14/06/2000

²⁰⁷ F. LASSERRE, *What Are the Key Drivers for Oil Prices ?*, présentation à l'Ifri Energy Breakfast Roundtable, Bruxelles, 20/12/2007 ; M. AYOUB et O. REYMONDON, "Les fondamentaux du marché pétrolier ont-ils changé depuis la crise financière de l'été 2007 ? ", *Revue de COE Rexecode*, n°8, juil. 2008 ; F. LASSERRE, "Ces spéculateurs qui épongent le risque", *Sociétal*, n°42, 2003

²⁰⁸ A. BELKAÏD, "Des prix livrés à la folie des marchés", *Le Monde diplomatique - Manière de voir*, n°115, Batailles pour l'énergie, fév.-mars 2011, p.43-49

²⁰⁹ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie*, préc., p. 348

²¹⁰ C. HOYOS et J. BLAS, "Opec Cut Fails to Stop Oil Price Slide", *Financial Times*, 24/10/2008

L'encadrement du prix de l'énergie

originellement recherché, la financiarisation du marché du pétrole a eu pour effet de déstabiliser le cours des énergies. La hausse du prix de l'énergie a conduit le Sénat américain à procéder à plusieurs auditions pour juger la responsabilité de spéculateurs financiers²¹¹. Le Congrès a également renforcé les systèmes de contrôle financier par la loi Sarbanes Oxley en 2002²¹². Cependant, le droit international reste largement dominé par la loi du laisser faire et déconnecté de tout objectif de régulation collective.

Le risque engendré par l'absence de cadre juridique est symbolisé par l'affaire de la société de gaz Enron, qui suite à l'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie s'est engagée dans d'intenses activités de *trading*, de spéculation et de couverture de risques, et dans des pratiques illégales de manipulation des prix pendant la crise californienne de l'électricité en 2001. Des millions de dollars ont ainsi été détournés par ses dirigeants et la société fit faillite la même année. Ce constat conduit le prix Nobel de la paix et ancien directeur de l'Agence internationale de l'énergie atomique, Mohamed ElBaradei à proposer la création d'une « *Agence globale de l'énergie* » qui aurait pour objet de stabiliser les prix de l'énergie, promouvoir l'accès à l'énergie et prévenir le changement climatique²¹³.

La loi du marché n'est cependant qu'une composante de la détermination du prix de l'énergie, également régie par la loi du plus fort.

B. La loi du plus fort

La loi du plus fort se révèle dans les rapports informels qu'entretiennent les acteurs de la gouvernance globale de l'énergie. Elle se développe en dehors de toute règle juridique et se formalise dans des relations diplomatiques (1) et conflictuelles (2).

1) Des relations diplomatiques

Les relations diplomatiques regroupent à la fois des rapprochements (a) et des pressions (b) entre les acteurs²¹⁴.

a) Des alliances stratégiques

Le coût de production d'un baril de pétrole est en moyenne de cinq euros, et inférieur à un euro dans de nombreux États. Les coûts liés à l'exploitation des produits pétroliers raffinés sont estimés à 500 milliards pour un revenu d'environ 2 000 milliards d'euros, soit un « *bénéfice* » de 1 500 milliards dont 1 000 milliards au titre des recettes fiscales²¹⁵. Ces revenus constituent de loin la première ressource de nombreux États exportateurs, contribuant à la moitié des recettes budgétaires dans le cas de l'Iran, et au trois quarts dans le cas de l'Arabie Saoudite. Cette situation conduit les États à se regrouper sous la forme de cartels dans le but de faire pencher les rapports de

²¹¹ N. MADELAINE, "Risque de « bulle » sur les matières premières", *Les échos*, 05/06/2008

²¹² J. LIEBERMAN, S. COLLINS et M. CANTWELL, "Commodity Speculation Must Be Curbed", *Financial Times*, 25/07/2008

²¹³ M. ELBARADEI, "A global agency is needed for the energy crisis", *The financial times*, 23/07/2008

²¹⁴ J.-M. CHEVALIER (DIR.), *Les Nouveaux Défis de l'énergie : climat économique et géopolitique*, Economica, 2008

²¹⁵ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie, préc.*, p.311-315

force en leur faveur²¹⁶. L'OPEP caractérise clairement ce rôle essentiel des alliances dans ce secteur.

Les accords de *Quincy* entre le président Roosevelt et le roi Ibn Saoud d'Arabie Saoudite aboutirent en 1945, à un accès privilégié aux premières ressources mondiales de pétrole par les États-Unis et à la création d'une base militaire en contrepartie d'une protection du royaume contre les menaces jordaniennes, égyptienne, iranienne et irakienne²¹⁷. Une grande partie des pétrodollars étaient ensuite recyclés dans l'industrie américaine de l'armement, de l'aéronautique et de la finance²¹⁸. La protection militaire a permis également de perpétuer la dynastie religieuse au pouvoir.

Ces alliances ne constituent pas l'apanage des États et le Cartel des « sept sœurs » démontre un phénomène similaire concernant les compagnies privées. Ces faits s'observent dans toutes les régions du monde et conduisent à des pressions politiques²¹⁹.

b) Des pressions politiques

Des exemples historiques font état de l'utilisation de l'énergie par la diplomatie comme moyen de pression²²⁰. Le 1^{er} mai 1951, le premier ministre iranien, Mohammad Mossadegh a fait voter la nationalisation des puits iraniens et l'expropriation du consortium pétrolier *Anglo-Iranian*. L'opposition britannique et le prolongement de la crise ont conduit le président Truman à envoyer Herbert Hoover junior pour remédier à la crise. La situation s'est traduite par le renversement du premier ministre le 19 août 1953, et un nouveau partage des gisements²²¹.

Le 8 décembre 1953, le président Eisenhower prononça le plan « *Atom for Peace* » devant l'Assemblée générale des Nations-Unies, pour un lancement à l'échelle mondiale de programmes de construction de centrales nucléaires. Ce discours caractérisait également une volonté des États-Unis de maintenir une avance technologique dans le domaine de l'énergie nucléaire. Elle s'est traduite par la vente de premières installations à des prix très bas et à un coût du kilowattheure garanti et inférieur à toute autre source d'énergie²²².

Le 6 octobre 1973, l'Égypte et la Syrie lancèrent une attaque sur Israël. La guerre du Kippour était justifiée par la volonté de l'Égypte de récupérer les territoires du Sinaï pris par Israël en 1967. Les États arabes exportateurs de pétrole décidèrent de restreindre immédiatement leurs exportations de pétrole, suivie d'une réduction mensuelle de 5% tant que les territoires occupés n'étaient pas été récupérés²²³.

²¹⁶ J. V. MITCHELL, "A new political economy of oil", *The Quarterly Review of Economics and Finance*, n°42, 2002

²¹⁷ S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques : Tome 1, Les clés pour comprendre, préc.*, p.141

²¹⁸ S. SINGH YADAV, "Direct Foreign Investment in Power Sector: Enron: A Case Study", *Revue de l'énergie*, n°475, fév. 1996

²¹⁹ Concernant les alliances dans la région de l'Asie: P. ANDREWS-SPEED, "Energy Security in East Asia: a European View", *CEPMLP*, 11-12/02/2003 ; P. ANDREWS-SPEED, "China's Oil Import Strategies by Philip Andrews-Speed", *CEPMLP*, n°14, 07/07/2004 ; J. NANDAKUMAR, "China's Energy Security and the Taiwan Factor", *CEPMLP*, n°15, 06/09/2004 ; C. KROLIK, "Le droit de l'énergie durable comme moyen de valoriser les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique", 2008, www.iucn.org, p. 25

²²⁰ J.-C. DEBEIR, J.-P. DELEAGE et D. HEMERY, *Les servitudes de la puissance : une histoire de l'énergie*, Flammarion, Paris, 1986

²²¹ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie, préc.*, p.112

²²² FORD FOUNDATION, *Nuclear Power: Issues and Choices*, Ballinger, 1977

²²³ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie, préc.*, 115

L'encadrement du prix de l'énergie

Le bassin de la mer Caspienne est perçu comme l'un des gisements les plus prometteurs en termes d'hydrocarbures²²⁴. Dès leur indépendance, les États bordant le territoire présentaient des ambitions d'exportation vers la Turquie, le sous-continent Indien, l'Europe et les États-Unis. Selon Olivier Roy, la Russie qui contrôlait les conduits existants s'est comportée en véritable prédateur en se réservant les clients solvables, tandis qu'elle orientait les matières énergétiques des États voisins vers de mauvais payeurs tels que l'Ukraine²²⁵. D'après négociations sont désormais en cours entre cinq États afin de déterminer si la Caspienne revêt le statut juridique d'un lac international ou d'une mer fermée²²⁶. Ce conflit fut partiellement réglé par un accord conclu entre la Russie, l'Azerbaïdjan et le Kazakhstan en 2002 mais demeure contesté par les autres États riverains²²⁷.

L'usage de l'énergie comme arme politique constitue donc un fait courant et l'absence de cadre juridique international fait prospérer ce phénomène qui s'étend aux États émergents²²⁸. L'absence de garde fou juridique peut dès lors conduire de la pression au conflit.

2) Des relations conflictuelles

Les questions énergétiques franchissent parfois le cadre diplomatique pour aboutir à un véritable conflit. Deux catégories peuvent alors être distinguées : le conflit juridique (a) et le conflit armé (b).

a) Le conflit juridique

Les antagonismes entre les États producteurs et les compagnies nourrissent les conflits juridiques dans le secteur énergétique. Ces rapports de forces se manifestent à l'occasion de la négociation des contrats qui à défaut d'encadrement international, bénéficient d'une typologie commune dont l'étude révèle les enjeux²²⁹.

Les contrats de concession de la première période de l'industrie pétrolière se matérialisaient dans un principe de « *droits acquis* », caractérisé par la propriété du concessionnaire sur la ressource extraite, moyennant une redevance dérisoire. Un contrat de concession caractéristique liait le Shah de Perse Nasr ed Din au baron britannique Julius de Reuter en 1872. Cette concession d'une durée de 70 ans recouvrait toute la Perse. Le concessionnaire disposait d'un monopole sur les chemins de fer, les routes et l'exploitation des ressources minières à l'exception de l'or, l'argent et les pierres précieuses. Le concédant recevait en contrepartie 40 000 livres sterling, 20% des bénéfices

²²⁴ R. GENTÉ, "De Brest à Vladivostok" grand jeu" autour du pétrole et du gaz", *Le Monde diplomatique - Manière de voir*, n° .115, Bataille pour l'énergie, fév.-mars 2011, p.54-63

²²⁵ O. ROY, "Caspienne : une histoire d'oléoduc, ou les illusions de la géostratégie ", *Critique internationale*, n° .8, 2000, p.36-44

²²⁶ C.P.R. ROMANO, "The Caspian Sea Dispute: The Role of International Law", *CEPMLP*, n° .5, 1999

²²⁷ F. ENCEL, "De la Caspienne au Golfe Arabo Persique : une nouvelle pétrostratégierusso-américaine", *Questions internationales*, n° .2, juil. août 2003

²²⁸ M. ÖĞÜTÇÜ et X. MA, "Growing links in energy and geopolitics China, Russia, and Central Asia ", *CEPMLP*, 12/03/2008

²²⁹ T. WÄLDE, "Contract and Enforceability in International Business: What works?", *CEPMLP*, n° .5, 1999 ; A. ZAMORA, "4th Generation Association Contracts in Colombia: Has the Model Been Exhausted?", *CEPMLP*, n° .7, 2000 ; J. W. SALACUSE, "After the Contract, What? Negotiating to work successfully with a foreign partner", *CEPMLP*, n° .3, 1998 ; P. NOËL, "Le régime juridique international des investissements pétroliers de la souveraineté nationale au marché mondial", *CEPMLP*, n° .7, 11/10/2000 ; P. STEVENS, "Saudi Arabia and the Opening of the Hydrocarbon Sector to Foreign Companies", *CEPMLP*, n° .7, 2000

Le droit économique de l'énergie (droit international)

issus des chemins de fer et 15% des autres activités. Le caractère léonin de la convention amena le Shah à renégocier l'accord afin de limiter la concession à 66 ans et disposer de 16% des bénéfices issus de l'exploitation pétrolière²³⁰. Ce type de contrat a permis aux compagnies pétrogazières de contrôler 90% de la production pétrolière mondiale lors de la première moitié du vingtième siècle. Assimilés à une méthode d'aliénation par les États producteurs, ces contrats de concession furent remplacés par trois nouveaux types destinés à une réappropriation.

Le contrat de partage de production constitue désormais le cadre le plus fréquent et le plus favorable aux compagnies²³¹. La société supporte les coûts d'exploration qui seront remboursés en cas d'exploitation. Elle est ensuite associée à la gestion du gisement dans laquelle une société nationale peut prendre une participation financière majoritaire. Des clauses flexibles précisent le partage de la production et des revenus entre les partenaires.

Les contrats de services se caractérisent par la non-association des compagnies à la commercialisation de la production et à une simple rémunération par le pays d'accueil. Les bénéfices liés à la hausse des prix de la ressource sont donc attribués à l'État et non à la compagnie.

Les contrats de *buy-back* sont attribués par des États qui interdisent aux compagnies étrangères de détenir des droits sur les ressources nationales comme l'Iran²³². Les sociétés se rémunèrent sur une partie de la production prélevée et s'engagent à l'issue d'une période déterminée d'environ sept ans, à restituer les investissements.

Les conflits juridiques pour l'accès aux ressources énergétiques se matérialisent également dans les revendications territoriales. En effet, la question des ressources énergétiques constitue une cause régulière de litige concernant la délimitation des frontières territoriales, conduisant la Cour internationale à se prononcer dans de multiples cas²³³. La saisine de la CIJ permet donc une résolution des différends, mais dans de nombreux cas, les conflits demeurent latents, à l'instar du conflit entre la Chine, Taiwan et le Vietnam concernant la chaîne des Spratly, conduisant la Chine à adopter en février 1992, une loi maritime revendiquant sa souveraineté sur une majeure partie de ces territoires²³⁴.

Le conflit juridique peut encore prendre la forme d'embargos. Cette notion semble trouver sa source dans une stratégie établie le 18 septembre 1931 par les États-Unis pour contrer le développement de l'impérialisme japonais. Il s'est traduit le 2 juillet 1940 par la signature du *National Defense Act* autorisant le gouvernement à réduire ou supprimer les exportations américaines de pétrole vers le Japon. Cet embargo constitua le point de départ de l'entrée en guerre

²³⁰ S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques: Tome 1, Les clés pour comprendre, préc.*, p. 137

²³¹ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, "Les nouveaux contrats internationaux d'exploration et de partage de production pétrolière en Libye. - Problèmes choisis (1ère partie)", *JDI*, n°1, doct. 1, janv. 2008 ; S. ENTEZARI et K. DALLAYEVITCH, "Petroleum Law of Turkmenistan", *CEPMLP*, n°4, 1999

²³² S. O. ENTEZARI, "Iran: New Regulation Concerning Foreign Investment", *CEPMLP*, n°6, 2000

²³³ CIJ, 12 oct. 1984, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, (Canada c. États-Unis d'Amérique), *Rec. CIJ* 1984, p. 246 ; CIJ, du 16 mars 2001, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, (Qatar c/ Bahreïn), *Rec. CIJ* 2001, p. 40 ; CIJ, 3 févr. 2009 *Délimitation maritime en Mer Noire* (Roumanie c. Ukraine), *Rec. CIJ*, 2009, p. 61

²³⁴ C. DE LESTRANGE, C.-A. PAILLARD et P. ZELENKO, *Géopolitique du pétrole – Un nouveau marché De nouveaux risques Des nouveaux mondes*, Ed. Technip, 2005, p.151

L'encadrement du prix de l'énergie

du Japon en 1941 et du bombardement de la base de Pearl Harbour le 7 décembre. De nombreux embargos pétroliers se sont ensuite succédés par les pays arabes producteurs à l'égard d'Israël et de ses proches alliés lors de la guerre du Kippour, ou encore de la part des Etats-Unis à l'encontre de Cuba, de l'Iran, du Soudan et de la Lybie.

Ces conflits juridiques démontrent que le droit peut être utilisé comme un instrument de pouvoir dans le domaine de l'énergie, sous des formes variables. Dans certains cas, les litiges dépassent le cadre juridique et prennent la forme d'un conflit armé.

b) Le conflit armé

La seconde guerre mondiale fut l'occasion de démontrer l'importance stratégique de l'accès à l'énergie pour les forces militaires. En ce sens, l'intervention italo-allemande en Afrique du nord à compter de février 1941 avait pour objet d'atteindre l'Irak et les champs pétroliers arabo-persiques, mais l'*Afrika Korps* échoua dans cette mission, pour des motifs essentiellement liés à un manque de carburant lors de la bataille d'El Alamein en octobre 1942. Dans le même sens, l'attaque allemande sur le Caucase au printemps 1942 visait à atteindre les gisements pétroliers de la mer Caspienne et de la région de Maïkop dans le Nord du Caucase. Cette stratégie s'est soldée par une défaite majeure à Stalingrad, véritable tournant du conflit.

L'offensive déclenchée par l'Allemagne dans les Ardennes en décembre 1944 échoua en grande partie par manque d'approvisionnement en essence et du fait de l'impossibilité pour les blindés allemands d'atteindre le dépôt de carburant allié de Stavelot en Belgique.

Sur le front de l'est, l'expansion japonaise était essentiellement orientée vers les champs pétroliers de Malaisie et d'Indonésie. Mais pour neutraliser cette expansion, Shell a mis au point un plan de destruction de ses installations à compter de janvier 1942. Une stratégie de coulage à grande échelle des pétroliers japonais a également été entreprise par les alliés à partir de 1943. Ces actions ont conduit à ramener la consommation intérieure japonaise en 1944 à 4% de ce qu'elle était en 1940²³⁵. L'accès des forces armées à l'énergie revêt donc un rôle crucial dans les conflits. L'énergie peut également constituer un motif de guerre. Tel fut le sens du conflit opposant le Paraguay à la Bolivie pour le contrôle de la région du Gran Chaco de juin 1932 à juin 1935. Ces deux Etats pauvres et enclavés d'Amérique latine se disputèrent une zone censée abonder de pétrole. Ces revendications furent à l'origine d'une guerre qui fit plus de 10 000 morts, ruina ces Etats, tandis que les explorations ultérieures démontrèrent l'absence de ressource²³⁶. Les revenus pétroliers sont également à l'origine de guerres civiles internes au Congo, au Tchad, ou en Angola. De plus, ces moyens sont régulièrement consacrés à financer l'achat d'armes, et donc à la guerre. Ils sont à l'origine de revendications d'indépendance comme en Angola, divisé en deux territoires : la zone côtière riche en pétrole contrôlée par le gouvernement, et l'intérieur du pays occupé par des rebelles.

Le conflit peut présenter un caractère plus ou moins latent comme le démontrent les

²³⁵ C. DE LESTRANGE, C.-A. PAILLARD et P. ZELENKO, *Géopolitique du pétrole – Un nouveau marché De nouveaux risques Des nouveaux mondes*, Ed. Technip, 2005, p.150

²³⁶ *Ibidem*, p.151

menaces concernant le transit d'énergie. Dans le cas du transport maritime, la situation se manifeste particulièrement dans le détroit d'Ormuz concentrant d'impressionnants moyens militaires issus des conflits avec l'Iran alors que l'essentiel de la production du Golfe transite par ce territoire²³⁷. La menace pèse également sous les formes du terrorisme et de la piraterie. Les exemples concernent notamment le large des côtes somaliennes et yéménites et se manifestent dans l'attaque du pétrolier français *Limburg* en 2002. Le Bureau maritime international estime ainsi que près de 10% des actes de piraterie dans cette région concernent les tankers²³⁸. Une situation similaire s'observe dans le détroit de Malacca puisque sur les 239 attaques recensées en 2006, 141 concernaient des pétroliers²³⁹.

L'analyse l'encadrement international du prix de l'énergie fait état d'un ensemble de règles visant à assurer sa stabilité. Cependant, celles-ci sont principalement marquées par un caractère volontaire et un manque d'efficacité. Ce constat tranche avec le régime juridique de la sécurité des approvisionnements énergétiques.

2/ L'encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques

La sécurité des approvisionnements énergétiques correspond à la possibilité d'assurer à l'avenir la satisfaction continue des besoins essentiels en énergie²⁴⁰. Elle constitue un enjeu fondamental pour les États et implique la sécurité juridique²⁴¹. Or, contrairement à la détermination du prix de l'énergie, un cadre juridique contraignant se formalise dans ce domaine, caractérisé par un régime juridique général (I), complété par le traité sur la Charte de l'énergie (II)²⁴².

I. Un cadre juridique général

L'analyse du cadre juridique relatif à la sécurité des approvisionnements conduit à s'interroger sur la nature juridique de l'énergie en droit international (A) et aux régimes juridiques qui en résultent (B).

A. La nature juridique de l'énergie

Deux conceptions apparemment antagonistes influencent le cadre théorique relatif à l'énergie. La première, traditionnelle, considère l'énergie comme une chose susceptible d'appropriation et de commerce, constituant en cela un bien national (1). La seconde, universaliste, transcende la propriété privative au profit du partage, caractérisant un bien mondial (2). Ces deux conceptions s'avèrent conciliables et l'enjeu consiste à harmoniser ces théories.

²³⁷ T. KLINGER, *Géopolitique de l'énergie Constats et enjeux*, Studyrama perspectives, 2008, p. 32 et s.

²³⁸ *Ibidem*, p. 34

²³⁹ *Ibidem*

²⁴⁰ F. BERGER, "Droit communautaire de l'énergie", *JCL Europe*, Fasc. 2500, 1997, p.12 ; S. HALLEGATE et P. AMBROSI, "Environnement, changement climatique et sécurité. Questions scientifiques et enjeux opérationnels", *Les cahiers de la sécurité*, n° 63, 4e trimestre, 2006.

²⁴¹ Déclaration commune des ministres de l'énergie du G8, Aomori, Japon, 8/06/2008 ; C. KÉRÉBEL, "Quelle gouvernance du marché du pétrole aujourd'hui? Mécanismes, systèmes d'acteurs et rapports de force en évolution", in C. KÉRÉBEL, F. DEBROUWER, V. LABORDERIE, T. VAN DE GRAAF, *La gouvernance de l'énergie en Europe et dans le monde*, UCL Presses universitaires de Louvain, oct. 2008

²⁴² P. SCHWARTZ et D. RANDALL, *Le scénario d'un brusque changement de climat et ses implications pour la sécurité nationale des États-Unis*, Rapport commandé par le Ministère de la Défense des États-Unis, oct. 2003.

1) L'énergie bien national

L'énergie est traditionnellement considérée comme un bien étatique conformément au principe de la souveraineté nationale sur les ressources naturelles (a). Cette qualification génère des convoitises et conduit à des discordes dans la délimitation territoriale (b).

a) Une application du principe de la souveraineté nationale sur les ressources naturelles

Ce principe trouve ses premiers fondements dans le traité de Westphalie de 1648 qui érigea l'État-nation souverain comme un socle du droit international, et fut renforcé en 1945 par la création de l'ONU qui reconnaît l'égalité souveraine étatique²⁴³. La souveraineté correspond au caractère suprême d'une puissance qui n'est soumise à aucune autre et constitue un attribut de l'État. La souveraineté nationale sur les ressources naturelles s'est exprimée dans une série de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies dans lesquelles les États exportateurs de pétrole ont joué un rôle prépondérant, dans un environnement juridique dominé par la « *lex petrolea* »²⁴⁴.

La résolution 626 établit pour la première fois un lien explicite entre la souveraineté et le « *droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles* »²⁴⁵. La résolution 1803 se réfère quant à elle à une « *souveraineté permanente* » sur les ressources naturelles, ajoutant que la prospection, la mise en valeur et la disposition des ressources s'effectuent conformément à la législation de chaque État souverain²⁴⁶. Les droits de nationaliser, d'exproprier et de réquisitionner sont reconnus supérieurs aux intérêts privés lorsqu'ils se fondent « *sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national* »²⁴⁷. Cette résolution prévoit l'obligation d'épuiser des voies de recours internes préalablement au recours à l'arbitrage ou au règlement judiciaire international pour des contentieux relatifs à l'indemnisation. Elle est corroborée par une résolution de l'OPEP de 1968 reconnaissant le « *droit inaliénable de tous les pays à exercer une souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles, dans l'intérêt du développement national* ». Celui-ci se traduit par une possible adaptation des concessions, de la fiscalité et de la participation de l'État selon un « *principe de l'évolution des circonstances* », une prohibition du recours à une juridiction internationale, à moins que la législation nationale ne l'autorise explicitement²⁴⁸. La résolution 3171 précise que l'exercice de cette souveraineté ne saurait être entravé par des normes du droit international²⁴⁹.

Ces dispositions sont confirmées par les résolutions 3201 et 3281 relatives à un nouvel ordre économique international, notion destinée à rééquilibrer les rapports entre le Nord et le Sud, en

²⁴³ D. ROSENBERG, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Presses du Palais-Royal, thèse Droit, Paris, 1983

²⁴⁴ G. ABI-SAAB, " La souveraineté permanente sur les ressources naturelles ", *Mélanges R. J. Dupuy*, Pédone, Paris, 1991, p.643 ; K. W. BLINN, C. DUVAL, H. LE LEUCH et A. PERTUZIO, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements*, Euromoney Publications, London, 1986

²⁴⁵ AGNU, résolution 626 (VII) du 21 déc. 1952, droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles

²⁴⁶ AGNU, résolution 1803 (XVII) du 14 déc. 1962, souveraineté permanente sur les ressources naturelles

²⁴⁷ B. HAMADY DEME, "Le droit international des investissements et le contrôle étatique sur les ressources énergétiques", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.84-98

²⁴⁸ OPEP, résolution 90 (XVI) du 25 juin 1968, *OPEC Documents 1968*

²⁴⁹ AGNU, résolution 3171 (XXVIII) du 17 déc. 1973, souveraineté permanente sur les ressources naturelles

Le droit économique de l'énergie (droit international)

tenant compte des revendications du tiers monde²⁵⁰. Le principe de souveraineté nationale sur les ressources nationales est repris dans l'article 21 de la déclaration de Stockholm de 1972 et continue d'inspirer le droit international²⁵¹.

Bien qu'ayant permis une réappropriation des ressources énergétiques, ce principe est jugé excessif aux yeux d'une partie de la doctrine, considérant que la « *souveraineté constitue une entrave à une articulation correcte entre le particulier et l'universel* » et qu'elle « *sert à exalter les intérêts égoïstes en entravant la marche vers un droit commun distribuant équitablement les charges et les ressources entre chacun* »²⁵². Selon Pierre Noël, cette conception de la souveraineté rend pratiquement impossible toute relation contractuelle avec des personnes privées étrangères, dès lors que les conditions d'investissement sont déterminées par la seule loi nationale²⁵³. En effet, dans l'acceptation retenue l'État se réserve le droit d'apprécier unilatéralement l'opportunité de renégocier un contrat sans contrainte du droit international. Ce phénomène se vérifie dans un mouvement de nationalisation des gisements qui se perpétue²⁵⁴. Le particularisme de chaque souveraineté conduit à morceler le droit en une diversité d'entités territoriales, dont la transparence et l'État de droit sont à géométrie variable²⁵⁵. Or, la sécurité juridique repose par principe sur une stabilité minimale des règles de droit et des situations juridiques.

La diversité des systèmes juridiques conduit également à une concurrence interétatique pour l'accès à la ressource, amenant les investisseurs à privilégier les cadres sociaux et environnementaux les plus permissifs²⁵⁶. Pour ces raisons, Pierre Noël recommande l'adoption d'un « *ordre constitutionnel* » pour harmoniser les règles du commerce et de l'investissement dans le secteur énergétique et faire face à l'arbitraire étatique²⁵⁷. Le propre de la souveraineté résidant dans la capacité de s'autolimiter, un juste équilibre pourrait être établi entre une souveraineté demeurant le principe et l'exigence de sécurité juridique.

Alors que ce principe est communément reconnu, son application génère des discordes dans

²⁵⁰ AGNU, résolution 3201 du 1er mai 1974 (adoptée sans vote) ; AGNU, résolution 3281 (XXIX) du 12 déc. 1974, Charte des droits et devoirs économiques des États ; T. WÄLDE, "A requiem for the 'New International Economic Order'. The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law", *CEPMLP*, 1995 ; M. BETTATI, *Le nouvel ordre économique international*, PUF, coll. "Que sais-je ?", 1983 ; B. STERN, *Un nouvel ordre économique international ?*, *Economica*, 1983

²⁵¹ Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, 16 juin 1972 ; Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, art.21: « *Tout peuple a droit à disposer des ressources naturelles et des richesses de son pays, sans domination étrangère* ».

²⁵² R. KOLB, "Les évolutions de la souveraineté", *JDI*, n° 1, biblio. 2, janv. 2009

²⁵³ P. NOËL, "Le régime juridique international des investissements pétroliers de la souveraineté nationale au marché mondial", *CEPMLP*, n° 7, 11/10/2000

²⁵⁴ J. PERCEBOIS, "Le tour du monde des nationalismes énergétiques", *Le journal européen du développement durable*, 12/02/2008, www.citedurable.com ; G. JOFFÉ, P. STEVENS, T. GEORGE, J. LUX et C. SEARLE, "Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism", *Journal of World Energy Law and Business*, vol 2, n° 1, 26/12/2008, p.3-23 ; S. DUGAS, "La nationalisation des hydrocarbures, outil ou écueil pour le développement de la Bolivie ?", *Réseau d'information et de solidarité avec l'Amérique latine*, 09/08/2006, www.risal.info

²⁵⁵ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ (DIR.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, coll. Grands colloques, éd., 2006, p.136-137

²⁵⁶ R. KOLB, "Les évolutions de la souveraineté", *JDI*, n° 1, biblio. 2, janv. 2009

²⁵⁷ P. NOËL, "Le régime juridique international des investissements pétroliers de la souveraineté nationale au marché mondial", *CEPMLP*, n° 7, 11/10/2000

la délimitation territoriale.

b) Une délimitation territoriale discordante

La délimitation entre les territoires sous souveraineté étatique et les territoires inappropriés pose une série de problèmes juridiques dont la résolution demeure partielle. Conformément à l'article 1 de la Conférence de Paris de 1919, l'espace aérien constitue le prolongement du territoire et de la mer territoriale de l'État, sur lequel celui-ci dispose d'une souveraineté complète, la souveraineté de l'espace sous-jacent entraînant celle de l'espace surjacent. L'espace extra-atmosphérique comprend quant à lui l'espace et l'ensemble des corps célestes. Il constitue l'apanage de l'humanité et ne peut faire l'objet d'aucune revendication de souveraineté. Cette qualification a mis en échec en 1976, la revendication de l'Équateur sur « l'orbite équatoriale » située à 36 000 kilomètres au dessus du sol²⁵⁸. Les problèmes de ce régime juridique résident dans l'absence de frontière clairement définie. Selon Jean Combacau et Serge Sur, le défaut de critère naturel ou artificiel conduit à faire reposer cette délimitation sur des considérations matérielles fondées sur les activités aéronautiques, caractérisées par une évolution progressive de la technique, profitable *in fine* à la souveraineté nationale²⁵⁹.

Les doutes se prolongent concernant la délimitation du plateau continental²⁶⁰. La convention IV de Genève de 1958 donnait une double définition de celui-ci. La première établissait de manière forfaitaire une limitation à la profondeur maximale ou « *isobathes* » des 200 mètres, tandis que la seconde reposait sur « *les possibilités d'exploitation des ressources* », variables selon le progrès technologique. La convention de 1982 sur le droit de la mer a introduit deux critères supplémentaires, le premier étant forfaitaire en faisant coïncider la limite du plateau continental avec la zone économique exclusive des 200 milles nautiques ; le second géomorphologique, relatif au « *plateau naturel* »²⁶¹. Dans tous les cas, la délimitation de la surface du plateau continental s'effectue unilatéralement par l'État dont le territoire est en cause, sous un contrôle international²⁶².

Ces définitions complémentaires ont eu pour effet de réduire l'espace international des grands fonds marins qui aurait pu être exploité au profit des États les plus défavorisés. Cette acception mouvante du plateau continental est également la source de différends juridiques tranchés par la CIJ qui se fonde le plus souvent sur une équidistance corrigée par la prise en compte de « *circonstances spéciales* »²⁶³. Ces incertitudes conduisent la Cour à fonder davantage ses décisions en équité que sur le terrain du droit. Par conséquent, si ces solutions ont le mérite de résoudre les conflits au cas par cas, elles ne permettent pas d'endiguer des revendications nouvelles telles que les contentieux émergents en mer Égée entre la Grèce et la Turquie, concernant les Iles Spratlys entre la

²⁵⁸ J. TOUSCOZ, *Droit international, préc.*, p. 128

²⁵⁹ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public, préc.*, p. 420-421

²⁶⁰ P. WEIL, *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Pedone, 1988 ; M. RÉMOND, *L'exploration pétrolière en mer et le droit*, Technip, 1970

²⁶¹ L.-P. PANCRACIO, *Droit de la mer*, Dalloz, 2010, p. p. 196-216

²⁶² CIJ, 18 déc. 1951, *Aff. des pêcheries* (Royaume-Uni c. Norvège), *Rec.* 1951, p. 32

²⁶³ CIJ, 20 fév. 1969, *Aff. du plateau continental de la mer du nord* ; CIJ, 3 juin 1985, *Aff. Du plateau continental Libye-Malte* ; CIJ, 14 juin 1993, *Aff. de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* ; E. DECAUX, *Droit international public*, Dalloz, 6è. éd., 2008, n°147-148 ; CIJ, 12 oct. 1984, *Aff. du Golfe du Maine*, *Rec.*, 1984, p. 252

Chine et ses voisins, et ceux relatifs aux richesses du sous-sol de l'Arctique²⁶⁴.

Cette qualification de l'énergie comme un bien national peut être mise en relief avec la nature juridique de bien commun.

2) L'énergie bien commun

En complément de l'appropriation nationale, l'énergie peut être encadrée par des régimes juridiques fondés sur le partage à travers les notions de patrimoine mondial (a) et de bien public mondial (b).

a) Un bien du patrimoine mondial

L'énergie peut revêtir trois qualifications au titre du patrimoine mondial, selon qu'elle se réfère au patrimoine commun de l'humanité, au patrimoine mondial culturel et naturel, ou au patrimoine culturel immatériel de l'humanité.

Selon la conférence à l'origine de la Convention du patrimoine mondial de l'UNESCO de 1972 : « *le patrimoine est l'héritage du passé, dont nous profitons aujourd'hui et que nous transmettons aux générations à venir* ». L'origine conceptuelle est attribuée à Arvid Pardo exposant en 1967 devant l'Assemblée générale des Nations unies, que les ressources des grands fonds marins devaient être exploitées en priorité dans l'intérêt de l'humanité toute entière, en tenant compte particulièrement des besoins des pays pauvres²⁶⁵. En ce sens, Jean-François Calmette relève, que « *la notion de patrimoine commun de l'humanité est né de la confrontation entre la nécessaire juridicisation des nouveaux territoires et des nouvelles ressources de l'humanité et l'émergence au niveau mondial de la volonté du respect d'une justice redistributive* »²⁶⁶. Ce patrimoine a pour objet de relever le niveau de vie des États démunis et de répondre à leur incapacité de bénéficier des libertés dont jouissent les États développés à cause des limites technologiques et financières qui s'imposent à eux²⁶⁷. La qualification d'un bien comme patrimoine commun de l'humanité répond à six principes : le bien ne doit être susceptible d'aucune appropriation nationale, il doit être utilisé exclusivement à des fins pacifiques, il doit être accessible à tous pour des recherches scientifiques dont les résultats doivent être publics, l'utilisation du bien ou de ses ressources doit tenir compte du renouvellement de la ressource et de l'intérêt des générations futures tout autant que celui des générations présentes, l'exploitation du bien et celle des ressources qu'il comporte doivent être faites dans l'intérêt de l'humanité toute entière en portant une attention toute particulière aux pays les plus pauvres, la gestion du bien doit être assurée par un organisme représentant les intérêts de tous les

²⁶⁴ M. JANSER, "Le pétrole ou l'Arctique, il faut choisir", *l'écologiste*, n°34, vol. 12, juin-août 2011, p. 27-28 ; A. ORAISON, "Les deux thèses étatiques du régime juridique de l'Antarctique", *Témoignages*, 24/01/2005 ; S. PASQUIER, "La bataille de l'Arctique a commencé", 03/08/2007, www.lexpress.fr ; S.G. KAUFMANN, "L'océan arctique et la coopération intergouvernementale non-contraignante, un défi pour la protection internationale de l'environnement", *RJE*, n° 4, 2010, p.627-642

²⁶⁵ S. PAQUEROT, *Le statut des ressources vitales en droit international : essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Bruylant, Bruxelles, 2002

²⁶⁶ J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public, préc.*, p.265

²⁶⁷ A. D. ROTH, *La prohibition de l'appropriation et les régimes d'accès aux espaces extra-atmosphériques*, PUF, Paris, 1992, p. 111

L'encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques

États²⁶⁸. Les sources d'énergie situées dans le patrimoine commun de l'humanité ont donc vocation à être régies par ces principes et le champ d'application doit être précisé.

La convention de Montego Bay qualifie les grands fonds marins patrimoine commun de l'humanité²⁶⁹. Ils se caractérisent par les principes de non-appropriation nationale (article 137), d'affectation à des fins pacifiques (articles 138 et 141) et une exploitation dans l'intérêt de l'humanité (article 140)²⁷⁰. La non-appropriation nationale se double d'une appropriation communautaire, « *l'humanité tout entière étant investie de tous les droits sur les ressources de la zone* », englobant ainsi l'ensemble des énergies disponibles. Les explorations et les exploitations s'effectuent conformément à un code d'exploitation minière²⁷¹. Cette gestion est assurée par une « *Autorité* », organisation supranationale composée d'une Assemblée plénière, d'un Conseil restreint, d'un secrétariat et d'une entreprise, organe technique de l'Autorité menant des activités dans la zone. La détermination d'une autorité internationale chargée d'une gestion pour le compte de l'humanité constitue en cela une « *internationalisation positive* »²⁷². Les traités relatifs à l'espace extra-atmosphérique et régissant les activités lunaires sont moins ambitieux que les déclarations d'Arvid Pardo et les résolutions qui suivirent. En effet, la partie XI de la Convention de Montego Bay, initialement fidèle à ces aspirations fut vidée de sa substance par l'accord de New-York de 1994²⁷³. Cependant, le concept demeure prescriptif puisque des contrats ont été déclarés illicites au motif qu'ils portaient sur l'un de ces éléments²⁷⁴.

²⁶⁸ P.-F. MERCURE, *L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux ressources naturelles*, Presses universitaires du Septentrion, thèse droit, Villeneuve d'Ascq, 1999, p. 17.

²⁶⁹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10/12/1982, art. 136 ; J. M. CROUZATIER et C. BARTHE-GAY, "Les espaces maritimes", *Université numérique juridique francophone*, sept. 2008

²⁷⁰ Voir également la résolution 2749 XXV de l'Assemblée générale des Nations Unies, « Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol au delà des limites de la juridiction nationale », 17/12/1970

²⁷¹ Règlement relatif à la prospection et à l'exploration, des nodules polymétalliques dans la Zone, 13/07/2000 ; M. W. W. LODGE, "The international seabed authority's regulations on prospecting and exploration for polymetallic nodules in the area", *CEPMLP*, n° 10, 10/01/2002

²⁷² P.-M. DUPUY, *droit international public, préc.*, p. 850

²⁷³ Accord relatif à l'application de la partie XI de la convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, 28/07/1994. La partie XI de la CNUDM manifestait l'hostilité des États développés concernant l'Entreprise, le coût pour les États parties, la limitation de production, le fonds de compensation, les termes financiers, les mécanismes de prise de décision, la conférence de révision, les transferts de technologie et la protection de l'environnement. L'accord de New-York s'est traduit par la réduction des pouvoirs de l'Entreprise qui devait à l'origine disposer d'une complète autonomie et qui est désormais dans l'obligation d'exécuter ses activités préliminaires d'exploitation dans le cadre d'entreprises conjointes publiques ou privées. L'obligation pour les États de financer le premier site minier a été supprimée substituant le rôle de financeurs aux entreprises privées, accroissant de fait leur importance dans l'exploitation des ressources et limitant l'autonomie de l'Entreprise. L'Assemblée qui devait constituer l'organe suprême de la gestion des grands fonds voit ses compétences amoindries puisque ses décisions devront désormais être adoptées par consensus avec le Conseil de l'Autorité. De plus, le droit de veto dont disposent les chambres de l'Assemblée à l'encontre des décisions du Conseil risque d'être inutilisé du fait de la présence d'États développés comme les États Unis et la Russie. Le Conseil contrôlé par les États développés pourra bloquer toute révision souhaitée par l'Assemblée. Cette situation conduit Jean-Pierre BEURIER et Patrick CADENAT à affirmer que « *l'Assemblée, qui devait être l'expression de l'égalité souveraine des membres ainsi que l'élément du nouvel ordre économique, n'a plus qu'un rôle de chambre d'enregistrement* ». Les États développés contrôlent désormais la commission des finances. Enfin, les dispositions relatives à l'obligation de transfert de technologie sont déclarées inapplicables. J.-P. BEURIER et P. CADENAT, "L'entrée en vigueur de la convention de Montego-Bay: approche statistique des États ratificateurs", *CERM*, n° 8, 1994, p.22-36.

²⁷⁴ CIRDI, Affaire du plateau des pyramides, 16/02/1993, *Rev. Arb.* 1986, p. 106

Le droit économique de l'énergie (droit international)

L'espace extra-atmosphérique constitue « *l'apanage de l'humanité* ». Alors que la doctrine diverge quant à l'interprétation de la notion, les avis concordent sur le fait qu'elle est trop imprécise pour garantir un partage équitable des richesses²⁷⁵. La lune et les autres corps célestes constituent des « *patrimoines communs de l'humanité* »²⁷⁶. Ils sont caractérisés par la non-appropriation, la liberté d'utilisation et l'usage pacifique. Ces espaces doivent être explorés et utilisés « *pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays* ». Certes, plusieurs organisations internationales sont instituées à cet effet mais elles agissent pour le compte des États²⁷⁷. Pierre-Marie Dupuy qualifie cette situation d' « *internationalisation négative* » parce que les États interviennent directement en l'absence de structure spécifique²⁷⁸.

Le concept de patrimoine mondial peut quant à lui s'appliquer à l'énergie dans le cadre de la convention de l'UNESCO de 1972 sur la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel²⁷⁹. Son régime juridique est caractérisé par une obligation de préservation des États concernés, le bien restant sous la souveraineté étatique mais profitable au monde²⁸⁰. En cas de carence étatique dans la protection du bien, une coopération et une assistance internationale peuvent être mises en œuvre. Des territoires sous souveraineté pourraient alors être affectés à ce patrimoine en contrepartie d'une coopération et d'une assistance internationale.

L'énergie peut enfin être appréhendée par le patrimoine culturel immatériel de l'humanité. En effet, depuis la découverte du feu, l'Homme a progressivement perfectionné ses savoirs en recourant à des énergies de plus en plus évoluées. Alors que la gestion de l'énergie est généralement appréhendée dans un caractère universaliste, elle est aussi constituée de techniques et de savoir-faire traditionnels qui se transmettent de génération en génération et qu'il conviendrait de révéler et de préserver. Dès lors, des connaissances et des pratiques traditionnels en lien avec l'énergie pourraient relever du patrimoine culturel immatériel tel que reconnu par la convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, ratifiée par 133 États dans le but de sauvegarder le patrimoine culturel immatériel ; son respect ainsi que les groupes et individus concernés ; la sensibilisation au niveau local, national et international sur son importance ; la coopération et l'assistance internationales²⁸¹. Son régime juridique se caractérise par une obligation de préservation des États

²⁷⁵ P. -F. MERCURE, *L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux ressources naturelles*, préc., p. 59.

²⁷⁶ Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, 27/01/1967, art. 1§1; accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes, 18/12/1979, art. 11

²⁷⁷ *Inter. alia*, Intelsat créée par le traité de Washington de 1964 et contrôlé par les États-Unis, Interspoutnik créée par la Convention de Moscou de 1971 contrôlé par la Russie et l'Agence spatiale européenne créée par la convention du 30 mai 1975

²⁷⁸ P. -M. DUPUY, *droit international public*, Dalloz, 10^e. éd., 2010, p. 846

²⁷⁹ Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, 16/11/1972

²⁸⁰ A.-C. KISS cité par M. KAMTO : rapport introductif n°4 "Les forêts, patrimoine commun de l'humanité et droit international", in M. PRIEUR et S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Droit, forêts et développement durable: actes des 1^{ères} Journées scientifiques du Réseau droit de l'environnement de l'AUPELF-UREF, Limoges, 7-8 novembre 1994*, Agence universitaire de la francophonie. réseau droit de l'environnement, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 83

²⁸¹ On entend par patrimoine culturel immatériel : « *les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et*

L'encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques

concernés, le bien étant sous leur souveraineté mais profitable au monde. En cas de carence dans la protection du bien, une coopération et une assistance internationale peuvent être mises en œuvre. A cette fin, des pratiques traditionnelles sur la gestion de l'énergie pourraient intégrer le patrimoine culturel immatériel dans la catégorie des « *connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers* ». Alors que plus de 200 pratiques et expressions sont d'ores et déjà référencées comme constituantes du patrimoine culturel immatériel, aucune n'est relative à l'énergie. Par conséquent, un inventaire pourrait être entrepris pour déterminer les techniques et les savoir-faire des individus, des groupes et des communautés, en relation avec l'énergie, afin de mettre en lumière cette diversité culturelle, concourir à sa diffusion et plus largement, replacer l'être humain dans la sociabilité.

Mireille Delmas-Marty remarque que si la notion de patrimoine mondial demeure essentielle pour assurer un partage équitable intra et inter-générationnel, une notion et novatrice la complète : le bien public mondial²⁸².

b) Un bien public mondial

Le bien public mondial est une ressource, un bien ou un service non-excludable et non-rival présentant un caractère très étendu²⁸³. La non-excludabilité désigne l'impossibilité d'exclure de l'usage un utilisateur, même s'il ne contribue pas au financement du bien. La non-rivalité est la propriété qu'un bien puisse être consommé simultanément par plusieurs personnes sans que la quantité consommée ne diminue les quantités disponibles pour les autres. Mireille Delmas-Marty illustre la situation en se référant à Victor Hugo lorsqu'il évoque l'amour d'une mère pour ses enfants : « *chacun en a sa part, et tous l'ont en entier* »²⁸⁴. Chacun en a sa part parce qu'on ne peut exclure personne de son usage, et tous l'ont en entier car il n'y a pas de rivalité dans la consommation du bien.

Répondent notamment à ces critères, les choses communes telles que le rayonnement solaire et le vent qui peuvent être librement exploités par les individus. Il en va de même de la haute mer, régie par le principe de libre utilisation et l'impossibilité pour un Etat d'en soumettre quelque partie à sa souveraineté²⁸⁵. Le statut de l'Antarctique est régi par le traité de Washington de 1958 qui en fait une *Terra nullius*, zone libre de toute souveraineté étatique, malgré des revendications des « *États possessionnés* »²⁸⁶.

de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable » : Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 17/10/2003, art. 2

²⁸² M. DELMAS-MARTY, *Intervention au colloque sur les techniques ou technologies nouvelles et les droits ou principes fondamentaux*, Limoges, 23/04/2010

²⁸³ F. LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, La découverte, 2004 ; S. TROYER, "La montée en puissance de la notion de bien public mondial", *L'encyclopédie du développement durable - les éditions des Récollets*, n°135, janv. 2011

²⁸⁴ M. DELAMAS-MARTY, "Changement climatique et biens publics mondiaux", *Technique et droits humains – actes du colloque organisé du 20 au 23 avril 2010 – facultés de droit de Limoges et de Poitiers*, Lextenso, 2011, p. 429-437

²⁸⁵ J. TOUSCOZ, *Droit international*, préc, p. 123

²⁸⁶ Traité sur l'Antarctique du 01/12/1959 ; convention de Wellington sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, 02/06/1988, *RGDIP*, 1989/1, p. 182-250 ; A. ORAISON, "Les deux thèses

Le droit économique de l'énergie (droit international)

La notion de bien public mondial s'est développée afin de réparer les excès de la souveraineté et de la liberté individuelle²⁸⁷. Selon cette théorie, les biens publics mondiaux devraient être accessibles à tous, dans la même quantité²⁸⁸. Selon Mireille Delmas-Marty, ces valeurs universelles supposent une synergie avec les droits de l'Homme²⁸⁹. Pour que cette alliance se réalise, elle doit être à la fois efficace et légitime. Pour être efficace, l'ordre juridique international devrait reposer sur des priorités et des moyens, tandis que la légitimité supposerait un contrôle démocratique international. Dès lors, l'exploitation de l'énergie tirée des choses communes pourrait être appréhendée comme un bien public mondial, et ainsi légitimer un *corpus* et un contrôle international²⁹⁰.

Les notions patrimoine mondial et de bien public mondial démontrent la capacité du système juridique international à appréhender l'énergie dans une « ère coopérative » dans l'intérêt commun²⁹¹. Cependant, les faits démontrent le faible recours à la norme juridique en ce sens, l'énergie demeurant dans la majorité des cas un bien national, dont le régime juridique peut être précisé.

B. Le régime juridique de l'énergie

L'énergie, en tant que bien national peut être saisie par des régimes juridiques généraux (1) ou sectoriels (2).

1) Des régimes juridiques généraux

Les deux principaux régimes juridiques applicables à l'énergie relèvent du droit international du commerce (a) et du droit international des investissements (b).

étatiques du régime juridique de l'Antarctique", *Témoignages*, 24/01/2005

²⁸⁷ J. BALLEZ, "Propriété, biens publics mondiaux, bien(s) commun(s) : une lecture des concepts économiques", *Développement durable et territoires*, 07/03/2008 ; A. SUY, *La théorie des biens publics mondiaux: une solution à la crise*, l'Harmattan, Paris, 2009

²⁸⁸ P.A. SAMUELSON, "The Pure Theory of Public Expenditures", *Review of Economics and Statistics*, n°36, 1954, p.387-389 ; I. MENENDEZ, "Les biens publics mondiaux", IRG, mai 2007, www.institut-gouvernance.org ; A.E. VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Nouvelles bibliothèques de thèses, Dalloz, thèse droit, 2004, p. 263 ; M. DELMAS-MARTY, "Du désordre mondial à la force du droit international", *Le Monde*, 22/03/2003 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, tome 4: les obligations*, PUF, 22e éd, 2000 ; M. L. URVOY SANGHARE, "Les biens publics mondiaux dans la perspective des Objectifs du millénaire pour le développement", *Institut de recherche et débat sur la gouvernance*, juin 2005 ; GROUPE DE TRAVAIL INTERNATIONAL SUR LES BIENS PUBLICS MONDIAUX, *Résoudre les problèmes mondiaux : La coopération internationale dans l'intérêt national*, 2006 ; P. YOLKA et Y. GAUDEMET, *La propriété publique: éléments pour une théorie de la propriété publique*, LGDJ, 1997, p.120 à 127 ; I. KAUL, I. GRUNBERG et M.A. STERN, *Global public goods : International cooperation in the 21st century*, New York, Oxford University Press, 1999 ; I. KAUL, P. CONCEIÇÃO et K. LE GOULVEN, *Providing global public goods : managing globalization*, New York, Oxford University Press, 2003 ; WORLD BANK, *Global development finance*, Washington D.C., World Bank, 2001, p. 109

²⁸⁹ M. DELMAS-MARTY, "Changement climatique et biens publics mondiaux", *préc.*

²⁹⁰ F. LILLE, "Un bien public mondial l'énergie", *Hémisphères*, n°20, Belgique, juin 2003

²⁹¹ F. CONSTANTIN (DIR.), *Les biens publics mondiaux – Un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, L'Harmattan, 2002 ; J. RIFKIN, *La troisième révolution industrielle – comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Les liens qui libèrent, 2012

a) Le droit international du commerce

Les règles de l'OMC sont-elles applicables au secteur énergétique ? Cette question a longtemps divisé les experts du commerce international, les membres du secrétariat de l'OMC estimant que les exceptions générales du GATT excluait les produits énergétiques considérés comme relevant de la sécurité nationale²⁹². En ce sens, l'article XXI du GATT de 1947 disposait que les États membres devaient prendre « *toutes mesures qu'ils estimeront nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sécurité, y compris des mesures se rapportant aux matières fissiles* ». De plus, le secteur énergétique n'apparaît pas dans la liste des secteurs de services de l'OMC et la jurisprudence relative aux produits énergétiques est inexistante²⁹³. Le doute fut levé par son directeur général qui affirma de manière inconditionnelle l'applicabilité des règles au secteur énergétique²⁹⁴.

Cette interprétation conduit à appliquer les grands principes du droit international du commerce à l'énergie²⁹⁵. En ce sens, le principe de la transparence commerciale fait obligation aux Gouvernements de publier toutes les réglementations commerciales et de notifier les lois pertinentes à l'OMC²⁹⁶. La clause de la nation la plus favorisée requiert d'appliquer un traitement identique aux produits ou services quelle que soit la provenance géographique et de retenir le régime juridique le plus avantageux²⁹⁷. Le principe du traitement national induit un régime identique des produits importés à ceux du territoire national²⁹⁸. Ces fondements sont complétés par des normes spécifiques constituées de l'interdiction des restrictions quantitatives à l'exportation et à l'importation²⁹⁹, des règles relatives aux subventions à l'exportation et aux autres formes de subvention³⁰⁰, de mesures concernant la liberté de transit³⁰¹, les marchés publics, et l'encadrement des entreprises commerciales d'État et les situations de monopoles³⁰².

Pourtant, bien que ces dispositions soient applicables au secteur énergétique, elles s'avèrent inadaptées dans la pratique. Cette situation est explicitement reconnue par le directeur général de l'OMC, pour lequel : « *Existing WTO rules, which were not negotiated with the specificities of the energy sector in mind, may not address appropriately all the needs of energy trade* »³⁰³. Dans un discours présenté au vingtième Congrès mondial de l'énergie, Pascal Lamy reconnaît la spécificité de ce secteur et la nécessité d'adapter les règles en conséquence.

²⁹² V. la note S/C/W/52 du Conseil du commerce des services en date du 9 septembre 1998, www.wto.org, p. 9

²⁹³ Document MTN.GNS/W/120, classification sectorielle des services, 10/07/1991

²⁹⁴ P. LAMY, "Energy Trade in the WTO", 20TH World Energy Congress, Rome, 15/12/2007: « *The WTO General Agreement on Trade in Services (GATS) covers generally all services, including energy services* ».

²⁹⁵ S. ZARILLI, "Energy Services in International Trade: Development Implications", *CEPMLP*, n°8, 21/05/2001 ; R. HOWSE et REIL, "World Trade Law and Renewable Energy: the Case of Non-tariff Measures", *JEEPL*, vol. 3, n°6, 2006, p.500-518 ; O. LOUIS, "L'Organisation mondiale du commerce peut-elle être un modèle de gouvernance pour le secteur de l'énergie ?" in C. KÉRÉBEL et J. H. KEPPLER (DIR.), *La gouvernance mondiale de l'énergie*, IFRI, 2009, p. 215 et s.

²⁹⁶ GATT, art. X

²⁹⁷ GATT, art. I

²⁹⁸ GATT, art. III ; GATS, art. XVII

²⁹⁹ GATT, art. XI

³⁰⁰ GATT, art. VI

³⁰¹ GATT, art. V

³⁰² GATT, art. XVII

³⁰³ P. LAMY, "Energy Trade in the WTO", *préc.*, p. 4

Le droit économique de l'énergie (droit international)

La première raison tient au fait que les biens et les services sont régis par des régimes juridiques différents, respectivement par le GATT et le GATS, alors qu'il est parfois complexe de déterminer l'énergie en tant que bien et les services qu'elle procure. Or, les modalités de négociation sur les services diffèrent largement de celles relatives aux biens. La seconde raison tient au fait qu'appliquer les règles de l'OMC à l'énergie reviendrait à contraindre les États producteurs à libéraliser leur secteur énergétique (accès aux ressources, libre circulation des produits énergétiques, absence de restrictions quantitatives à l'export...) sans apporter de bénéfice en retour.

Cette situation confirme la particularité de l'énergie et l'exigence de règles spécifiques. Elle a conduit la Commission européenne à proposer au Conseil du commerce des services de l'OMC en 2001, l'engagement de discussions sur les services énergétiques. En ce sens, un groupe des « amis de l'énergie » négocie en vue d'adapter le *corpus* existant³⁰⁴. Parmi les évolutions envisagées figure le traitement de l'énergie non pas par source, mais selon des services horizontaux (prospection, production, transport...) ³⁰⁵. En cas d'accord, cette évolution concurrencerait le traité sur la Charte de l'énergie fondé en grande partie sur les dispositions du GATT. Cependant, le traité offre un cadre plus élaboré que l'OMC, notamment en termes de protection des investissements et de règlement des différends.

Ce régime juridique du commerce international est complété par le droit international des investissements.

b) Le droit international des investissements

Le droit international des investissements encadre la participation des personnes dans des activités transnationales et les protège contre l'arbitraire des États hôtes³⁰⁶. Il devait se fonder sur le projet d'accord multilatéral sur l'investissement, dont des négociations furent engagées secrètement par l'OCDE entre 1995 et 1997³⁰⁷. Celui-ci présentait un caractère libéral, en prévoyant des obligations à la charge des États sans réelle contrepartie des investisseurs³⁰⁸. Sa révélation entraîna des contestations dans la société civile de plusieurs États membres de l'OCDE et fut abandonné en 1998³⁰⁹. Cet échec témoigne d'un appel croissant à une participation du public dans l'élaboration du droit international, pour améliorer la qualité de la norme et son acceptabilité sociale³¹⁰.

Par conséquent, les instruments généraux relatifs aux investissements se limitent à des conventions universelles sur l'arbitrage et à la convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, filiale de la Banque mondiale

³⁰⁴ Ce groupe est composé Communauté européenne, des États-Unis, du Japon, de la Corée, de l'Australie, de Taïwan, de l'Arabie Saoudite, de la Norvège, de Singapour, du Canada et de l'Islande et occasionnellement d'autres États.

³⁰⁵ O. LOUIS, "L'Organisation mondiale du commerce peut-elle être un modèle de gouvernance pour le secteur de l'énergie ?", *préc.*, p. 230

³⁰⁶ R. CHARVIN, *L'investissement international et le droit au développement*, L'Harmattan, août 2002, p.88 et s.

³⁰⁷ OCDE, Accord multilatéral sur l'investissement, projet de texte consolidé, 24/04/1998, www.oecd.org

³⁰⁸ L.M. WALLACH, "Élaboré au sein de l'OCDE, à l'insu des citoyens le nouveau manifeste du capitalisme mondial", *Le Monde diplomatique*, fév. 2008, p.22

³⁰⁹ "Paris et Washington réunis contre la mondialisation", *Le Monde*, 02/05/1998 ; "L'Accord multilatéral sur l'investissement a été discrètement enterré à l'OCDE", *Le Monde*, 22/10/1998

³¹⁰ D. HENDERSON, "L'accord multilatéral sur l'investissement. Leçons d'un échec", Sciences po, 1999, <http://gem.sciences-po.fr>

L'encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques

destinée à couvrir les risques des investisseurs dans les pays en voie de développement. Ces dispositions sont complétées par des règles de droit souple initiées par des organisations inter-étatiques telles que les principes directeurs de l'investissement international de l'OCDE. Le droit international des investissements demeure donc fragmenté et régi par des régimes juridiques sectoriels, constituant un frein à la lisibilité de la norme et à la sécurité juridique³¹¹. Cette carence est à l'origine de régimes juridiques sectoriels.

2) Des régimes sectoriels

L'absence de cadre global adapté à l'énergie dans le domaine général du commerce et de l'investissement amène les Etats à formaliser la sécurité énergétique dans des traités bilatéraux de protection des investissements (a) et des traités d'intégration économique (b)³¹².

a) Des traités bilatéraux de protection des investissements

De nombreux traités bilatéraux de protection des investissements ont été signés ces dernières années, passant dans tous les secteurs de l'économie de 385 en 1989 à 2608 fin 2007. Ils se caractérisent par une définition particulièrement large de la notion d'investissement³¹³. Malgré leur diversité, ils comportent des standards juridiques communs tels que l'égalité de traitement entre les étrangers et les nationaux, l'application de la clause de la nation la plus favorisée, l'obligation pour l'État hôte d'adopter un traitement « *juste et équitable* », l'interdiction de porter préjudice par des « *mesures déraisonnables ou discriminatoires* » et des principes juridiques tels que « *l'abstention de tout traitement inférieur à celui requis par le droit international* » et l'interdiction de mesures « *ayant un effet équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation* » ou s'apparentant à de tels actes³¹⁴.

En complément, ces traités confèrent aux investisseurs un droit d'accès à la justice internationale en cas de méconnaissance de ces dispositions par l'État hôte³¹⁵. Les instances arbitrales majoritairement sollicitées sont le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et la chambre de commerce de Stockholm³¹⁶. Elles peuvent être saisies par un investisseur, une personne physique ou morale, à condition que les États hôtes et les ressortissants soient signataires d'une des conventions visées. Les arbitrages dans le secteur énergétique sont particulièrement fréquents, le rapport statistique du CIRDI de 2010 précisant que ceux-ci concernent 39% de l'ensemble des différends, soit la catégorie la plus importante³¹⁷. Les

³¹¹ T. WÄLDE, "International Energy Investment", *Energy Law Journal*, n°.1, 1996, p.191-215

³¹² J. H. KEPPLER et C. SCHÜLKE, "Investir dans le secteur de l'énergie : une question de gouvernance", *préc.*, p. 139 et s.

³¹³ T. WÄLDE et A. KOLO, "Confiscatory Taxation under Customary International Law and Modern Investment Treaties", *CEPMLP*, n°.4, 1999

³¹⁴ P. NOËL, "La constitutionnalisation du régime juridique international des investissements pétroliers et la (re)construction du marché mondial", Institut d'économie et de politique de l'énergie, *Cahier de recherche*, n°.20, sept. 2000

³¹⁵ C. LEBEN, "L'Évolution du droit international des investissements", *CEPMLP*, n°.7, déc. 2000

³¹⁶ Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18/03/1965 ; CNUDCI, Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 1976 ;

³¹⁷ T. WÄLDE, "International Energy Investment", *Energy Law Journal*, n°.1, 1996, p.191-215 ; F. LOZANORIOS, "Le

contentieux relatifs à l'énergie ont depuis les années 1960 joué un rôle prépondérant dans la formation et la consolidation des principes du droit international, contribuant à l'émergence de normes coutumières et par ricochet, à un droit international des investissements, en dehors d'instrument juridique universel³¹⁸.

Cependant, les traités bilatéraux présentent des limites intrinsèques à leur nature puisque leur multiplication nuit à la transparence et à la sécurité juridique. De plus, ils ne permettent pas de résoudre l'ensemble des problématiques du secteur énergétique comme le transit d'énergie requérant généralement un cadre multilatéral du fait de la pluralité des États concernés. Le recours aux traités d'intégration économique compense ces inconvénients.

b) Des traités d'intégration économique

Les préoccupations énergétiques sont au cœur de la coopération régionale. Elles se traduisent par des traités d'intégration économique applicables à l'énergie, voire à des accords spécifiques³¹⁹. L'Europe fut précurseur en instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) en 1951, offrant une réponse à la pénurie d'énergie suite à la seconde guerre mondiale. Elle fut complétée six ans plus tard par la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA) puis par l'Union européenne et son marché intérieur de l'énergie³²⁰. L'accord de libre échange nord-américain (ALENA) institue quant à lui une zone de libre échange entre les États-Unis, le Canada et le Mexique³²¹. Les États membres s'engagent à ouvrir graduellement à la concurrence les produits énergétiques et pétrochimiques³²². L'accord reconnaît les principes de transparence et du traitement de la nation la plus favorisée³²³. Il prohibe les prix minimaux ou maximaux à l'exportation et à l'importation, ainsi que les droits et taxes à l'égard des États membres³²⁴. Néanmoins, des dérogations existent dans le cadre de la clause de sécurité nationale, en cas de conflit armé, et pour la mise en œuvre de politiques relatives à la non-prolifération des armes nucléaires ou pour répondre à des menaces directes de perturbation dans l'approvisionnement en matières nucléaires destinées à la défense. Un système similaire figure dans le traité concernant l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN)³²⁵.

règlement des différends relatifs aux investissements dans le domaine énergétique", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.101

³¹⁸ P.D. CAMERON, *International Energy Investment Law-The Pursuit of Stability*, in Oxford University Press, New-York, 2010 ; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2 ed, 2004, p. 89 à 92 ; 135 s. , 318 ; P. NOËL, "Le régime juridique international des investissements pétroliers de la souveraineté nationale au marché mondial", *CEPMLP*, n°7, 11/10/2000

³¹⁹ T. WÄLDE, "International Law of Foreign Investment: Towards Regulation by Multilateral Treaties", *Business Law International*, 1999, p.50-79

³²⁰ Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, 18/04/1951 ; traité instituant la Communauté économique européenne, 25/03/1957 ; traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, 25/03/1957

³²¹ Accord de libre-échange nord-américain, 17/12/1992 ; T. WÄLDE, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation", *Transnational Dispute Management*, n°1, issue 01, february 2004 ; J. KURTZ, "A General Investment Agreement in the WTO ? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment ", *Journal of International et Economic Law*, n°4, vol. 23, 2003, p.713-789

³²² ALENA, chap. 6

³²³ A. LAPOINTE, "Intégration du marché nord-américain de l'énergie", juillet 2002, www.creden.univ-montpl.fr

³²⁴ ALENA, art. 603 et 604

³²⁵ L. THANADSILLAPAKUL, "Open Regionalism and Deeper Integration: The Implementation of ASEAN

L'encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques

Le dynamisme le plus tangible en la matière provient du continent africain qui bénéficie d'importantes ressources énergétiques minières, de 13% du potentiel hydraulique mondial et d'énergie solaire et éolienne abondantes³²⁶. Cette caractéristique a conduit les États africains à coopérer dans le Plan d'action de Lagos de 1980, manifestant « *la volonté des États africains de maîtriser leur destin économique et politique en exerçant leur pleine autonomie sur les choix politiques ou stratégiques de leur développement* »³²⁷. Elle a également permis à l'Union africaine de faire figurer l'énergie dans son traité institutif, à son tour transposé dans des traités d'intégration économique régionaux. En ce sens, la Communauté économique des États d'Afrique centrale (CEEAC) a pour objet « *de promouvoir et de renforcer une coopération harmonieuse et un développement équilibré et auto-entretenu dans tous les domaines de l'activité économique et sociale, en particulier dans les domaines de (...) l'énergie* » et de mettre « *en œuvre des mécanismes d'échanges appropriés en vue de garantir leur approvisionnement régulier en hydrocarbures* »³²⁸. Les États de la Communauté d'Afrique de l'Est s'engagent à « *adopter des mécanismes visant à la recherche et l'utilisation communes des différentes sources d'énergie disponibles dans la région* »³²⁹. Les membres du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) prévoient un système d'échanges de ressources énergétiques en mettant « *au point un mécanisme pour faciliter le commerce des combustibles énergétiques [et] s'engagent à coopérer dans l'achat groupé des produits pétroliers ; et l'interconnexion des réseaux nationaux d'électricité* »³³⁰. L'Union économique et monétaire Ouest africaine (UEMOA) comprend un schéma d'intégration ayant pour objectif « *d'instituer une coordination des politiques sectorielles nationales par la mise en œuvre d'actions communes voire de politiques communes notamment dans le domaine de l'énergie* »³³¹. Les membres de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) « *conviennent de coordonner et d'harmoniser leurs politiques et programmes dans le domaine de l'énergie* »³³². Un protocole additionnel fut adopté en 2002, reproduisant le traité sur la Charte de l'énergie³³³.

La multiplication des modèles sectoriels a conduit l'Organisation de l'Union Africaine à instituer en 2006, la Commission africaine de l'énergie (AFREC) visant « *l'harmonisation des normes et des pratiques dans le secteur de l'énergie* » et « *l'accélération [...] d'un développement et une utilisation intégrées, coordonnées et harmonisées de l'énergie, et l'élaboration et la mise en œuvre des programmes et politiques d'énergie* »³³⁴. Elle dispose d'une compétence étendue puisqu'elle est tenue « *d'élaborer des politiques, des stratégies et des plans de développement de l'énergie sur la base des priorités de développement de la sous-région, de la région et du Continent* » et de « *développer les échanges et transit commerciaux de biens et services*

Investment Area (AIA) and ASEAN Free Trade Area (AFTA)", CEPMLP, 20/06/2000

³²⁶ IEA, *Key Energy Statistics*, 2010 ; BP, *Statistical Review of World Energy*, juin 2010 ; WORLD ENERGY COUNCIL, *Survey of Energy Resources*, 20th edition, 2004

³²⁷ OUA, Plan d'action de Lagos pour le développement économique de l'Afrique 1980-2000, 1980

³²⁸ Traité établissant Communauté Économique des États d'Afrique Centrale, art. 4 et 54§1b)

³²⁹ Traité établissant la Communauté Économique de l'Afrique de l'Est, art. 101§1

³³⁰ Traité du Marché Commun de l'Afrique Orientale et Australe, art. 107§1 et 2

³³¹ Traité modifié de l'UEMOA, art. 4d)

³³² Traité révisé de la CEDEAO, art. 28

³³³ Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie, oct. 2002

³³⁴ Convention de l'AFREC, art. 3 (h) et (d)

énergétiques entre les États membres »³³⁵. Elle bénéficie d'instances autonomes constituées d'une Conférence des ministres de l'énergie, un Conseil exécutif et un secrétariat. Cependant, son efficacité demeure restreinte par des moyens financiers réduits, reposant essentiellement sur des contributions étatiques, grevées par des moyens déjà consacrés aux organisations régionales d'intégration³³⁶. Des remarques similaires à celles conférées par Stéphane Doumbé-Billé à l'égard de la Convention de Maputo pourraient lui être appliquées, en se demandant « *quel sens peut avoir une Conférence des parties qui ne fonctionne que tous les 2 ans alors que de nombreuses décisions qui caractérisent la vie quotidienne des institutions internationales même conventionnelles sont à prendre* »³³⁷.

Les analyses du cadre juridique général applicable à la sécurité des approvisionnements énergétiques mettent en valeur des inadaptations, voire l'absence de règles communes, conduisant à une fragmentation dans des instruments sectoriels. Cette situation est à l'origine d'un instrument spécifique à vocation universelle : le traité sur la Charte de l'énergie.

II. Le traité sur la Charte de l'énergie

Le traité sur la Charte de l'énergie (TCE) constitue l'aboutissement d'une codification progressive du droit des investissements appliqué au secteur énergétique³³⁸. Il trouve son origine dans l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe du 1er août 1975, ayant pour objet d'établir une coopération entre les États de l'est et de l'ouest de l'Europe sur la sécurité, l'économie, la science, la technique, l'environnement et l'humanitaire³³⁹. Signé à Lisbonne le 17 septembre 1994, le TCE est entré en vigueur le 16 avril 1998 et compte 52 signataires comprenant de nombreux États européens, d'Anatolie, d'Asie centrale et du Caucase, 24 États et 10 organisations internationales bénéficiant d'un statut d'observateur³⁴⁰. La Conférence de la Charte constitue l'organe décisionnel du traité. Constituée d'un membre par État partie, elle se réunit périodiquement pour mettre en œuvre ses dispositions et les adapter, à l'unanimité, sous la forme

³³⁵ *Ibidem*, art. (a) et (f)

³³⁶ G.-F. NTWARI, "Les organisations régionales africaines et l'énergie", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.176

³³⁷ S. DOUMBÉ-BILLÉ, "La nouvelle convention africaine de Maputo sur la conservation de la nature et des ressources naturelles", *RJE*, n°.1, 2005, p.15

³³⁸ T. WÄLDE, "MITs (Multilateral Investment Agreements) in the Year 2000: A Contribution to Melanges Philippe Kahn", *CEPMLP*, 1999

³³⁹ Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, Helsinki, 1er août 1975

³⁴⁰ États signataires : Albanie, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Belarus, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Danemark, Estonie, Communautés européennes, la Finlande, France, Géorgie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Irlande, Italie, Japon, Kazakhstan, Kirghizistan, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldavie, Mongolie, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, Fédération de Russie, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suède, Suisse, Tadjikistan, ex-République yougoslave de Macédoine, Turquie, Turkménistan, Ukraine, Royaume-Uni, de l'Ouzbékistan ; États n'ayant pas ratifié le traité : Australie, Belarus, Islande, Norvège et la Fédération de Russie ; États bénéficiant d'un statut d'observateur : Afghanistan, Algérie, Bahreïn, Canada, Chine, Égypte, Indonésie, Iran, Jordanie, Corée du sud, Koweït, Maroc, Nigéria, Oman, Pakistan, Autorité nationale palestinienne, Qatar, Arabie saoudite, Serbie, Syrie, Tunisie, Émirats arabes unis, États-Unis d'Amérique et Venezuela ; Organisations internationales ayant un statut d'observateur : ASEAN, le Programme de coopération dans la région de la mer Baltique (BASREC), l'Organisation de Coopération économique de la Mer Noire (CEMN), le Conseil de l'énergie électrique des pays de la CEI, la BERD, l'AIE, l'OCDE, la Commission économique des Nations-Unies pour l'Europe, la Banque mondiale et l'OMC

L'encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques

d'amendements ou de protocoles additionnels³⁴¹. Les États-Unis ne sont pas membres mais bénéficient d'un statut d'observateur, la Russie l'a signé mais s'est retirée, et la France l'intégra dans son système juridique dans une loi du 27 mai 1999³⁴².

Le TCE établit « *un cadre juridique destiné à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie* » et s'inscrit dans le prolongement de la Charte européenne de l'énergie et visant à créer « *une communauté paneuropéenne de l'énergie* »³⁴³. Il constitue un accord ambitieux (A) mais une partie de ses instruments demeurent en quête d'efficacité (B).

A. Un accord ambitieux

Le TCE représente selon Cécile Kérébel « *la forme de gouvernance globale de l'énergie la plus aboutie jamais proposée* »³⁴⁴. Il constitue l'unique traité multilatéral propre au secteur énergétique et plus largement, le premier accord multilatéral contraignant au monde en matière d'investissement³⁴⁵. Selon Olivier Louis, « *le traité sur la Charte de l'énergie représente le point haut de la tentative d'encadrer par des règles multilatérales le secteur de l'énergie* »³⁴⁶. Il constitue une réelle avancée puisque ce secteur était auparavant régi par des accords bilatéraux, insuffisants dans des problématiques telles que le transit d'énergie. Les avancées qu'il représente en termes de stimulation économique, de sécurisation des approvisionnements et de sécurité juridique sont soulignées dans la résolution 1131 du Conseil de l'Europe recommandant sa ratification rapide, une pleine mise en œuvre de ses dispositions et un élargissement à d'autres États³⁴⁷. Le TCE a vocation à constituer le point de départ d'une « *législation mondiale* » de l'énergie³⁴⁸. Cette ambition se révèle dans l'affirmation d'un cadre juridique à vocation universelle (1) et dans ses effets novateurs sur le droit international (2).

1) Un cadre juridique à vocation universelle

Les principales avancées du TCE résident dans le caractère innovant de son contenu (a) et dans sa capacité à appréhender globalement le secteur énergétique (b).

a) Un contenu innovant

Le TCE constitue un traité-cadre tel que défini par Alexandre Kiss, c'est-à-dire : « *un instrument conventionnel qui énonce les principes devant servir de fondement à la coopération entre les États parties dans un domaine déterminé, tout en leur laissant le soin de définir, par des accords séparés, les modalités et les détails de cette coopération, en prévoyant, s'il y a lieu, une ou*

³⁴¹ TCE, art. 34 et 36

³⁴² Loi n°99-425 du 27 mai 1999 autorisant la ratification du traité sur la charte de l'énergie, *JORF* n°121 du 28 mai 1999, p.7859

³⁴³ TCE, art. 2 ; La politique énergétique dans l'Union européenne, *Énergie en Europe*, 1995, n°25, p.119

³⁴⁴ C. KÉRÉBEL, "Quelle gouvernance globale pour les marchés du pétrole et du gaz ?", *préc.*, p. 90

³⁴⁵ J.H. KEPPLER, C. SCHÜLKE, "Investir dans le secteur de l'énergie : une question de gouvernance", *préc.*, p. 151, in C. KÉRÉBEL et J. H. KEPPLER (DIR.), *La gouvernance mondiale de l'énergie*, *préc.*

³⁴⁶ O. LOUIS, "l'Organisation mondiale du commerce peut-elle être un modèle de gouvernance pour le secteur de l'énergie ?", *préc.*, p. 221

³⁴⁷ Conseil de l'Europe, résolution 1131 relative au traité sur la Charte de l'énergie, 27 juin 1997

³⁴⁸ R. BABADJI, "Le Traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994)", *AFDI*, 1996, p.880

Le droit économique de l'énergie (droit international)

des institutions adéquates à cet effet »³⁴⁹. Les principales dispositions concernent la protection des investissements, le commerce des matières et produits énergétiques, le transit et le règlement des différends. Cette structure offre des possibilités d'adaptation aux exigences nouvelles par le biais d'amendements et de protocoles additionnels. En ce sens, un protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes fut adopté le jour de la signature du TCE³⁵⁰. Un amendement sur le commerce fut conclu en 1998 afin de mettre en conformité le traité avec les principes de l'OMC relatifs à la non-discrimination, la transparence et la libéralisation du commerce international³⁵¹. Un projet de protocole sur le transit soumis à la Conférence le 10 décembre 2003 est en attente de signature et l'article 10§4 du TCE prévoit l'adoption d'un traité complémentaire sur les investissements³⁵².

Cette dynamique est également permise grâce la Conférence de la Charte. Épaulée par un secrétariat, elle assure l'application et le renouvellement des dispositions du traité. Elle est composée de délégués des États parties et tient des réunions ordinaires semestrielles à Bruxelles, complétées au besoin par des réunions extraordinaires. Elle autorise la négociation et l'adoption de protocoles et de déclarations, décide des adhésions au traité, autorise la négociation et l'adoption d'accords d'association³⁵³. Ces compétences permettent d'affirmer que la Conférence dispose de la personnalité juridique internationale³⁵⁴. L'article 34§7 du TCE la charge d'évaluer les dispositions du traité au maximum tous les cinq ans et peut au besoin accroître ses propres compétences³⁵⁵. Elle a également la faculté d'instituer des organes subsidiaires. Plusieurs instances *ad-hoc* sur la stratégie, l'investissement, le commerce et le transit ont ainsi été créées³⁵⁶. Dans ce sens, l'*Industry advisory panel* regroupe des sociétés privées de nombreux États signataires, jouant à la fois un rôle de forum international et de conseil dans la mise en œuvre du traité³⁵⁷. La Conférence a donc su profiter des prérogatives à sa disposition pour faire du TCE un lieu de la gouvernance du secteur de l'énergie.

Le traité innove également par la reprise de principes et de standards issus du droit économique international. Notions indéterminées, les standards renvoient à un modèle de normalité, reliant la normativité juridique à une normalité technique ou sociale³⁵⁸. Ils sont « *mêlés de fait et de droit* », enrichissent le droit par des réalités sociales et leur souplesse les rend applicables à une

³⁴⁹ A.-C. KISS, "Les traités-cadres : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement", *AFDI*, 1993, p.793

³⁵⁰ Protocole de la charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes, 17/12/1994

³⁵¹ Amendment to the trade-related provisions of the Energy Charter Treaty, April 1998

³⁵² Le projet de protocole est disponible sur le site du TCE: www.encharter.org

³⁵³ TCE, art. 34

³⁵⁴ Z. RADIVOJEVIĆ, "La personnalité juridique internationale et la capacité des organisations internationales universelles de conclure des traités", *The scientific journal FACTA UNIVERSITATIS Series Law and Politics*, n°1, 1997, p.95-102

³⁵⁵ Les conclusions de 1999 et 2004 n'ont pas apportées de modification au TCE. La Conférence d'Athènes du 28 novembre 2008 a confirmé qu'une troisième analyse du TCE serait conduite en 2009.

³⁵⁶ TCE, art. 34 al. 5: « *La Conférence de la Charte peut créer les organes subsidiaires qu'elle estime appropriés pour l'accomplissement de sa mission* ».

³⁵⁷ *Report of the Chairman of the Ad Hoc Energy Charter Strategy Group*, 19th Meeting of the Energy Charter Conference, 28/11/2008

³⁵⁸ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 123.

L'encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques

diversité de situation³⁵⁹. Ils figurent essentiellement à l'article 10§1 du traité dans l'obligation faite aux États d'assurer « *un traitement loyal et équitable* » aux investissements et une « *protection et une sécurité les plus constantes possible* ». Les États s'abstiennent d'adopter des « *mesures déraisonnables ou discriminatoires* » et des « *mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation* ». Si certains standards font l'objet de précédents, d'autres restent à explorer et à interpréter par voie d'arbitrage.

Le TCE reprend certains principes du droit économique international tels que le principe de libre transit de l'énergie affirmé dans l'article 7 et imposant aux États de veiller à ce que le transfert des matières et produits énergétiques s'effectue sans distinction fondée sur l'origine, la destination ou à la propriété des matières, et sans discrimination dans la formation des prix, sans imposer de retards, de restrictions ou de taxes déraisonnables. Ce principe interdit également l'interruption ou la réduction du flux de matières et de produits énergétiques en cas de litige sur les modalités du transit, avant l'achèvement des procédures de règlement des différends. Il constitue une innovation majeure puisque ces dispositions sont applicables, même si l'énergie provient d'un territoire extérieur aux parties contractantes ou si elle est destinée à un territoire situé en dehors de cette zone.

En vertu du principe de non discrimination, les Parties s'engagent à faciliter l'accès aux ressources énergétiques en accordant des autorisations, des licences ou des concessions sur la base de critères publiés et non-discriminatoires. Ce principe est lié à l'article 22 disposant que les entreprises d'État dans le secteur de l'énergie doivent mener leurs activités d'une manière compatible avec les obligations du traité.

L'article 18 reconnaît un principe de souveraineté nationale sur les ressources énergétiques, faisant écho à la résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations unies. Conformément à celui-ci, chaque État peut décider des secteurs géographiques destinés à être mis à la disposition pour l'exploration et l'exploitation, déterminer les méthodes de récupération, le rythme d'extraction, la fiscalité, les normes environnementales et de sécurité, voire participer directement à l'exploration ou à l'exploitation des gisements.

Le traité reprend le principe du traitement équivalent au traitement national et le principe de la nation la plus favorisée. Leur combinaison oblige l'État à accorder les conditions les plus favorables reconnues aux investisseurs étrangers, ceux-ci pouvant également appliquer un régime juridique équivalent au traitement national concernant le transport de matières et produits énergétiques, l'accès aux capitaux et aux investissements³⁶⁰.

L'article 13 impose un principe de non-expropriation ou de mesures ayant des effets équivalents, la nationalisation ne pouvant être effectuée que pour des motifs d'intérêt public, de manière non-discriminatoire, dans des conditions garanties par la loi et par une compensation prompte, adéquate et effective. Les parties s'engagent également à respecter un principe de la compensation pour perte lorsqu'un investisseur subit des préjudices en raison d'une guerre, d'un conflit armé, d'un état d'urgence nationale, de troubles civils ou d'autres événements similaires. Dans

³⁵⁹ S.RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard. (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980

³⁶⁰ Respectivement : TCE, art. 7§3, 9§1, et 10.

ce cas, l'indemnisation doit s'effectuer selon les principes du traitement équivalent au traitement national ou de la nation la plus favorisée.

Le TCE reconnaît enfin les principes de précaution et de pollueur payeur.

Ce traité dispose donc un contenu innovant. Toutefois, la portée de ces dispositions doit être relativisée au motif qu'elles ne s'appliquent que pour les investissements réalisés et non lors des négociations, la question pouvant être levée à condition d'amender le traité en faveur d'une clause de libre admission³⁶¹.

Une seconde originalité réside dans sa capacité à appréhender la globalité du secteur énergétique.

b) Une appréhension globale du secteur énergétique

Alors que les prix de l'énergie sont essentiellement régis par des législations nationales, la sécurité des approvisionnements bénéficie grâce au TCE, d'un cadre juridique international applicable à l'ensemble du secteur énergétique. La justification trouve sa source dans un champ d'application étendu. Les « *matières et produits énergétiques* » sont définis à l'article 1§4 et précisés dans l'annexe EM. Ces dispositions s'appliquent aux principales sources d'énergie : pétrole, gaz, charbon, énergie nucléaire, électricité. Ce résultat conduit Ramdane Babadji à affirmer que « *la définition du champ de l'énergie tel qu'il ressort des énumérations des produits, matières et activités soumises montre la volonté d'englober la totalité du domaine considéré* »³⁶². Les seules exceptions concernent la diffusion de chaleur dans les locaux multiples et les investissements dans les produits et matières énumérées à l'annexe NI³⁶³.

L'interrogation porte sur l'applicabilité à l'efficacité énergétique parce que les « *matières et produits énergétiques* » visées par le traité ne concernent en apparence que des énergies produites. Dans le cas de l'efficacité énergétique, l'investissement vise à réduire la quantité d'énergie consommée, pour une même qualité de service. Le protocole sur l'efficacité énergétique promeut certes ces pratiques, mais ne régit pas les investissements dans ce domaine. La réponse peut être obtenue dans une clause interprétative de l'Acte final de la Conférence sur la charte européenne de l'énergie, stipulant que relèvent des activités économiques du secteur énergétique : « *les activités de recherche, de conseil, de planification, de gestion et de conception liées aux activités mentionnées ci-dessus, y compris celles visant à améliorer l'efficacité énergétique* ». Le second élément de réponse figure dans le guide du TCE établi par la Conférence, considérant que les dispositions du traité relatives à la promotion et à la protection des investissements s'appliquent à tout investissement réalisé par un investisseur d'une autre partie contractante associé à « *une activité économique dans le secteur énergétique [...]. Les activités destinées à accroître l'efficacité*

³⁶¹ TCE, art. 10

³⁶² R. BABADJI, "Le Traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994)", *AFDI*, 1996, p.878.

³⁶³ *Matières et produits énergétiques non applicables aux investissements pour la définition de l'« activité économique du secteur de l'énergie »* (annexe NI): Huiles et autres produits provenant de la distillation des goudrons de houille à haute température; produits analogues dans lesquels les constituants aromatiques prédominent en poids par rapport aux constituants non aromatiques (par exemple, les benzols, toluols, xylols, naphthalènes, autres mélanges d'hydrocarbures aromatiques, phénols, huiles de créosote et autres) ; bois de chauffage en rondins, billettes, bûches, fagots ou sous formes similaires ; charbon de bois (y compris le charbon de coques ou de noix), même aggloméré.

L'encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques

énergétique sont également inclus[es] »³⁶⁴.

L'innovation du TCE tient également de sa capacité à couvrir l'ensemble du cycle énergétique, qu'il définit comme « *la chaîne énergétique complète, y compris les activités liées à la prospection, à l'exploration, à la production, à la conversion, au stockage, au transport, à la distribution et à la consommation des différentes formes d'énergie, le traitement et l'élimination des déchets, ainsi que le déclassement, la cessation ou la clôture de ces activités, l'impact néfaste pour l'environnement devant être réduit à un minimum* »³⁶⁵. Bien que cette liste ne mentionne pas la phase d'exploration, une clause interprétative stipule que la prospection constitue une activité économique du secteur de l'énergie³⁶⁶.

Le TCE constitue donc une source essentielle du droit de l'énergie. En complément, il produit des effets novateurs sur le droit économique international.

2) Des effets novateurs sur le droit international

Un apport majeur du TCE sur le droit international réside dans sa fonction de codification du droit des investissements (a), et son concours au développement de l'arbitrage (b).

a) Une codification du droit des investissements

De nombreux accords sur le commerce international et la protection des investissements ont été conclus dès les années 1990, pour garantir aux investisseurs lésés le droit de recourir à l'arbitrage afin de faire valoir leurs droits. Leur multiplication et les litiges subséquents ont posé les bases du droit international des investissements³⁶⁷. La reprise de ces principes et standards par le TCE conduit à les appliquer conformément aux orientations de la jurisprudence arbitrale. Bien que la multiplicité des instruments et des instances d'arbitrage puisse entraîner des exégèses divergentes, un alignement progressif s'observe aboutissant à une harmonisation³⁶⁸. Celle-ci est favorisée par une pratique courante des arbitres consistant à indiquer dans la sentence, l'interprétation qu'ils entendent donner à ces notions³⁶⁹.

De nombreuses interrogations concernant l'interprétation des standards et principes du TCE ont dès lors été résolues par le droit économique international. Tel est le cas du « *traitement juste et équitable* » et de la « *clause de la nation la plus favorisée* » développés dans des modèles de convention de l'OCDE et dans les traités bilatéraux d'investissements³⁷⁰. Le principe du traitement

³⁶⁴ Guide du traité sur la charte de l'énergie, protection et promotion des investissements, pt 6.

³⁶⁵ TCE, art. 19-3-a

³⁶⁶ TCE, clauses interprétatives : « *les activités suivantes constituent des exemples d'activités relevant des activités économiques du secteur de l'énergie : i) la prospection* ».

³⁶⁷ D. CARREAU, T. FLORY et P. JUILLARD, *Droit international économique*, LGDJ, 3^e éd., 2007

³⁶⁸ T. WÄLDE, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation", *Transnational Dispute Management*, n°1, issue 01, february 2004

³⁶⁹ Concernant l'interrelation des standards de l'article 10§1 du TCE: CIRDI, *Plama Consortium Ltd. c/ Bulgaria*, n° ARB/03/24, 27/08/2008, p. 50 s.

³⁷⁰ « *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements* », OCDE, documents de travail sur l'investissement international n°2004/3, sept. 2004 ; W. BEN HAMIDA, "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?" *JDI*, n°4, doct. 10, oct. 2007

Le droit économique de l'énergie (droit international)

national constitue également un fondement bien connu dans les différends de l'OMC³⁷¹. La notion d'expropriation constitue une reprise de l'article 1110 de l'ALENA³⁷². Des précisions sont également apportées concernant les « *mesures déraisonnables ou discriminatoires* » et les « *mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation* »³⁷³. A cet effet, la doctrine démontre que l'arbitrage du TCE tend à s'aligner sur les sentences du droit économique général³⁷⁴. Dès lors, sa jurisprudence abondante constitue un précieux creuset d'interprétation pour les dispositions complexes du TCE. Elles l'est *a fortiori* de par la possibilité pour le tribunal, de se fonder sur les « *règles et principes applicables de droit international* »³⁷⁵.

A l'inverse, la consécration de ces principes et standards par le TCE contribue à renforcer le droit international des investissements, l'exégèse arbitrale constituant une nouvelle source d'inspiration pour la matière³⁷⁶. Dans l'affaire *Petrobart Ltd. contre Kirghizstan*, les arbitres s'interrogent sur l'applicabilité du traité à Gibraltar³⁷⁷. Alors que Gibraltar figure parmi les signataires, la ratification du Royaume-Uni ne mentionne pas ce territoire. La question était de savoir si le traité continuait à s'appliquer à Gibraltar suite à la ratification, en sachant que le TCE est applicable dès sa signature³⁷⁸. Le tribunal arbitral s'est prononcé en faveur d'une applicabilité des dispositions malgré la non-inclusion de ce territoire dans le processus de ratification. Cette interprétation qui a retenu l'attention de la doctrine pourrait influencer le droit international en cas de généralisation³⁷⁹. Dans l'affaire *Kardassopoulos*, le CIRDI était interrogé sur l'applicabilité des règles du traité pour des investissements effectués entre la date de signature et de ratification³⁸⁰. Les arbitres se prononcèrent en faveur d'une application dès la date de signature. Il en va de même pour d'autres principes et standards du traité tels que les « *mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation* »³⁸¹. L'exégèse arbitrale est également complétée par un guide d'interprétation réalisé par la Conférence³⁸².

L'organisation de ces instruments dans le TCE accroît leur lisibilité et la sécurité

³⁷¹ CIRDI, *CME v. Czech Republic*, Rapport CIRDI, vol. 9 ; CIRDI, *Feldman Karpa v. Mexico*; *Myers v. Canada*, 16/12/2002 ; CIRDI, *Ethyl v. Canada*; *Methanex v. US*, *The American Journal of International Law*, vol. 100, n° 3, Jul. 2006, pp. 683-689

³⁷² C. SCHREUER, "The concept of expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", 20/05/2005, <http://www.univie.ac.at> ; CIRDI, *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Morocco*, *Jurisdiction*, n° ARB/00/4 (Italy/Morocco BIT), *JDI*, 2002, p. 196, obs. E. GAILLARD.

³⁷³ ISCC, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c/ Latvia*, n.° 118/2001, 16/12/2003

³⁷⁴ T. WÄLDE, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty : An Overview of Selected Key Issues", *Transnational Dispute Management*, n°.I, n°2, 2004 ; R. HAPP, "Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty", *German YB Int'l Law*, 2003, p. 12

³⁷⁵ TCE, art. 26-6

³⁷⁶ T. WÄLDE, "The Role of Arbitration in the Globalisation of Energy Markets", *CEPMLP*, n°.6, 01/07/2000 ; G. CORDERO MOSS, "Arbitrability of Disputes Regarding Petroleum Investments in Russia and the Validity of an International Arbitral Award", *CEPMLP*, n°.7, 16/11/2000

³⁷⁷ *Petrobart Ltd. v. Kyrgyzstan*, Arbitration Institute of the SCC – Case n° 126/2003, 29/03/2005

³⁷⁸ TCE, art. 45§1

³⁷⁹ J.L. LOFTIS et M. J. BEELEY, "The Rise of Energy Charter Treaty Arbitration", *The European Arbitration Review*, 2007, p.8, www.globalarbitrationreview.com

³⁸⁰ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID, Case n° ARB/05/18, 07/07/2007

³⁸¹ T. WÄLDE et A. KOLO, "Confiscatory Taxation under Customary International Law and Modern Investment Treaties", *CEPMLP*, n°.4, 1999

³⁸² *The Energy Charter Treaty : A Reader's Guide*, June 2002, p. 26, www.encharter.org

juridique³⁸³. Étant donné l'importance du traité et la reprise de ces instruments dans plusieurs milliers de conventions bilatérales, leur inscription dans le TCE tend les codifier et contribue à en faire des normes internationales du droit coutumier³⁸⁴. Cette exégèse s'applique en particulier au recours à l'arbitrage.

b) Le recours à l'arbitrage

Une originalité du TCE réside dans la capacité des investisseurs de recourir à l'arbitrage international en cas de litige avec une partie contractante³⁸⁵. Un différend qui n'aura pu être résolu dans les trois mois à compter d'une demande amiable pourra être soumis soit devant les juridictions de l'État hôte, soit à une procédure préalablement convenue, soit à une conciliation ou à un arbitrage international, le mode de règlement reposant sur le choix de l'investisseur. Le tribunal arbitral compétent dépend des conventions auxquels les États sont parties, et peut concerner le CIRDI, la CNUDCI ou la chambre de commerce de Stockholm. Ces dispositions innovent parce que les possibilités d'intenter un recours juridictionnel contre un État s'avèrent généralement limitées en droit international³⁸⁶. Or, en l'espèce, elles permettent d'engager la responsabilité des États en cas de non respect des dispositions du traité et le cas échéant d'obtenir le versement de dommages intérêts. La procédure se caractérise par la responsabilité exclusive de l'État partie même si l'auteur du dommage allégué est un État fédéré, une autorité locale, de régulation ou une entreprise d'État³⁸⁷. La particularité réside également dans un « *droit asymétrique* » puisque seul l'investisseur peut se prévaloir de cette procédure et non un État partie³⁸⁸.

La généralisation du recours à l'arbitrage confortée par le TCE conduit selon certains auteurs à la naissance d'une branche du droit spécifique³⁸⁹. Alors que Thomas Wälde affirmait en 2004 qu'il n'existait pas d'analyse doctrinale de la jurisprudence en droit économique international, l'émergence de contentieux dans le cadre du TCE tend à la faire émerger³⁹⁰. Selon Yves Derains, ce mouvement devrait s'accroître dans les prochaines années sous l'impulsion des droits internationaux économique et de l'énergie³⁹¹. Cette procédure contribue à généraliser la responsabilisation des États envers des personnes privées et évite les rigidités du système judiciaire³⁹². Ses partisans invoquent l'assurance d'une neutralité non assurée par les tribunaux de

³⁸³ C. LEBEN, "L'évolution du droit international des investissements", *CEPMLP*, n° 7, déc. 2000

³⁸⁴ F. LOZANORIOS, "Le règlement des différends relatifs aux investissements dans le domaine énergétique", *préc.*, p. 105-107

³⁸⁵ TCE, art. 26

³⁸⁶ C. BAMBERGER, J. LINEHAN et T. WÄLDE, "The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase", *CEPMLP Internet Journal*, n° 7, July - Dec 2000

³⁸⁷ ISSC, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c/ Latvia, Arbitration, préc.*

³⁸⁸ T. WÄLDE, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation", *Transnational Dispute Management*, n° 1, issue 1, feb. 2004.

³⁸⁹ A.K. MYRVANG, "An Illustration of how Traditional Arbitration is being changed by Modern International Investment Law", *CEPMLP*, n° 13, 31/07/2003

³⁹⁰ T. WÄLDE, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation", *préc.*

³⁹¹ Y. DERAIS, "L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage", *Gaz. Pal.*, n° 123, 3 mai 2001, p. 10.

³⁹² E.B. WEISS, "Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century", *The American Journal of International Law*, n° 4, vol. 96, oct. 2002, p. 798-816 ; A. BENCHENEB, "Le droit au juge arbitral en matière minière: constats et

certains États, l'expertise de l'arbitre, des coûts réduits, une plus grande confidentialité et un traitement accéléré des litiges³⁹³. Ce mode de règlement permet également à l'arbitre de juger en équité et en opportunité³⁹⁴.

Le TCE constitue donc un instrument essentiel du droit économique de l'énergie mais ses dispositions se heurtent à un manque d'efficacité.

B. Un accord en quête d'efficacité

L'efficacité juridique réside dans la capacité d'un système normatif à produire les effets prescrits par la règle. Or, le TCE comprend des carences dans ce domaine liées à une légitimité restreinte (1) et à une nécessaire consolidation juridique (2).

1) Une légitimité restreinte

Les carences dans l'efficacité du TCE trouvent leurs sources dans la non-adhésion de plusieurs États influents du secteur énergétique (a) et dans un renouvellement juridique difficile (b).

a) Un nombre limité de ratifications

Les lendemains de la signature du traité ont été marqués par l'absence d'engouements des États puisque deux ans plus tard, seules sept ratifications étaient intervenues³⁹⁵. De plus, des nations influentes dans le secteur énergétique telles que la Chine, la Russie, le Belarus, la Norvège, les États-Unis, l'Australie et de nombreux États producteurs d'énergie du Moyen-Orient ne sont pas parties au traité. Cette déshérence conduit Cécile Kérébel à affirmer que le TCE constitue « *un cadre légal unique mais décrédibilisé* »³⁹⁶. La situation peut être tempérée par le fait que certains États disposent d'un statut d'observateur ou appliquent le traité provisoirement.

Le désaccord de la Russie sur le contenu du traité, sa légitimité limitée et son inefficacité face aux conflits de transit gazier avec l'Ukraine et le Belarus la conduisent à proposer la rédaction d'un traité de remplacement³⁹⁷. Alors qu'une évolution du TCE pourrait s'avérer souhaitable pour une adaptation aux nouveaux enjeux, l'opportunité d'abroger l'ensemble du dispositif suscite l'interrogation. En effet, si l'on tient compte du principe « *favor contractus* », quatrième principe d'Unidroit relatif au droit du commerce international, le fait qu'une convention internationale est longue à négocier, qu'elle concerne des intérêts importants et que les procès auxquels elle peut

perspective", *RDAL*, n°.7, 01/10/2003, p.779-800 ; B. OPPETIT, "Modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique", *Justices*, n°.1, 1995 ; C. JARROSSON, "Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale", *RIDC*, vol. 49, n°.2, 1995

³⁹³ T. WÄLDE, "Mediation/Alternative Dispute Resolution in Oil, Gas and Energy Transactions: Superior to Arbitration/Litigation from a Commercial and Management Perspective", *CEPMLP*, n°.13, 02/04/2003

³⁹⁴ M. BOSSUYT, "La Cour d'arbitrage: contrôle d'égalité ou contrôle d'opportunité? A propos de la faculté de suspension par le Conseil d'État des décisions confirmatives du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides", *RTDH*, 1996, p.555-575

³⁹⁵ R. BABADJI, "Le Traité sur la Charte européenne de l'énergie, *préc.*, p.874

³⁹⁶ C. KEREBEL, "Quelle gouvernance globale pour les marchés du pétrole et du gaz ?", *préc.*, p. 90 ; D. VICTOR, A. JAFFE et M. HAYES, *Natural Gas and Geopolitics: From 1970 to 2040*, Cambridge University, Cambridge, 2006 ; K. WESTPHAL, "Energy Policy between Multilateral Governance and Geopolitics: Whither Europe?", *Internationale Politik und Gesellschaft*, n°.4, 2006, p.53

³⁹⁷ "La Russie dévoile son projet de traité international sur l'énergie", 23/04/2009, www.euractiv.com

L'encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques

donner lieu peuvent s'avérer complexes et coûteux, conduit à favoriser le maintien de cette convention, quitte à lui apporter des aménagements³⁹⁸. Or, le TCE semble contenir les dispositions juridiques nécessaires à une adaptation aux exigences nouvelles, même si elles peinent à aboutir.

b) Un renouvellement juridique difficile

L'article 33 du TCE prévoit la possibilité de compléter ses dispositions par des protocoles additionnels. Suite à la signature de la Charte européenne de l'énergie, la Conférence a débuté des négociations concernant un protocole sur l'énergie nucléaire et la sûreté des installations. La France rejeta ce projet au motif qu'il aurait pour effet d'ouvrir ses frontières à des investisseurs ressortissant d'États signataires du TCE, à la culture de la sûreté nucléaire jugée insuffisante³⁹⁹. La Conférence menait en parallèle des négociations dans le domaine des hydrocarbures, dans un premier temps suspendues jusqu'à la signature du traité, pour être ensuite abandonnées⁴⁰⁰. L'article 10§4 prévoit l'adoption d'un traité complémentaire régissant les investissements avant le 1er janvier 1998⁴⁰¹. Des négociations ont été ouvertes dès la signature du traité afin de disposer d'un instrument contraignant qui étendrait le principe du traitement équivalent au traitement national à l'ensemble des investisseurs. Cette négociation n'a pas abouti du fait notamment d'une attitude réservée de la France à l'égard d'une trop grande libéralisation des investissements⁴⁰². La Conférence a publié un projet de protocole relatif au transit d'énergie non encore adopté. La Russie considère que « *le protocole sur le transit n'était pas satisfaisant pour la Russie étant donné la position de certains pays, comme l'Ukraine ou la Pologne* »⁴⁰³. En matière de libéralisation des échanges, le TCE prévoit l'adoption d'un amendement devant aboutir au plus tard le 1er janvier 1999. Rédigé en 1998, cet accord n'est entré en vigueur que le 21 janvier 2010 et permet d'inclure dans le commerce énergétique les biens d'équipement et détermine un niveau pour les taxes et droits de douanes.

Ces événements démontrent que bien que le traité dispose sur le plan juridique d'instruments nécessaires à son évolution, les États adoptent une attitude timorée quant à leur mise en œuvre. En vue de pallier ces attermoissements, la Conférence institua le 9 décembre 2009, un Groupe sur la stratégie de la Charte de l'énergie, sous la forme d'un forum permanent chargé de mettre en exergue les carences, les causes d'ineffectivité des dispositions du traité et de proposer évolutions. Le 24 novembre 2010, il a rendu une feuille de route pour la modernisation du processus de la Charte de l'énergie à l'horizon 2014, sollicitant une relance du cycle des négociations, l'établissement de contrats types en vue de renforcer la sécurité juridique, une coordination des politiques énergétiques et une extension de la coopération avec les organisations internationales dans le domaine de

³⁹⁸ J.P. BÉRAUDO, "Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international", *JCP G*, n° 18, 3 mai 1995

³⁹⁹ A. BOREL, *Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant la ratification du traité sur la Charte de l'énergie, préc.* ; A. BOYER, *Charte de l'Energie*, Sénat, rapport n°267, 19/03/1997

⁴⁰⁰ Guide du traité sur la Charte de l'énergie, www.encharter.org

⁴⁰¹ O. LOUIS, "L'Organisation mondiale du commerce peut-elle être un modèle de gouvernance pour le secteur de l'énergie ?", *préc.*, p. 221

⁴⁰² A. BOREL, *Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant la ratification du traité sur la Charte de l'énergie, préc.* ; concernant les étapes de négociations : *Agence Europe*, 19 et 20 décembre 1994, *Agence Europe*, 5 mai 1995 et 6 juin 1996

⁴⁰³ Y. POZZO DI BORGIO, *Union européenne - Russie : quelles relations ?*, n°307, Sénat, 10/05/2007.

l'efficacité énergétique⁴⁰⁴. Cette approche de l'évaluation semble constituer une méthode satisfaisante pour révéler les entraves et insuffler une dynamique de consolidation.

2) Des perspectives de consolidation

Des évolutions pourraient être instituées concernant la gestion de crise (a) et l'encadrement du nationalisme énergétique (b).

a) Des instruments de gestion de crise

Le TCE a démontré ses limites dans les conflits Russo-ukrainiens de 2006 et 2009⁴⁰⁵. L'article 7 prévoit un principe du libre transit et l'interdiction d'interrompre ou de réduire le flux existant de matières et produits énergétiques, en cas de différend portant sur une question quelconque soulevée par ce transit, avant l'achèvement des procédures de règlement de différend. Or, ces conflits se sont traduits dans les deux cas par une rupture des approvisionnements gaziers européens⁴⁰⁶. Des faits similaires impliquant la Russie et le Belarus durant l'hiver 2006 entraînent une suspension des exportations de pétrole vers l'UE pendant plusieurs jours⁴⁰⁷. Ces faits démontrent l'inapplication des dispositions du traité ratifié par l'Ukraine et temporairement appliqué par la Russie et le Belarus. Ces affaires non résolues dans le cadre du TCE posent la question de l'effectivité du traité quant à la gestion de ce type de conflit et la nécessité éventuelle de sa révision⁴⁰⁸.

Dans sa feuille de route pour la modernisation du processus de la Charte de l'énergie, le Groupe sur la stratégie de la Charte de l'énergie invite les États à adopter urgemment un protocole sur le transit d'énergie ainsi qu'un mécanisme de gestion de crise. En effet, en dehors de ses principes, le TCE n'est doté d'aucun moyen de prévention des différends⁴⁰⁹. Alors que la Conférence s'oppose à une révision approfondie du traité, elle s'avère en revanche favorable à une évolution fondée sur un système de gestion de crise précoce⁴¹⁰. Ce mécanisme pourrait conduire à la création d'une équipe permanente chargée d'intervenir en cas de risque avéré de manquement aux dispositions du traité, afin de prévenir les litiges par un traitement en amont, évitant le recours à l'arbitrage, et concourant à l'effectivité du droit.

Le second défi du TCE réside dans le développement d'instruments juridiques permettant de faire face au nationalisme énergétique.

⁴⁰⁴ ENERGY CHARTER STRATEGY GROUP, *Road Map for the Modernisation of the Energy Charter Process*, 24/11/2010, www.encharter.org

⁴⁰⁵ "Une politique en matière de gazoducs ? La bataille pour l'énergie qui oppose la Russie et l'UE", 06/05/2009, www.euractiv.com

⁴⁰⁶ "Ukraine gas row hits EU supplies", *BBC News*, 01/01/2006 ; "Moscou va suspendre les livraisons de gaz vers l'Ukraine", *Reuters*, 31/12/2008 ; "Le différend gazier entre Kiev et Moscou se durcit", *Reuters*, 03/01/2009 ; "Coupures de gaz russe: "une situation complètement inacceptable", selon l'UE", *AFP*, 06/01/2009

⁴⁰⁷ Y. POZZO DI BORGIO, *Union européenne - Russie : quelles relations ?*, préc.

⁴⁰⁸ R. HAPP, *Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty*, The Nord Stream-Pipeline: Legal, Economic and Environmental Issues (conférence), Kiel, 21/02/2009

⁴⁰⁹ A. DE MONTESQUIOU, *Rapport d'information fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur la politique de l'énergie*, n°259, 15 mars 2006, p.56

⁴¹⁰ "A Word from the Secretary General on the Energy Crisis of Early 2009", 06/02/2009, www.encharter.org

b) L'encadrement du nationalisme énergétique

Le secteur énergétique est confronté à un phénomène de nationalisation fondé sur le principe de souveraineté nationale sur les ressources naturelles, se traduisant par l'éviction des sociétés étrangères au profit d'entreprises étatiques, pouvant conduire à une nationalisation des gisements⁴¹¹. Cette situation est patente dans le cas de la Russie puisque si la signature de la Charte de l'énergie s'inscrivait dans une période de privatisation engagée sous la présidence de Boris Eltsine, l'arrivée de Vladimir Poutine s'est traduite par une reprise en main par l'État du secteur énergétique, considérant que « *ce texte avait été élaboré en prenant en compte uniquement les intérêts des pays consommateurs et non ceux des pays producteurs* »⁴¹². Le président Russe soutenait dès son accession au pouvoir l'importance qu'il accordait à la place des matières premières, en particulier des hydrocarbures, dans le développement économique de la Russie et sur le rôle central de l'État au nom de l'intérêt général⁴¹³. Cette « *kremnilisation* » des hydrocarbures s'est traduite par l'éviction des sociétés Shell, Mitsui et Mitsubishi contraintes de céder leurs intérêts concernant le projet pétrogazier Sakhaline 2 et par une prise de contrôle des opérations par Gazprom⁴¹⁴. Un sort similaire fut réservé à Total dans le projet Sakhaline 1. L'Ukraine et le Belarus ont quant à eux dû céder à Gazprom le contrôle de leurs réseaux de transport de gaz naturel en contrepartie d'un prix plus avantageux de l'énergie.

L'article 13 du TCE interdit la nationalisation, l'expropriation ou des mesures ayant des effets équivalents, sauf si elle est réalisée pour des motifs d'intérêt public, n'est pas discriminatoire, bénéficie des garanties prévues par la loi, et s'accompagne du versement d'une compensation prompte, adéquate, et effective. Des arbitrages ont permis de faire respecter ces dispositions et contribuent à en préciser le contenu⁴¹⁵. Cependant, au même titre que pour le transit, le TCE manque d'un cadre préventif. Celui-ci pourrait être envisagé sur le modèle de l'état de nécessité tel qu'il existe en droit international⁴¹⁶. Pour être valide, l'atteinte doit être fondée sur un intérêt essentiel de l'État, la Commission du droit international estimant que « *le caractère plus ou moins "essentiel" d'un intérêt donné est naturellement fonction de l'ensemble des conditions dans lesquelles un État se trouve dans les différentes situations concrètes* » et qu'« *il doit donc être évalué par rapport au cas d'espèce dans lequel le dit intérêt entre en considération, et non pas déterminé au préalable dans l'abstrait* »⁴¹⁷. Ont ainsi été reconnus comme des intérêts essentiels : la sécurité, la situation économique de l'État, l'ordre public, la protection de la population et la

⁴¹¹ G. JOFFÉ, P. STEVENS, T. GEORGE, J. LUX et C. SEARLE, "Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism", *Journal of World Energy Law and Business*, n°1, vol 2, 26/12/2008, p.3-23 ; J. COMBACAU, "La crise de l'énergie au regard du droit international", Colloque de Caen, *La crise de l'énergie et le droit international*, Pedone, 1976

⁴¹² Y. POZZO DI BORGO, *Union européenne - Russie : quelles relations ?*, n°307, Sénat, 10 mai 2007.

⁴¹³ A. DUBIEN, "Énergie, l'arme fatale du Kremlin", *Politique Internationale*, n°111, printemps 2006, p.371-386

⁴¹⁴ J. PERCEBOIS, "Le tour du monde des nationalismes énergétiques", *Le journal européen du développement durable*, 12/02/2008, www.citedurable.com

⁴¹⁵ ISCC, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c/ Latvia*, préc. ; T. WÄLDE et A. KOLO, "Confiscatory Taxation under Customary International Law and Modern Investment Treaties", *CEPMLP*, n°4, 1999 ; D. AB IAGO, "La Russie est liée par le traité sur la charte de l'énergie", *Europol. énergie*, n°769, 16/12/2009, p.13

⁴¹⁶ R. BOED, "State of Necessity as Justification for International Wrongful Conduct", *Yal Human Rights & Development*, n°3, 2000, p.16

⁴¹⁷ CDI, *Deuxième rapport sur la responsabilité des États*, 30/04/1999, §281

Le droit économique de l'énergie (droit international)

protection de l'environnement⁴¹⁸. L'état de nécessité implique également l'existence d'un péril grave et éminent, la Cour internationale de justice rapprochant cette notion de l'urgence, exigeant le caractère certain et inévitable du péril, et l'obligation d'apporter des preuves scientifiques et techniques⁴¹⁹. L'État doit encore mettre en œuvre tous les moyens alternatifs lorsqu'ils existent, même s'ils s'avèrent contraignants et coûteux⁴²⁰. L'atteinte doit être proportionnée, la Commission du droit international précisant que « *tout comportement allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire au but énoncé est exclu* »⁴²¹. L'État ne peut enfin se prévaloir de sa propre turpitude⁴²².

Le droit économique de l'énergie se présente comme une réponse juridique aux causes économiques de la crise énergétique en visant des finalités particulières : un prix abordable de l'énergie et une sécurité des approvisionnements énergétiques. Son contenu se matérialise dans des droits, des principes et des standards communs concernant la sécurité énergétique et un caractère embryonnaire concernant le prix de l'énergie. Ce *corpus* présente un caractère mondialisé issu d'institutions publiques et privées, créatrices de normes au degré de contrainte variable dans des processus plus ou moins formalisés. Il révèle une interdépendance avec d'autres champs juridiques du droit international qui concourent à son efficacité juridique. Cette approche met en exergue un contenu cohérent ayant pour objet l'énergie aux finalités économiques spécifiques. Sur le plan formel, la généralité de ces instruments assure un calibrage du droit de l'énergie. L'analyse du droit social de l'énergie confirme l'exégèse.

⁴¹⁸ M. LUNCA, "La confrontation des intérêts des Etats en matière d'approvisionnement énergétique", *préc.*, p. 59

⁴¹⁹ CIJ, 25 sept 1997, *Projet relatif au Barrage Gabcikovo-Nagymaros*, *Rec.CIJ* 2004, p. 40 ; P.-M. DUPUY, "L'invocation de l'état de nécessité écologique. Les enseignements tirés d'une étude de cas", *préc.*, p. 231

⁴²⁰ TIDM, *Affaire du Navire Saiga*, n°2, arrêt du 1er juillet 1999, §135 ; *CMS Gas Transmission Company c/ Argentine* (décision d'annulation) (ARB/01/8), sentence du 25 sept. 2007, §324

⁴²¹ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaire y relatifs*, 2001, p.217 ; P. PUSTORINO, "Lo stato di necessità alla luce della prassi recente", *Revista di diritto internazionale*, n° 2, 2009, p.417

⁴²² J. SALMON, "Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ?", *préc.*, p.270

Chapitre 2: Le droit social de l'énergie

« *C'est la justice, et non la charité qui fait défaut dans ce monde* »⁴²³.

Le chapitre 7 du rapport Brundtland consacré aux questions énergétiques souligne que l'on « *ne peut tout simplement pas vivre sans énergie* ». L'accès à l'énergie est un préalable à l'amélioration des conditions de vie et au développement des activités économiques en garantissant la satisfaction de besoins fondamentaux comme le pompage de l'eau, l'irrigation, la conservation des aliments et des médicaments. Il est également indispensable au développement économique en permettant l'éclairage, le transport, les télécommunications⁴²⁴ ...

Or, bien que la consommation mondiale d'énergie fut multipliée par dix-huit en un siècle, près de deux milliards d'individus n'ont pas accès aux sources modernes d'énergie comme l'électricité⁴²⁵. Cette inégalité est à l'origine d'une crise sociale de l'énergie mondialisée parce que ces personnes deviennent invisibles, inaudibles, et impliquent un relai institutionnel pour porter leurs revendications⁴²⁶. Elle engendre des normes spécifiques dans le système juridique international, symbolisées par la consécration par l'Assemblée générale des Nations Unies de 2012 comme « *année internationale de l'énergie durable pour tous* » et la nomination par le secrétaire général des Nations unies, Ban Ki-Moon, d'un groupe d'experts chargé d'établir les moyens de son effectivité⁴²⁷.

Ce chapitre présente le droit social de l'énergie dans le système juridique international. Il entend mettre en exergue un socle juridique commun issu d'une variété d'instances normatives, enrichi par des instruments complémentaires au droit de l'énergie. Il conduit à s'intéresser à l'objectif d'un accès universel à l'énergie (1/) et à son principal instrument de mise en œuvre : le droit à l'énergie (2/).

1/ L'accès universel à l'énergie comme objectif

Dans la déclaration de *Rio+20 : l'avenir que nous voulons*, les Etats s'engagent à garantir un accès à l'énergie aux 1,4 milliards de personnes qui en sont privées⁴²⁸. La notion d'accès à l'énergie s'inscrit dans une éthique de l'énergie et se réfère à la possibilité pour un individu de disposer d'énergie en quantité minimale et d'une qualité suffisante pour satisfaire ses besoins essentiels. Cette étude présente des solutions juridiques concourant à rendre cet accès effectif, en s'intéressant aux règles en vigueur (I) et aux voies de consolidation envisageables (II).

⁴²³ M. WOLLSTONECRAFT, "Revendication des droits de la femme", 1972, cité dans le rapport du PNUD sur le développement humain, 2000, p. 73

⁴²⁴ S.R. TULLY, "The Contribution of Human Rights to Universal Energy Access", *Northwestern Journal of International Human Rights*, n° 4, issue 3, 2006

⁴²⁵ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie*, Gallimard, préc. p.20-22

⁴²⁶ G. LE BLANC, *L'invisibilité sociale*, PUF, 2009 ; G. LE BLANC, *Que faire de notre vulnérabilité ?*, Bayard, 2011

⁴²⁷ AGNU, résolution A/RES/65/151, Année internationale de l'énergie durable pour tous, 16/02/2011

⁴²⁸ Conférence des Nations unies sur le développement durable, *Rio+20 : L'avenir que nous voulons*, Rio de Janeiro, Brésil, 20-22 juin 2012, §125

I. Un cadre juridique

L'accès universel à l'énergie constitue un objectif du système juridique international (A) et sa mise en œuvre repose sur des actions sectorielles (B).

A. Un objectif commun

L'objectif d'un accès universel à l'énergie est reconnu par des institutions spécifiques (1) dans de multiples instruments (2).

1) Des institutions spécifiques

Les institutions internationales intervenant dans le secteur de l'accès à l'énergie se caractérisent par leur pluralité (a) et un manque de coordination des actions (b).

a) Une pluralité d'acteurs

Les États constituent les principaux acteurs concourant à universaliser l'accès à l'énergie. En ce sens, le G8 est à l'origine d'un programme d'action sur l'accès à l'énergie pour vaincre la pauvreté en Afrique en collaboration avec la Conférence du TCE et d'un projet de plan d'action pour l'électrification à partir de sources d'énergie renouvelables⁴²⁹. L'AIE promeut également cet objectif dans des rapports spécifiques⁴³⁰.

L'accès à l'énergie figure dans le mandat de nombreuses organisations internationales, dont une vingtaine concerne les institutions spécialisées et les Programmes de l'ONU⁴³¹. Tel est également une des missions de l'Agence internationale des énergies renouvelables (IRENA), organisation instituée le 26 janvier 2009, et comportant 159 signataires, afin de contribuer à « *la protection du climat, à la croissance économique et à la cohésion sociale, notamment en ce qui concerne la lutte contre la pauvreté et en faveur du développement durable, à l'accès à l'énergie et à la sécurité des approvisionnements énergétiques, au développement régional et à la responsabilité entre les générations* »⁴³². Ses finalités prioritairement environnementales conduisent à la présenter dans le prochain chapitre. Plus spécifiquement, l'*European Union Energy Initiative for Poverty Eradication and Sustainable Development* (EUEI-PDF) constitue une instance de dialogue et de partenariat instituée par des États européens et la Commission européenne pour promouvoir l'accès à l'énergie, par un renforcement des cadres juridiques nationaux et régionaux et l'établissement de processus de dialogue entre les acteurs publics et privés⁴³³.

Les institutions financières internationales constituent des acteurs incontournables dans l'accès à l'énergie. Dans ce domaine, l'*Energy Sector Management Assistance Program* (ESMAP)

⁴²⁹ G8 Energy Ministers Meeting 2009, Programme of Action to Address Energy Poverty: Focus on Africa, Model Intergovernmental and Host Government Agreements for Cross-border Electricity Projects, 24-25/05/2009 ; R.M. GRET, G8 : Plan d'action pour l'électrification rurale en Afrique, 25/05/2009, www.riaed.net

⁴³⁰ IEA, *World Energy Outlook 2011 – Energy for all financing access for the poor*, oct. 2011 ; IEA, UNDP, UNIDO, *Energy Poverty - How to make modern energy access universal?*, Sept. 2010;

⁴³¹ ECLAC, ESCWA, FAO, IAEA, OHCHR, UNCTAD, UNDESA, UNDP, UNECA, UNECE, UNEP, UNESCAP, UNESCO, UNFCCC, UNHABITAT, UNIDO, UN-STRAW, WHO, WMO

⁴³² Statute of the International Renewable Energy Agency, 26/01/2009, art. 2b)

⁴³³ www.euei-pdf.org

L'accès universel à l'énergie comme objectif

est un programme de la Banque mondiale appréhendant l'accès à l'énergie comme un moyen de réduire la pauvreté⁴³⁴. D'autres instances comme la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), la Banque Africaine de développement (BAD) et l'Agence française pour le développement (AFD) interviennent également en ce sens.

De multiples ONG participent à la promotion de l'accès à l'énergie, telles que l'association française *Droit à l'énergie*, fondée en 2000 pour assurer « *la défense et la promotion au plan de chaque état, peuple ou nation, comme au plan régional et mondial, du droit à l'énergie pour tous, en tant que droit fondamental de l'Homme, dans les conditions d'égalité et de solidarité conformes aux textes internationaux en matière de droits de l'Homme et de droits des peuples et de la communauté internationale sur les ressources naturelles* »⁴³⁵. Elle fédère 500 organisations syndicales nationales et internationales dans plus de 70 pays répartis sur quatre continents et comprend près de 40 millions de membres.

Les institutions intervenant dans le secteur international de l'accès à l'énergie se caractérisent par leur diversité quantitative et juridique, et par un impact réduit de leurs actions résultant d'un manque de coordination.

b) Un manque de coordination

La pluralité des instances conduit à une sectorialité, une redondance voire à une concurrence des actions menées, celles-ci intervenant de manière autonome et généralement sans concorde de mesures. Par conséquent, l'efficacité des actions menées pourrait être renforcée par une organisation chargée d'une mission de coordination⁴³⁶. En effet, des mesures entreprises par le passé démontrent la possibilité d'une telle synergie.

Parmi celles-ci figurait le *Programme solaire mondial* établi entre 1996 et 2005. Suite à une réunion d'experts intitulée *le soleil au service de l'humanité*, l'UNESCO lançait le *Processus du sommet solaire mondial* destiné à fournir de l'électricité d'origine renouvelable aux 2,4 milliards d'individus qui en sont privés⁴³⁷. Soixante-dix rapports d'évaluation furent établis par ses membres sur l'ensemble des aspects de la situation énergétique et ses priorités. Cette campagne avait pour objet d'améliorer la compréhension du rôle des énergies renouvelables, inciter les ONG à s'engager dans le projet, favoriser l'échange de renseignements par la création d'un réseau mondial d'information, promouvoir la coopération dans la recherche et l'industrialisation, démontrer la capacité des énergies renouvelables à concourir largement à l'accès à l'énergie, et identifier des projets d'intérêt général⁴³⁸. Le *Programme solaire mondial* fut lancé dans la déclaration de Harare sur l'énergie solaire et le développement durable de 1996, en recensant trois cents projets

⁴³⁴ www.esmap.org ; voir également WORLD BANK, *World Bank, Energy and Development Report 2000: Energy Services for the World's Poor*, 2000 ; WORLD BANK, *Improving Energy Supplies for Two Billion People, Rural Energy and Development*, Report n° 15912GLB, 1996

⁴³⁵ Droit à l'énergie, statuts de l'association, art. 1, www.energiesosfutur.org

⁴³⁶ UNDP, "Synergy on energy: Three organizations strengthen cooperation to empower the poor", 10/05/2007

⁴³⁷ UNESCO, *Sommet solaire mondial - rapport final*, mars 1997

⁴³⁸ B. BERKOVSKI, "Le programme solaire mondial 1996-2005, autoroute solaire vers le développement durable", E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie. Penser le XXI^e siècle*, Pasages, 1996, p.99-110

Le droit social de l'énergie (droit international)

prioritaires en matière d'électrification rurale⁴³⁹. La force de ce Programme tenait dans la diversité des intervenants composés d'États, d'organisations intergouvernementales, d'ONG, de sociétés, de centres de recherches, dans un dialogue interinstitutionnel⁴⁴⁰. Les travaux étaient supervisés par la *Commission solaire mondiale* composée de seize chefs d'État, chargée de coordonner et de guider l'ensemble des activités, et disposant d'un secrétariat assuré par l'UNESCO⁴⁴¹. Plusieurs conseils solaires régionaux furent également créés, ponctués de réunions périodiques mettant en œuvre des plans spécifiques⁴⁴².

Une généralisation de l'action concertée pourrait être engagée dans le cadre d'*ONU-Énergie*, mécanisme de coordination inter-agences des Nations Unies, institué en 2002 suite du sommet mondial sur le développement durable⁴⁴³. Elle a pour objet de rapprocher les acteurs œuvrant pour l'accès à l'énergie et d'orienter leurs actions en faveur des États en développement, pour atteindre les objectifs du millénaire. Sa mission se traduit essentiellement par un rôle de mise en cohérence des actions des instances onusiennes, le partage d'informations, d'expériences, de bonnes pratiques et la promotion d'une programmation commune dans le secteur énergétique. Elle vise à créer un réseau ouvert à tous les organismes et les entités concernés, développer les échanges et établir des partenariats entre les différents acteurs. Cependant, l'expérience démontre l'efficacité limitée de cette organisation à cause d'une activité restreinte⁴⁴⁴. *ONU-Énergie* dispose donc d'un potentiel intéressant pour une action internationale concertée en matière d'accès à l'énergie, à condition de lui accorder des moyens adaptés à l'ampleur des enjeux. Cette coordination institutionnelle serait ainsi en mesure de réaliser plus efficacement les reconnaissances multiples de l'objectif d'accéder universellement à l'énergie.

2) Des reconnaissances multiples

Le caractère fondamental de l'accès à l'énergie est reconnu dans une pluralité de moyens juridiques (a) mais l'absence d'instrument opérationnel nuit à l'efficacité des actions entreprises (b).

a) Une multiplication des dispositions sur l'accès à l'énergie

Les premières dispositions internationales reconnaissant le rôle essentiel de l'énergie et la nécessité d'une action concertée trouvent leurs sources en filigrane dans la déclaration de Stockholm sur l'environnement de 1972⁴⁴⁵. Le rapport Brundtland démontre quant à lui les effets néfastes pour la santé du recours à des énergies au rendement peu efficaces⁴⁴⁶.

L'Agenda 21 contient des dispositions sommaires dans les chapitres sept relatif à la

⁴³⁹ "Le programme solaire mondial", *Liaison énergie-francophonie*, n°46, janv. 2000, p.3-55

⁴⁴⁰ S. KHENNAS et Y. SOKONA, "Fragilité énergétique des pays les moins avancés", in P. JACQUET et L. TUBIANA (DIR.), *Regards sur la Terre - dossier énergie & changements climatiques*, Sciences po les presses, 2006, p.158-159

⁴⁴¹ *Liaison énergie-francophonie*, n°46 sur le programme solaire mondial, janv. 2000, p. 3-55

⁴⁴² COMMISSION SOLAIRE MONDIALE, *Programme solaire mondial 1996-2005 Afrique*, 04/11/1999

⁴⁴³ www.esa.un.org/un-energy

⁴⁴⁴ R. TSUTSUMI, *Action des organisations internationales*, Les défis énergétiques à la lumière du droit international au 21^e siècle, Université Jean Moulin Lyon 3, 09/12/2010

⁴⁴⁵ Déclaration finale de la Conférence des Nations unies sur l'environnement, 16/06/1972

⁴⁴⁶ G.H. BRUNTLAND, *Notre avenir à tous, préc.*, chap. 7: Énergie : des choix pour l'environnement et le développement.

L'accès universel à l'énergie comme objectif

promotion d'un modèle viable d'établissements humains, neuf sur la protection de l'atmosphère et quatorze concernant la promotion d'un développement agricole et rural durable.

Bien que ne visant pas directement l'accès à l'énergie, la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques et le protocole de Kyoto se réfèrent à l'efficacité énergétique et aux énergies renouvelables, notamment dans le mécanisme de développement propre et la mise en œuvre conjointe⁴⁴⁷.

Le *rapport sur l'énergie dans le monde* constitue le premier document de référence à l'échelle mondiale, présentant de manière explicite les caractéristiques fondamentales de l'accès à l'énergie comme service indispensable à l'alimentation, au logement, à l'habillement, à l'eau, aux services sanitaires, médicaux et scolaires⁴⁴⁸. Son actualisation en 2004 précise sa fonction préalable à la réalisation du droit au développement⁴⁴⁹.

Il fut suivi de la neuvième session de la Commission du développement durable des Nations unies (CDD) reconnaissant le rôle essentiel de l'accès à l'énergie dans la réalisation des objectifs du développement durable. Son rapport précise que « *l'accès à l'énergie joue un rôle critique dans le développement économique et social et dans l'élimination de la pauvreté* » et que « *pour atteindre l'objectif que s'est donné la communauté internationale de réduire de moitié, d'ici à 2015, la proportion de personnes vivant avec moins d'un dollar par jour, il est indispensable d'assurer l'approvisionnement énergétique à un prix raisonnable* »⁴⁵⁰.

Le dix-huitième Congrès du Conseil mondial de l'énergie qui s'est tenu à Buenos Aires en octobre 2001 réaffirmait l'importance de l'accès à l'énergie et la nécessité d'appréhender cette question dans la transversalité⁴⁵¹.

Le groupe de travail WEHAB établi par Koffi Annan pour le sommet de Johannesburg considère que « *bien que l'énergie ne constitue en soit pas en soit un besoin fondamental de l'Homme, il est essentiel pour l'accomplissement de tous ses besoins. La pénurie de services énergétiques diversifiés et abordables signifie que les besoins élémentaires de nombreuses personnes ne sont pas remplis* »⁴⁵². Le rapport du sommet mondial de Johannesburg reconnaît le rôle essentiel de l'accès à l'énergie pour satisfaire les objectifs du millénaire et contient une démonstration éclairante sur les liens unissant l'accès à l'énergie et l'éradication de la pauvreté⁴⁵³. Le Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable dispose quant à lui qu'il convient d'« *agir conjointement et s'efforcer davantage de collaborer à tous les niveaux pour élargir l'accès à des services énergétiques fiables et abordables pour le développement durable, suffisamment pour faciliter la réalisation des objectifs de développement énoncés dans la Déclaration du Millénaire, y compris celui qui consiste à réduire de moitié, d'ici à 2015, la*

⁴⁴⁷ Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, 11/12/1997, art. 12

⁴⁴⁸ PNUD, DAESNU et CME, *Rapport sur l'énergie dans le monde l'énergie et le challenge du développement durable*, 2000

⁴⁴⁹ UNDP, UNDESA et WEC, *World Energy Assessment Overview 2004 update*, 2004.

⁴⁵⁰ CDD, Rapport sur les travaux de sa neuvième session, 2001, p. 5 et s.

⁴⁵¹ World Energy Congress, Buenos Aires 2001, Conclusions and Recommendations

⁴⁵² WEHAB WORKING GROUP, *A Framework for Action on Energy*, 2002

⁴⁵³ *Rapport du sommet mondial pour le développement durable*, 04/09/2002.

Le droit social de l'énergie (droit international)

proportion d'êtres humains vivant dans la pauvreté, sachant que l'accès à l'énergie facilite l'éradication de la pauvreté en permettant la production d'autres services importants »⁴⁵⁴.

Le rapporteur spécial sur le logement convenable du Haut Commissariat aux droits de l'Homme a construit son mandat sur l'accès aux services essentiels tels que l'électricité et adressé le message d'une action urgente en ce sens lors de sa mission à Mexico en 2003⁴⁵⁵. Le Programme des Nations Unies sur l'habitat appréhende l'accès à un logement convenable en référence aux services essentiels tels que l'approvisionnement en électricité et l'éclairage des rues⁴⁵⁶. Le rapport des experts indépendants de l'UNIFEM en réponse à la résolution 1325 du Conseil de sécurité relative à la situation des femmes lors de conflits armés remarque que « *l'eau, l'alimentation et l'énergie doivent être apportées dans un environnement sain* »⁴⁵⁷.

L'Assemblée générale des Nations Unies a consacré 2012 « *Année internationale de l'énergie durable pour tous* »⁴⁵⁸. Elle est à l'origine d'une initiative lancée par le Secrétaire général des Nations unies en faveur de l'énergie durable pour tous, fondée notamment sur l'objectif d'assurer un accès universel aux services énergétiques modernes d'ici 2030⁴⁵⁹. L'AIE, le PNUD et l'ONUDI ont quant à eux démontré la faisabilité de cet objectif⁴⁶⁰. Dans ce sens, la déclaration de *Rio+20 : l'avenir que nous voulons* mentionnant le rôle capital de l'accès à des services énergétiques modernes et durables pour aider à lutter contre la pauvreté, sauver des vies, améliorer la santé et subvenir aux besoins fondamentaux de l'être humain et les Etats s'engagent à garantir un accès à l'énergie aux 1,4 milliards de personnes qui en sont dépourvus⁴⁶¹.

Ces instruments inscrivent l'accès universel à l'énergie comme un objectif du système juridique international mais sa réalisation demeure entravée par l'absence d'instrument fédérateur.

b) L'absence d'instrument opérationnel

L'accès à l'énergie fut débattu lors des discussions relatives à l'Agenda 21 conclu à la conférence de Rio en 1992, mais le chapitre relatif à l'énergie qui devait figurer dans le texte final fut finalement supprimé suite à une pression des États producteurs de pétrole⁴⁶². Par conséquent, l'Agenda 21 ignore l'énergie et se contente de références indirectes dans les chapitres sept, neuf et quatorze. Bien que des travaux du PNUD démontrent le rôle essentiel de l'énergie dans la réalisation des objectifs du millénaire et leur impossible satisfaction sans celui-ci, la déclaration afférente élude

⁴⁵⁴ Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable, *préc.*, chap. 2: « *élimination de la pauvreté* »

⁴⁵⁵ S. TULLY, "The Human Right to Access to Electricity", *préc.*

⁴⁵⁶ U.N. HOUSING RIGHTS PROGRAMME, *Monitoring Housing Rights: Developing a Set of Indicators to Monitor the Full and Progressive Realisation of the Human Right to Adequate Housing*, Working Paper n°1, 2003.

⁴⁵⁷ UNIFEM, *Women, Peace and Security: UNIFEM Supporting Implementation of Security Council Resolution 1325*, 2004

⁴⁵⁸ Conférence des Nations unies sur le développement durable, *Rio+20 : L'avenir que nous voulons*, Rio de Janeiro, Brésil, 20-22 juin 2012

⁴⁵⁹ *Sustainable Energy for All, A Vision Statement by Ban Ki-moon Secretary-General of the United Nations*, nov. 2011

⁴⁶⁰ AGNU, résolution A/RES/65/151, Année internationale de l'énergie durable pour tous, 16/02/2011 ; IEA, UNDP, UNIDO, *Energy Poverty - How to make modern energy access universal?*, Sept. 2010

⁴⁶¹ Conférence des Nations unies sur le développement durable, *L'avenir que nous voulons*, Rio de Janeiro, Brésil 20-22 juin 2012, §125

⁴⁶² A.J. BRADBROOK, "Access to energy services in a human rights framework", *Human Rights Quarterly*, vol. 28, n°2, 2005, p. 7

L'accès universel à l'énergie comme objectif

la question de l'accès à l'énergie⁴⁶³. Dans cet esprit, le PNUD proposait en 2001 de compléter les objectifs du millénaire en y incluant la réduction de moitié de la proportion d'individus n'ayant pas accès à une énergie propre, abordable et à l'électricité d'ici 2015⁴⁶⁴.

Le groupe de travail WEHAB suggérait la reconnaissance de deux objectifs indicatifs : réduire de moitié le nombre de personnes dépourvues d'électricité, et promouvoir un accès à des énergies efficaces pour la cuisson aux 400 millions d'individus qui en demeurent privés. En complément, il proposait d'engager des actions de réduction de la pauvreté en développant l'accès à des services énergétiques modernes en zone rurale et périurbaine, l'amélioration de la santé et la réduction des impacts environnementaux des combustibles traditionnels et des appareils de cuissons, la progression vers un accès à des services énergétiques abordables et diversifiés en Afrique⁴⁶⁵.

Le rapport du groupe d'expert relatif à l'énergie et au développement durable institué lors de la neuvième session de la Commission du développement durable proposait d'inscrire au sommet mondial sur le développement durable, l'objectif de réduire de moitié d'ici 2015, la proportion d'individus privés d'électricité et de combustibles propres⁴⁶⁶. Les deux groupes menèrent ces discussions de concert lors du Sommet mondial, considérées comme les débats les plus controversés. Cependant, l'absence de consensus sur ces questions a conduit au rejet de ces propositions et à l'absence d'engagement sur l'accès à l'énergie⁴⁶⁷.

Un exemple patent d'échec de la communauté internationale sur le sujet réside dans la quinzième session de la Commission du développement durable des Nations unies. Les discussions engagées sur le thème de « *l'énergie pour un développement durable* » se sont traduits au bout d'une semaine de négociations, par l'absence de consensus et de texte définitif, les enjeux étant trop éloignés entre les États producteurs d'énergie minière et ceux victimes du changement climatique⁴⁶⁸. Elle constitue le premier cas où une session de la CDD s'est terminée sans texte négocié.

Lors des discussions concernant la déclaration de Rio+20, le Kazakhstan proposait d'établir une feuille de route internationale pour accomplir les objectifs de l'Initiative du secrétaire général des Nations unies concernant l'« *Année internationale de l'énergie durable pour tous* » mais cette disposition n'a pas été retenue.

Ces exemples démontrent que si la Communauté internationale s'entend désormais sur la nécessité d'assurer un accès universel à l'énergie d'ici 2030, aucun instrument ne propose une méthodologie commune permettant d'y parvenir. Cette situation est à l'origine de mesures

⁴⁶³ AGNU, Résolution 55/2, déclaration du millénaire, 08/09/2000 ; UNDP, *Energizing the Millennium Development Goals: A Guide to Energy's Role in Reducing Poverty*, 2005 ; UNDP, *Achieving the Millennium Development Goals: The role of energy services - case studies from Brazil, Mali and the Philippines*, 2005 ; UNDP, *Energy After Rio: Prospects and Challenges*, 1997 : « [w]ithout adequate attention to the critical importance of energy to all these issues, the global social goals agreed on at UN conferences in the 1990s cannot be achieved ».

⁴⁶⁴ UNDP, *Energy Services for the Millennium Development Goals*, 2006

⁴⁶⁵ WEHAB WORKING GROUP, *A Framework for Action on Energy*, 2002

⁴⁶⁶ *Rapport du groupe intergouvernemental d'expert à composition non limitée en matière d'énergie et de développement durable* 26/02 au 02/03/2001, p. 52

⁴⁶⁷ S.R. TULLY, "The Contribution of Human Rights to Universal Energy Access", *Northwestern Journal of International Human Rights*, n° 4, issue 3, 2006, p. 12

⁴⁶⁸ DROIT À L'ÉNERGIE, "CDD 15 Nations Unies, New York 1er Mai au 11 Mai 2007", 2007, www.righttoenergy.com

sectorielles engagées par une pluralité d'acteurs.

B. Des actions sectorielles

Les actions entreprises pour universaliser l'accès à l'énergie sont composées de mesures étatiques (1), complétées par des engagements des sociétés du secteur énergétique (2).

1) Des mesures étatiques

L'action étatique présente un caractère hétérogène selon qu'elle concerne des États producteurs (a) ou consommateurs d'énergie (b).

a) La « *malédiction* » des États producteurs

Le Nigeria et l'Angola constituent les plus gros exportateurs africains de pétrole, la somme de leurs recettes cumulées avoisinant 3500 milliards de dollars⁴⁶⁹. Malgré leur grande richesse en hydrocarbures, deux tiers de leurs ressortissants n'ont pas accès à l'électricité et les trois quarts ne bénéficient pas d'un accès à des combustibles propres pour la cuisson des aliments⁴⁷⁰. Le *World Energy Outlook 2008* estime à 18 milliards de dollars environ soit 0,4% des recettes cumulées issues du pétrole et du gaz, le coût des réformes institutionnelles qui permettraient aux ménages de bénéficier des services énergétiques essentiels. A l'inverse, entre 1970 et 1993, les pays pauvres en ressources pétrolières se sont développés quatre fois plus rapidement que ceux qui en disposaient⁴⁷¹. Ian Gary, auteur du rapport *Boom pétrolier et pauvreté en Afrique* déclare que « *les pays qui dépendent financièrement des exportations de pétrole enregistrent des performances économiques bien pires que celles des autres pays en voie de développement ; ces performances sont très en-deçà de ce qu'elles auraient dû être étant donné leurs revenus générés par le pétrole ; sur les vingt dernières années, la pauvreté dans ces pays s'est généralement exacerbée au lieu de se réduire* »⁴⁷². Ce phénomène est qualifié de « *malédiction pétrolière* » ou « *mal hollandais* » en référence aux immobilismes induits par l'exploitation des hydrocarbures aux Pays-Bas et dont la tendance se confirme dans de nombreux États producteurs d'énergie minière⁴⁷³.

Les indices de l'*Human development index* démontrent que les États riches en pétrole aident moins leur population pauvre que les États sans ressources : leur mortalité infantile est plus haute, la malnutrition est manifeste, et le niveau d'éducation plus bas⁴⁷⁴. Alors que les États de l'OPEP totalisent un revenu de 4425 milliards de dollars sur la période 1974-2002, il ne leur a pas permis de sortir du groupe des États en développement⁴⁷⁵. Malgré une exploitation pétrolière qui dure depuis près d'un siècle, l'Irak demeure en situation de pauvreté et de guerre. Alors que le Nigeria constitue le premier producteur de pétrole en Afrique, sa population n'a pas connu d'amélioration du niveau

⁴⁶⁹ AIE, *World Energy Outlook 2008 résumé*, 2008, p. 13

⁴⁷⁰ K.S.A. EBOKU, "Oil and the Niger Delta People: the Injustice of the Land Use Act", *CEPMLP*, n°9, 18/11/2001

⁴⁷¹ R. AUTY, "Natural Resources, the State and Development Strategy", *Journal of International Development*, n°9, 1997, p.651-663.

⁴⁷² I. GARY, *Le fond du baril, boom pétrolier et pauvreté en Afrique*, Catholic Relief Services, juin 2003, p. 18.

⁴⁷³ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie, préc.*, p.354 et s.

⁴⁷⁴ UN SECURITY COUNCIL, *Final report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo*, n°S/2002/1146, 16/10/2002

⁴⁷⁵ S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques : Tome 1, Les clés pour comprendre, préc.*, p. 262

L'accès universel à l'énergie comme objectif

de vie. En effet, bien que son économie repose à 75% sur le pétrole, ses revenus servent à financer les affrontements contre la guérilla et les tentatives de déstabilisation à l'encontre du pouvoir en place⁴⁷⁶. Environ 4 milliards de dollars de fonds gouvernementaux Nigériens, dont 90% provenant du pétrole, auraient ainsi été dérobés par le Général Sani Abacha au cours de sa dictature dans les années 1990⁴⁷⁷. Face à la montée des tensions, le Gouvernement nigérian changea de stratégie en inscrivant dans la Constitution en 1999, l'obligation qu'au moins 13% des revenus du pétrole soient versés aux États où il est produit, bénéficiant ainsi aux populations locales des régions productrices⁴⁷⁸. Les revenus de ces États fédérés sont alors passés de 120 millions de dollars en 1999 à près d'un milliard en 2001. En octobre 2002, le parlement Nigérian approuvait un amendement à la règle de partage des revenus pétroliers afin que les États puissent prétendre à une part des revenus de la production *offshore*⁴⁷⁹.

Cette absence de redistribution des énergies minières en faveur de l'accès à l'énergie peut être mis en parallèle avec les attermolements des États consommateurs.

b) Les attermolements des États consommateurs

Le fait que 20% de la population mondiale consomme 60% de l'énergie rend compte de la nécessité pour les États développés de mettre en œuvre un cadre juridique permettant de concourir à l'objectif d'un accès universel à l'énergie. Ce nécessaire équilibre trouve une source juridique dans le principe de responsabilité commune mais différenciée, reconnu notamment dans la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁴⁸⁰.

Des moyens sont mis en œuvre par les États mais présentent généralement un caractère insuffisant. Ce constat amène des auteurs à proposer la systématisation de mesures telles qu'un conditionnement du soutien étatique et des institutions financières au respect et à la promotion de valeurs éthiques par les investisseurs⁴⁸¹. Dans ce sens, la Banque mondiale reconnaît explicitement que l'absence d'un tel conditionnement a souvent contribué au renforcement de situations inéquitables, mais refuse de poser clairement la question de la gouvernance dans ses interventions⁴⁸². Les États consommateurs pourraient également adopter un cadre juridique visant à sanctionner la corruption et les violations aux droits de l'Homme commises par leurs investisseurs à l'étranger⁴⁸³. A cet effet, les États-Unis ont adopté en 1977 une loi sur la corruption à l'étranger interdisant aux investisseurs de verser des pots de vins aux fonctionnaires étrangers, aux partis politiques ou aux candidats à une fonction publique, et exigeant la tenue de compte et de contrôles

⁴⁷⁶ S. LEROUX, *Énergie et développement durable urbain analyse des stratégies locales et essai de prospective pour les villes moyennes européennes*, préc., p. 39

⁴⁷⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, *No Democratic Dividend*, oct. 2002.

⁴⁷⁸ I. OGUINE, "Nigeria's Oil Revenues and the Oil Producing Areas", *CEPMLP*, n°4, 1999 ; O. UCHE, "A Legal Guide to Investing in Nigeria's Mining Sector", *CEPMLP*, n°6, 28/06/2000

⁴⁷⁹ ASSOCIATED PRESS, "Nigerian Parliament Approves Changes to Oil Revenue Sharing Law", 25/10/2002.

⁴⁸⁰ J.P. KIMMINS, *The ethics of energy: a framework for action*, World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), 2001, p. 6.

⁴⁸¹ M. ÖGÜTÇÜ, "Good Governance and Best Practices for Investment Policy and Promotion", *CEPMLP*, n°13, 2002

⁴⁸² BANQUE MONDIALE, *Rapport sur le développement mondial*, 2003.

⁴⁸³ L.A. LOW, "Coping With The Foreign Corrupt Practices Act: A Primer For Energy And Natural Resource Sectors", *CEPMLP*, n°2, 1997

financiers⁴⁸⁴. Leur méconnaissance est susceptible de sanctions administratives et pénales comprenant des peines de prison, des pertes de licences d'exploitation, et une interdiction de prendre part aux marchés publics. A ce titre, James Griffen, un intermédiaire américain fut condamné en 2003 pour avoir versé 78 millions de dollars à des responsables politiques au Kazakhstan pour le compte de Mobil⁴⁸⁵. Des propositions sont également faites pour systématiser le recours à la « *clause des droits de l'Homme* » dans les relations commerciales, permettant d'adopter des sanctions à l'égard d'un Etat qui adopterait un comportement contraire à une éthique de l'énergie⁴⁸⁶.

De manière générale, la promotion d'un accès universel à l'énergie appelle un renforcement des engagements étatiques afin de fixer les modalités des actions en faveur de l'accès universel à l'énergie. Elles doivent être combinées aux engagements des sociétés du secteur de l'énergie.

2) Les engagements des sociétés de l'énergie

Les multinationales contribuent à une éthique de l'énergie par la production de codes de bonne conduite (a) conduisant à privatiser la règle de droit (b).

a) Des codes de bonne conduite comme normes sociales

Le début du XIX^e siècle est marqué par la prolifération d'instruments d'autorégulation émanant des sociétés de l'énergie en faveur de l'éthique⁴⁸⁷. Ils prennent les noms de codes de bonne conduite, de guides et de principes directeurs. Ce phénomène trouve sa source dans les directives de Berlin initiées par les Nations Unies en 1991⁴⁸⁸. Une seconde table ronde organisée en 1999 a permis leur évaluation et leur adaptation⁴⁸⁹. Elles prévoient l'élaboration d'études d'impact environnemental, la réduction des pollutions transfrontières, la participation et le dialogue avec les communautés affectées et les autres parties directement intéressées par les aspects environnementaux, pendant toutes les phases des activités d'exploitation. D'autres standards résultent de la *charte du développement durable* du Conseil international des métaux et de l'environnement⁴⁹⁰. Celle-ci encadre le respect des cultures, coutumes et valeurs des groupes et individus affectés par le projet et leur consultation pendant toutes les phases des activités minières.

⁴⁸⁴ Foreign Corrupt Practices Act, 1977, 15 U.S.C. §78dd-1, 78dd-2, 78m ; L. A. LOW, "Coping With The Foreign Corrupt Practices Act: A Primer For Energy And Natural Resource Sectors", *CEPMLP*, n°2, 1997

⁴⁸⁵ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Rapport mondial sur la corruption 2004: Thème spécial : la corruption politique*, 2004, p. 83

⁴⁸⁶ C. BEZOU, *La clause sociale - la négociation internationale et l'OIT*, Eska, 2008

⁴⁸⁷ E. KAPSTEIN et C. JAQUET, "La croisade pour l'éthique d'entreprise", *Politique étrangère*, n°3, 2001, p.587-602 ; K. WEBB, "Voluntary Codes: Private Governance, the Public Interest and Innovation", *CEPMLP*, n°11, 14/05/2002 ; G. FEUER et H. CASSAN, *droit international du développement*, Dalloz, 2^e éd., 1991, p.263-268 et 363-375 ; J.V. MITCHELL, "Reputation and Responsibility: The New Corporate Overhead?", *CEPMLP*, n°7, 04/12/2000 ; E. DECAUX, "La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'Homme", *RSC*, n°4, 2005 ; COLLOQUE DU MEDEF, *Les droits de l'homme, facteur de performance pour les entreprises à l'international*, sept. 2005

⁴⁸⁸ UNITED NATIONS DEPARTMENT OF TECHNICAL CO-OPERATION FOR DEVELOPMENT, AND THE DEVELOPMENT POLICY FORUM OF THE GERMAN FOUNDATION FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, "Mining and the environment: the Berlin guidelines: a study based on an international round table in June 1991", *Mining Journal Books*, 1992.

⁴⁸⁹ UNITED NATIONS, *Environmental Guidelines for Mining Operations*, 1999.

⁴⁹⁰ International Council on Metals and the Environment (ICME) Charter

L'accès universel à l'énergie comme objectif

La responsabilisation des sociétés s'est renforcée à l'occasion du Pacte mondial issu du forum du millénaire du 26 juillet 2000 organisé à l'initiative de Kofi Annan en collaboration avec les responsables des Organisations internationales du système des Nations Unies, des ONG et des principales multinationales. Ces dernières se sont engagées au respect de neuf principes s'inscrivant dans le prolongement de la déclaration universelle des droits de l'Homme, relativement aux droits de la personne, du travail, de l'environnement, et de la corruption⁴⁹¹. En vue de transposer ces règles au secteur énergétique, la Conférence du TCE a mis en œuvre conjointement avec le G8, un programme d'action pour réduire la pauvreté énergétique en Afrique établissant des conventions types sur le transport transfrontière d'électricité, l'investissement et un code de bonne conduite⁴⁹².

En décembre 2000, un dialogue facilité par le Département d'État américain et le *Foreign Office* britannique aboutit à la signature des *Principes Volontaires sur la Sécurité et les Droits de l'Homme*, adoptés par de nombreuses compagnies pétrolières et minières (ChevronTexaco, Conoco, Shell, BP) et par des organisations de défense des droits de l'Homme dont *Amnesty International* et *Human Rights Watch*. Ces sociétés se sont engagées à respecter les droits de l'Homme et les libertés fondamentales par une sécurisation de leurs installations et une entente avec les forces de sécurité locales. Une source complémentaire figure dans la *charte des affaires pour un développement durable* de la chambre internationale de commerce⁴⁹³. Elle comprend un devoir d'éducation des employés et des consommateurs et la réalisation de rapports environnementaux. Les *principes de la coalition pour des économies environnementalement responsables* (CERES), plus connus sous le nom de « *principes Valdez* » furent adoptés suite à la marée noire provoquée par le naufrage du navire éponyme en 1989. Elles comprennent des dispositions sur l'efficacité énergétique des installations, la réduction des risques, et la restauration de l'environnement⁴⁹⁴.

En complément de ces standards à vocation générale, les compagnies adoptent leur propre code de conduite. Tel est le cas du code de Total prévoyant l'adoption d'une charte éthique comportant des engagements tels que le rejet de la corruption, l'adhésion aux principes de la déclaration universelle des droits de l'Homme et le respect des législations sociales et environnementales ; des principes de comportement individuel tels que l'interdiction du délit d'initié, la non-intervention des représentants dans la vie politique des États ; et un comité d'éthique chargé de présenter des recommandations. Certains codes de conduites disposent d'un contenu plus précis tels que les *principes généraux d'entreprise de Shell* qui interdisent le paiement de dessous de table et imposent aux directeurs des filiales de faire un rapport régulier sur l'application de ces règles. EDF s'engage dans son accord sur la responsabilité sociale, à respecter les droits de l'Homme et à agir « *dans chaque pays, en direction des pouvoirs publics compétents, pour rechercher des solutions structurelles, y compris concernant la charge fiscale sur le kWh ou la fourniture d'un minimum vital d'électricité aux clients les plus démunis* »⁴⁹⁵.

En comblant un vide juridique, ces mesures s'affirment comme un processus alternatif de

⁴⁹¹ E. DECAUX, *Droit international public*, Dalloz, 6è. éd., 2008, p. 383-386

⁴⁹² G8 Energy Ministers Meeting, Programme of action to address energy poverty: focus on Africa, May 24-25, 2009

⁴⁹³ The Business Charter for Sustainable Development Principles for Environmental Management, www.iccwbo.org

⁴⁹⁴ www.ceres.org

⁴⁹⁵ EDF, *Accord sur la responsabilité sociale du groupe EDF*, 25/01/2009, art. 12.3

création normative, supplétif au droit international⁴⁹⁶. Une difficulté réside dans le fait que ces codes ne font généralement l'objet que d'une évaluation interne à l'entreprise alors que l'expertise d'une tierce personne serait souhaitable⁴⁹⁷. Dans de nombreux cas, ils se caractérisent par un contenu peu novateur, se limitant essentiellement à une reprise des règles sociales et environnementales du droit international⁴⁹⁸. Bien que relevant en principe du droit souple, ces instruments tendent à intégrer les normes internationales juridiquement opposables.

b) Une privatisation de la règle de droit

Selon Michel Virally « *le concept de code de conduite échappe aux catégories juridiques classiques* »⁴⁹⁹. Il présente la particularité de constituer une forme de droit souple issu d'entités privées et autorégulé par elles⁵⁰⁰. Or, en supplantant l'absence de règle, il en devient un substitut. Bien qu'initialement dépourvu d'autorité normative, sa reprise par les États, les organisations internationales et les tribunaux lui confère une portée juridique⁵⁰¹.

Les codes de conduite sont parfois directement invoqués devant les tribunaux et servent de fondement à la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises⁵⁰². Dès lors, ils tendent à devenir des règles de droit à part entière⁵⁰³. Selon Mireille Delmas-Marty, leur portée juridique peut être appréhendée de deux manières. L'approche « *microjuridique* » consiste à intégrer ces règles dans les catégories juridiques traditionnelles, et leur violation constituerait un acte de concurrence déloyale ou permettrait de justifier la nullité du contrat et l'allocation de dommages intérêts⁵⁰⁴. L'approche « *macrojuridique* » érigerait l'éthique comme une composante de l'ordre public transnational⁵⁰⁵. A terme, les principes conférés par ces codes de conduites pourraient donc révéler des règles coutumières du droit international⁵⁰⁶. Ce phénomène s'avère surprenant pour des dispositions ayant

⁴⁹⁶ M. BARAM, "Multinational Corporations, Private Codes, and Technology Transfer for Sustainable Development", *Environmental Law*, n° 24, 1994, p.33-65 ; G. FARJAT, "Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés", in J. CLAM et G. MARTIN, (DIR.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, janv. 1998 ; H. WARD, "Transnational Litigation 'Joining Up' Corporate Responsibility?", *CEPMLP*, n° 7, 07/12/2000

⁴⁹⁷ B. MORTGAT, "La vérification des données environnementales et sociales gagne du terrain", *Environnement & technique*, n° 278, juil./août 2008

⁴⁹⁸ A.S WAWRYK, "International Environmental Standards in the Oil Industry: Improving the Operations of Transnational Oil Companies in Emerging Economies", *CEPMLP*, n° 13, 2002; *Rapport du séminaire Cutting corruption in the oil, gas and mining sectors*, 10ème Conférence Internationale contre la corruption, Prague, République Tchèque, 7-11 octobre 2001 ; "Total épinglé en Birmanie... et ailleurs", *L'express*, 10/09/2009, www.lexpress.fr

⁴⁹⁹ M. VIRALLY, Préface à l'ouvrage de J. P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements - Étude de droit international économique*, PUF/IUHEI, 1985

⁵⁰⁰ G. R. PRING and S. Y. NOÉ, "The emerging International Law of Public Participation Affecting Global Mining, Energy, and Resources Development", in D. ZILLMAN, A. LUCAS and G. R. PRING, *Human Rights in Natural Resource Development Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources*, Oxford University Press, 2002.

⁵⁰¹ N. ROHT-ARRIAZA, " "Soft Law" in a "hybrid" Organization: The International Organization for Standardization", in D. Shelton, *Commitment and Compliance: the Role of non-binding Norms in the International Legal System*, 2000, p. 263-264

⁵⁰² G. R. PRING, J. OTTO et N. NAITO, "Trends in International Environmental Law Affecting the Minerals Industry", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, n° 39, vol. 42, 1999, p. 173

⁵⁰³ J. CLAPP, "The Privatization of Global Environmental Governance: ISO 14000 and the Developing World", *Global Governance*, n° 4, 1998, p.295-316

⁵⁰⁴ M. BORGHI, *Éthique économique et droits de l'homme - la responsabilité commune*, Universitaires de Fribourg, 24/09/1999, p.401 et s.

⁵⁰⁵ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, préc. p. 73

⁵⁰⁶ M.A. BEKHECHI, "Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements

parfois pour objectif inavoué de faire obstacle à une intervention normative⁵⁰⁷. Cette situation tend à conférer un « *statut international infrajuridique ou préjuridique* » aux multinationales, conception à mi-chemin entre les États détenteurs de souveraineté et les autres acteurs du droit international qui en sont dépourvus⁵⁰⁸. Elle est également révélatrice des carences du système juridique international en faveur de l'accès universel à l'énergie et conduit à s'interroger sur les voies de consolidations envisageables pour satisfaire cet objectif.

II. Des voies de consolidations

L'éthique, issue du latin *ethicus*, a pour objet d'indiquer comment les êtres humains doivent se comporter, être entre eux et envers ce qui les entoure, et vise à répondre à la question du mieux agir⁵⁰⁹. Son appréhension juridique renvoie aux normes visant l'intérêt général telles que le respect des droits de l'Homme, l'exigence de solidarité entre les générations, une répartition équitable des richesses, le respect de l'environnement, la participation du public, la lutte contre la corruption, et le respect d'autrui⁵¹⁰. Dans ce but, une règle juridique conforme à l'éthique devrait selon Chaïm Perelman être codifiée et observée par tous sous peine de sanction⁵¹¹. L'objectif d'un accès universel à l'énergie est une composante essentielle d'une éthique de l'énergie et conduit à préciser les critères de celle-ci (A) avant de présenter les moyens juridiques permettant d'y concourir (B).

A. Les critères d'une éthique de l'énergie

Les relations étroites qu'entretiennent l'éthique de l'énergie et le développement durable conduisent à une appréhension de la méthode dans les dimensions intra-générationnelle (1) et inter-générationnelle (2)⁵¹².

1) Une solidarité intra-générationnelle

La solidarité intra-générationnelle établit une responsabilité à l'égard des générations présentes. Elle conduit à s'interroger sur les moyens juridiques disponibles dans le droit international pour concourir à une justice sociale de l'énergie (a) et une solidarité énergétiques (b).

a) La justice sociale de l'énergie

La justice sociale de l'énergie est entendue comme une notion visant une protection

récents", in M. VIRALLY (Mélanges), *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Pedone, 1991, p.116

⁵⁰⁷ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, préc. p. 73

⁵⁰⁸ M. VIRALLY, "Panorama du droit international contemporain. Cours de droit international public", *RCADI*, n°.183, 1983, p.267-268

⁵⁰⁹ J.-M. LUSTIGER, "Éthique et mondialisation", *Politique étrangère*, n°.4, 1999, p.823-829

⁵¹⁰ J.-P. KIMMINS, *L'éthique de l'énergie: un cadre d'action*, World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), 2001 ; FÉDÉRATION DES EGLISES PROTESTANTES DE SUISSE, *Éthique de l'énergie, vers une nouvelle ère énergétique perspectives - durables pour l'après pétrole*, 2008, www.sek-feps.ch ; I. ILLICH, "Énergie et équité", *Le Monde*, 1973 ; J.J. GOUGUET, "L'éradication de la pauvreté: de la nécessité d'une alternative." in *Vers un nouveau droit de l'environnement? Réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement*, CRIDEAU, Université de Limoges et CIDCE, 2003, p.117-132, www.cidce.org

⁵¹¹ C. PERELMAN, *Éthique et droit*, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1990

⁵¹² K. BOSSELMANN, "Ethical implications of energy for sustainable development", in A.J. BRADBROOK, *The law of energy for sustainable development*, Cambridge University Press, 2006, p. 74 s. ; J. TISCHNER, *Éthique et solidarité*, Ardant et Critérium, 1983

Le droit social de l'énergie (droit international)

prioritaire des plus démunis afin de leur garantir un accès à l'énergie et conduit à s'interroger sur sa prise en compte par le TCE. En ce sens, des auteurs considèrent que le concept d'égalité prôné par le traité ne permet pas de prendre en compte les inégalités de développement⁵¹³. Cette conception repose sur le fait que l'égalité de traitement ne peut être équitable qu'entre égaux. Par conséquent, soumettre des États inégalement développés aux mêmes droits et obligations, en particulier dans le domaine commercial ou financier, peut engendrer des injustices⁵¹⁴. Pour Patrice Meyer-Bisch, appréhender juridiquement la planète comme un marché unique constitue « *le leurre du réductionnisme* »⁵¹⁵. Dès lors, le marché devrait être dissocié par « *bassin social* », c'est à dire comme un réseau et non comme une entité unique puisque « *si des échanges se font d'un marché à l'autre, par exemple en utilisant des ressources humaines dans un bassin social peu coûteux, pour produire des biens qui seront distribués dans un autre bassin, sans rapport avec le premier point de vue social, il n'y a pas économie de marché [mais] une relation marchande sauvage qui prélève une rente sur un marché au détriment des acteurs sociaux d'un autre* ».

En ce sens, le TCE pose les règles d'un marché concurrentiel de l'énergie en vue de « *libéraliser les investissements et les échanges en matière d'énergie* »⁵¹⁶. L'article 3 témoigne de cette orientation puisque « *les parties contractantes œuvrent en vue de promouvoir l'accès aux marchés internationaux des matières et produits énergétiques à des conditions commerciales et, de manière générale, de développer un marché ouvert et concurrentiel de l'énergie* ». L'inspiration libérale se manifeste également dans les nombreuses références au GATT. En effet, le TCE présente la spécificité de comporter de multiples membres ou candidats à l'OMC et s'inscrit dans le cadre d'une adhésion future de l'ensemble de ses États parties, prévoyant des dispositions transitoires dans l'attente de cette réalisation. Cette interrelation amène Jean Touscoz à conclure que le TCE constitue « *un GATT sectoriel et géographique* »⁵¹⁷. En ce sens, il reprend l'essentiel de cet accord sur les mesures relatives aux investissements et liées au commerce (MIC) adoptées dans l'acte final de l'Uruguay round⁵¹⁸. L'amendement au TCE d'avril 1998 confirme cette appartenance en conformant les dispositions du traité à celles de l'OMC, en remplacement des règles du GATT de 1947. De plus, en cas d'incompatibilité entre des dispositions du traité et celles du GATT, ces dernières prévalent⁵¹⁹. Le TCE renvoie encore parfois directement aux dispositions du GATT telles que l'article 5§1 relatif au traitement national et à l'élimination générale des restrictions quantitatives en matière d'investissements liés au commerce⁵²⁰. L'influence du GATT sur le TCE se manifeste particulièrement dans la reprise de ses principes fondateurs qualifiés de « *libéraux* » dans le rapport de l'Assemblée nationale sur la ratification du traité sur la Charte de l'énergie⁵²¹.

⁵¹³ J.-P. FITOUSSI, "L'idéologie du monde", *Le Monde*, 08/07/1998

⁵¹⁴ G. FEUER et H. CASSAN, *droit international du développement*, Dalloz, 2 éd, 1997, p. 33

⁵¹⁵ P. MEYER-BISCH, in M. BORGHI et P. MEYER-BISCH, *Éthique économique et droits de l'Homme*, Ed. universitaires, Fribourg, 1998, p.36

⁵¹⁶ TCE, préambule

⁵¹⁷ J. TOUSCOZ, "Le traité de la Charte de l'énergie (aspects juridiques)", *Revue de l'énergie*, n°481, oct. 1996, p.494

⁵¹⁸ T. FLORY, "L'acte final de l'Uruguay round", *AFDI*, 1993, p.752 s.

⁵¹⁹ TCE, art. 4

⁵²⁰ TCE, art. 29, 2, a)

⁵²¹ A. BOREL, *Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant la ratification du traité sur la Charte de l'énergie*, n°1544, Assemblée nationale, 28 avril 1999.

L'accès universel à l'énergie comme objectif

A l'inverse, le TCE ne comporte pas de disposition en faveur d'une justice sociale de l'énergie. Cet état du droit permet de conclure qu'en l'état actuel, le TCE est en mesure de favoriser l'accès à l'énergie par une protection juridique des investisseurs, mais qu'en l'absence de disposition particulière, ceux-ci pourraient être tentés de se concentrer sur les consommateurs les plus solvables. Par conséquent, des amendements pourraient être envisagés par une reconnaissance de l'objectif d'un accès universel, du droit à l'énergie, et l'institution de mécanismes concourant à leur effectivité comme une tarification progressive de l'énergie. Des instruments d'évaluation pourraient également être mis en œuvre tels qu'un observatoire sur la précarité énergétique et le développement d'indicateurs visant à évaluer l'état et les progrès réalisés dans le domaine de l'accès à l'énergie.

En complément, la solidarité intra-générationnelle en faveur d'une éthique de l'énergie conduit à s'interroger sur les dispositions applicables en termes de solidarité énergétique.

b) La solidarité énergétique

Le TCE a vocation à constituer « *la pierre angulaire d'une communauté de l'énergie* » et pourrait donc comprendre des mécanismes de solidarité entre les Etats, conjoncturellement, en cas de rupture temporaire des approvisionnements ; ou structurellement lorsque l'accès à l'énergie des populations d'un État n'est pas garanti. En ce sens, le TCE reconnaît un objectif « *de promotion de l'accès aux ressources énergétiques* » et établit une clause de solidarité offrant la possibilité pour les parties contractantes de se partager équitablement l'approvisionnement en matières et produits énergétiques⁵²². L'article 8 dispose quant à lui du transfert de technologie que les parties « *conviennent de promouvoir* ». Cependant, ces dispositions s'avèrent difficile à appliquer faute de précision sur les modalités de ce partage⁵²³.

Par conséquent, ces dispositions sont jusqu'à présent demeurées lettre morte. Leur inscription laisse toutefois des possibilités dans ce domaine. En ce sens, la Conférence pourrait se voir attribuer un rôle central dans la répartition équitable et efficace des ressources énergétiques, en établissant des priorités et des moyens organisationnels de mise en œuvre. Le TCE est donc en mesure de constituer un instrument de solidarité énergétique, sous réserve de précisions, et pourrait ainsi concourir à une solidarité intra-générationnelle de l'énergie. Cette remarque invite à poursuivre le raisonnement sur une éthique de l'énergie, dans sa dimension inter-générationnelle.

2) Une solidarité inter-générationnelle

La solidarité inter-générationnelle établit une responsabilité en faveur des générations futures, impliquant une gestion prudente (a) et un partage équitable de l'énergie (b).

a) Une gestion prudente de l'énergie

Gérer prudemment l'énergie consiste à mettre en œuvre des moyens visant à réduire la consommation d'énergie⁵²⁴. L'exploitation des énergies minières réduisant le stock, l'importance

⁵²² TCE, préambule et art. 24 .2.b)ii)A

⁵²³ M. LUNCA, "La confrontation des intérêts des États en matière d'approvisionnement énergétique", *préc.*, p. 71

⁵²⁴ T. WÄLDE, "Natural Resources and Sustainable Development", in N. SCHRIJVER et F. WEISS, *International Law*

critique de la ressource doit être prise en compte ainsi que l'existence de techniques permettant de minimiser l'épuisement et la recherche de produits de remplacement. Cette exigence implique de surveiller le rythme d'épuisement des gisements et d'introduire des méthodes de recyclage et d'économie afin que les ressources ne disparaissent pas avant la transition vers des substituts convenables⁵²⁵. Dans l'esprit du développement durable, il importe au plus haut point que le rythme d'épuisement des ressources non renouvelables compromette le moins possible l'avenir⁵²⁶. La gestion prudente des énergies minières ne se limite pas à la manière de les utiliser, mais aussi à l'opportunité de leur utilisation. Les décisions portant sur l'intérêt et les modalités de l'exploitation requerraient donc d'être prises en collaboration avec les populations concernées. Ce constat conduit George Sampson Akpan à recommander l'adoption d'un droit à la participation par « *une implication active et significative des populations à différents niveaux du processus décisionnel afin de déterminer les objectifs sociétaux et l'allocation des ressources permettant de les satisfaire* »⁵²⁷. En ce sens, au début des années 1970, la Norvège a établi par un débat public visant à déterminer comment les ressources gazières du pays devaient être gérées. Cet exemple constitue un modèle de démocratie, rare dans l'histoire des énergies minières⁵²⁸.

En complément, le président de l'Équateur, Rafael Correa, propose de ne pas exploiter les 920 millions de barils de pétroles, soit 20% des réserves nationales se trouvant dans le sous-sol du parc naturel du Yasuni. La mesure vise à préserver cette partie de l'Amazonie qui contient plus de biodiversité sur un hectare que les États-Unis et le Canada réunis. Elle permettrait également de conserver 410 millions de tonnes de dioxyde de carbone, soit l'équivalent d'un an d'émissions d'un État comme la France. En contrepartie, l'Équateur appelle la communauté internationale à indemniser la moitié de ce que représenterait cette rente pétrolière, soit 4 à 5 milliards de dollars. A cet effet, un fonds fiduciaire fut institué en août 2010 au sein du PNUD pour recevoir les contributions, l'objectif étant de disposer annuellement de 350 millions de dollars sur une période de 12 ans. L'Équateur s'engage à affecter ce montant aux énergies alternatives, à la reforestation, au développement social, à l'adaptation au changement climatique, à la lutte contre la biopiraterie et à l'économie de la bioconnaissance. Cet exemple met en exergue un second point fondamental dans la solidarité inter-générationnelle de l'énergie, à savoir un partage équitable des revenus du secteur énergétique.

b) Une redistribution locale des revenus du secteur énergétique

Les précédents propos ont démontré que les revenus générés par l'extraction d'énergie minière ne profitent généralement guère aux populations locales. Cette situation est à l'origine de recommandations et de guides méthodologiques par la doctrine juridique et des ONG précisant les

and Sustainable Development - Principles and Practice, Martinus Nijhoff, 2004, p.119-150

⁵²⁵ J.-M. LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement*, Ellipses, 3è. éd., 2010, p. 153-156

⁵²⁶ G.H. BRUNTLAND, *Notre avenir à tous, préc.*, chap. 2 ; A.-C. KISS, "L'irréversibilité et le droit des générations futures", *RJE*, n°.spécial, 1998, p.49 et s.

⁵²⁷ G. SAMPSON AKPAN, "Environmental and Human Rights problems in Natural Resources Development - Implications for Investment in Petroleum and Mineral Resources Sectors", *CEPMLP Journal*, n°.6, Janv. 2000 ; M. ÖGÜTÇÜ, "Good Governance and Best Practices for Investment Policy and Promotion", *CEPMLP*, n°.13, 2002

⁵²⁸ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie, préc.*, p. 276-277

L'accès universel à l'énergie comme objectif

modalités d'une gestion durable de l'exploitation⁵²⁹. L'objectif est de faire en sorte que les profits générés par l'utilisation de l'énergie soient en partie redistribués aux populations locales⁵³⁰.

A cet effet, l'article 24§2 du TCE autorise les États à adopter des mesures accordant des bénéfices en faveur des investissements appartenant à des peuples autochtones ou des personnes désavantagées économiquement ou socialement. La mesure est conditionnée par le fait qu'elle ne doit pas avoir d'incidence significative sur l'économie de l'État, ni instituer de discrimination entre les investisseurs nationaux et ceux des autres États⁵³¹. Dans le même sens, la Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies recommande l'établissement d'un cadre juridique permettant aux populations locales de bénéficier d'une partie des profits générés par l'exploitation de la ressource⁵³². Enfin, la Banque mondiale s'engage dans son rapport sur les industries extractives à « *promouvoir la réduction de la pauvreté par le développement durable* »⁵³³.

Des critères peuvent donc être établis en faveur d'une éthique de l'énergie, et appellent une réflexion sur les moyens juridiques permettant de les concrétiser.

B. Les moyens juridiques d'une éthique de l'énergie

Le concours du droit à une éthique de l'énergie impliquerait d'établir un cadre commun (1) sur lequel pourraient être mis en œuvre des mesures expérimentales (2).

1) Un cadre commun

L'accès à l'énergie présente un caractère fondamental et transversal qui justifierait son intégration parmi les objectifs du millénaire (a). Sa place essentielle comme instrument de solidarité conduirait ensuite à le considérer comme un objet du droit au développement (b).

a) L'accès universel à l'énergie comme objectif du millénaire

Le 13 septembre 2000, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait par consensus la « *déclaration du millénaire* », afin que la mondialisation devienne une force positive pour l'humanité toute entière⁵³⁴. Elle se réfère au droit des êtres humains de vivre dans la dignité, à l'abri de la faim, sans craindre la violence ; l'égalité selon laquelle aucune Nation ne doit être privée du

⁵²⁹ G. SAMPSON AKPAN, "Environmental and Human Rights problems in Natural Resources Development - Implications for Investment in Petroleum and Mineral Resources Sectors", *CEPMLP*, n°6, Janv. 2000 ; A.M.A. PEDRO, *Mainstreaming Mineral Wealth in Growth and Poverty Reduction Strategies*, UNECA, Routelège, *Minerals & Energy - Raw Materials Report*, vol. 21, Issue 1, p. 2 à 16, 2006 ; ECA et UNCTAD, *The Role and Management of Mineral Wealth in Socio-economic Development*, 2003 ; IIED et WBCSD, *Breaking New Ground - MMSD Final Report*, Earthscan Publications Ltd, 2002

⁵³⁰ J. TOUSCOZ, "Le régime juridique international des hydrocarbures et le droit international du développement", *préc.* M. RADETZKI, "Is Resource Depletion a Threat to Human Progress? Oil and Other Critical Exhaustible Materials?" *CEPMLP*, n°10, 06/03/2002

⁵³¹ TCE, art. 24§2 b) iii) A et B ; M. LUNCA, "La confrontation des intérêts des États en matière d'approvisionnement énergétique", *préc.*, p. 72

⁵³² ECA et UNCTAD, *The Role and Management of Mineral Wealth in Socio-economic Development*, vol., 2003, p. 7

⁵³³ BANQUE MONDIALE, *Vers un meilleur équilibre - le groupe de la banque mondiale et les industries extractives : le rapport final de la revue des industries extractives*, 17/09/2004 ; sur le manque d'effectivité des engagements : C. CASSIER, "Banque mondiale : le soutien aux énergies fossiles ne profite pas aux plus pauvres", *Univers-nature*, 08/10/2010, www.univers-nature.com

⁵³⁴ AGNU, déclaration du millénaire du 13 septembre 2000, A/RES/55/2

Le droit social de l'énergie (droit international)

développement ; la solidarité par une juste répartition des charges et l'aide à ceux qui souffrent ; la tolérance ; le respect de la nature et un partage des responsabilités⁵³⁵. Partant de ces principes, la déclaration fixe huit objectifs à atteindre en 2015 : réduire l'extrême pauvreté et la faim ; assurer l'éducation primaire pour tous ; promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes ; réduire la mortalité infantile ; améliorer la santé maternelle ; combattre le sida, le paludisme et d'autres maladies ; préserver l'environnement ; mettre en place un partenariat mondial pour le développement. Or, bien que l'accès à l'énergie constitue un préalable à leur réalisation, la déclaration n'y fait référence à aucun moment.

Face à cette carence, ONU-Énergie publiait en juin 2005 un article démontrant l'interrelation entre l'accès à l'énergie et le développement, et ses apports en matière de santé, d'éducation et de respect de l'environnement⁵³⁶. Un programme d'action constitué de lignes directrices fut ensuite établi pour intégrer l'énergie dans les actions des Agences de l'ONU. Ces travaux ont été relayés par des institutions internationales telles que l'OCDE, et au Royaume-Uni, par le Département pour le développement international, afin de présenter l'accès à l'énergie comme une condition de réalisation des objectifs du millénaire⁵³⁷.

L'absence de reconnaissance de l'accès universel à l'énergie comme objectif du millénaire étonne⁵³⁸. Néanmoins, cette carence pourrait être comblée en 2015, à l'occasion d'une révision du cadre juridique international dans ce domaine. Dans le prolongement, l'accès universel à l'énergie pourrait être considéré comme un objet du droit au développement.

b) L'accès universel à l'énergie comme objet du droit au développement

Le droit au développement trouve son origine dans le « *droit du développement* » tel que formulé par André Philip en 1965, puis repris par Michel Virally et défini par Jean Touscoz comme « *l'ensemble des principes, des règles et des institutions juridiques de l'ordre international qui tendent à assurer le respect universel et effectif des droits de l'homme et en particulier des droits économiques, sociaux et culturels* »⁵³⁹. Tombé en désuétude face au désintérêt des États et à sa qualification de « *droit de ghetto* », il est désormais absorbé dans le droit économique international⁵⁴⁰.

Persiste cependant le concept de « *droit au développement* », implicitement inscrit dans les

⁵³⁵ E. DECAUX, *Droit international public*, Dalloz, 6è. éd., 2008, n°388

⁵³⁶ ONU-ENERGIE, "The Energy Challenge for Achieving the Millennium Development Goals", 22/06/2005, <http://esa.un.org/un-energy>

⁵³⁷ OCDE, *L'Afrique et l'enjeu climatique - Appel à l'action*, 10è réunion du Forum pour le partenariat avec l'Afrique – 07-08/04/2008 ; DFID, *The Gender - Energy - Poverty Nexus: Finding the energy to address gender concerns in development*, 2011, www.mediaterre.org ; B. DESSUS, *Énergie, un défi planétaire*, Belin, Paris, 1999

⁵³⁸ M.L. URVOY SANGHARE, "Les biens publics mondiaux dans la perspective des Objectifs du millénaire pour le développement", in *Institut de recherche et débat sur la gouvernance*, juin 2005

⁵³⁹ J. TOUSCOZ, "Le régime juridique international des hydrocarbures et le droit international du développement", *JDI*, 1973, p.303 ; M. VIRALLY, "Vers un droit international du développement", *AFDI*, n°.11, 1965, p.3-12 ; G. FEUER, "Le droit international du développement - Une création de la pensée francophone", in C. CHOQUET, O. DOLLFUS, E. LEROY et M. VERNIÈRES, *État des savoirs sur le développement. Trois décennies de sciences sociales en langue française*, Karthala GEMDEV, Paris, 1993

⁵⁴⁰ M. BENCHIKH, *Droit international du sous-développement. Nouvel ordre de la dépendance*, Berger-Levrault, 1983 ; M. BEDJAOUÏ, *Pour un nouvel ordre économique international*, UNESCO, 1979 ; R. CHARVIN, *L'investissement international et le droit au développement*, L'Harmattan, août 2002, p.107

L'accès universel à l'énergie comme objectif

articles 55 et 73 de la Charte des Nations Unies puis consacré dans les résolutions 198, 306, 1803 et développé par la Commission des droits de l'Homme en 1977⁵⁴¹. Une déclaration du 4 décembre 1986 précise que « *le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme et que l'égalité des chances en matière de développement est une prérogative aussi bien des nations que des individus qui les composent* »⁵⁴² Il implique une redistribution des revenus du développement au bénéfice du bien être de toute la population⁵⁴³. La déclaration précise que « *l'être humain* » n'est pas un instrument de production mais le « *sujet central du processus de développement et qu'en conséquence il devrait être considéré comme le principal participant à ce processus et son principal bénéficiaire par toute politique de développement* »⁵⁴⁴. Le droit au développement constitue à la fois un droit individuel et collectif et se traduit en droit économique international dans les principes de non-réciprocité, de l'inégalité compensatrice et par un système général de préférences en faveur des États les plus démunis⁵⁴⁵. Ceux-ci bénéficient de contraintes allégées liées au libre échange et de droits d'accès plus favorables aux marchés des États développés⁵⁴⁶.

Dès lors, l'accès universel à l'énergie pourrait être considéré comme un service essentiel à la réalisation du droit au développement. En ce sens, la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies (COMEST) précise que l'électrification « *doit faire partie d'un projet de développement beaucoup plus vaste* », tandis que pour Michel Prieur : « *le droit au développement [...] doit être soucieux non seulement des besoins des générations présentes mais aussi des générations futures* »⁵⁴⁷. Par conséquent, les Etats développés pourraient mettre concourir à un accès universel à l'énergie dans le cadre de leurs relations commerciales, en développant des moyens facilitant l'accès des populations à l'énergie, par des aides financières, des transferts de technologies, une tarification préférentielle⁵⁴⁸...

Ce cadre juridique commun pourrait ensuite être complété par des mesures expérimentales.

⁵⁴¹ AGNU, résolution 198 (III) du 4 déc. 1948, Développement économique des pays insuffisamment développés ; AGNU, résolution 304 (IV) du 16 nov. 1949, Programme élargi d'assistance technique en vue du développement économique des pays insuffisamment développés ; AGNU, résolution 1803 (XVII), *préc.*

⁵⁴² AGNU, résolution 41 (128) du 4 déc. 1986, Déclaration sur le droit au développement

⁵⁴³ A. SENGUPTA, "Implementing the Right to Development", in N. SCHRIJVER et F. WEISS, *International Law and Sustainable Development - Principles and Practice*, Martinus Nijhoff, 2004, p.343

⁵⁴⁴ AGNU, résolution 41 (128) du 4 déc. 1986, *préc.* ; la déclaration de Vienne confirme que le « *droit au développement (...) est un droit universel et individuel qui fait partie intégrante des droits fondamentaux de la personne humaine* », AGNU, déclaration et programme d'action de Vienne, 14-25/06/1993

⁵⁴⁵ Y. MATSUI, "The Principle of "Common but Differentiated Responsibilities"", *préc.*

⁵⁴⁶ M.D. VARELLA, *L'inégalité Nord-Sud et la construction juridique du "développement durable" dans le droit international*, Université de Paris I - Panthéon -Sorbonne, thèse Droit, Droits des affaires, 17/06/2002, p. 94 et s.; Y. MATSUI, "The Principle of "Common but Differentiated Responsibilities"", in N. SCHRIJVER et F. WEISS, *International Law and Sustainable Development - Principles and Practice*, Martinus Nijhoff, 2004, p.73-96

⁵⁴⁷ J.-P. KIMMINS, *L'éthique de l'énergie : un cadre d'action*, World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), 2001 ; M. PRIEUR, "Droit de l'homme à l'environnement et développement durable", actes du colloque de Ouagadougou : développement durable leçons et perspectives, du 1er au 4 juin 2004, www.francophonie-durable.org, p.105

⁵⁴⁸ J.I.M. DE WAART, "Sustainable Development through a Socially Responsible Regime", in N. SCHRIJVER et F. WEISS, *International Law and Sustainable Development - Principles and Practice*, Martinus Nijhoff, 2004, p.278-279 ; E. NIEUWENHUYNS, "Global Development through International Investment Law", in N. SCHRIJVER et F. WEISS, *International Law and Sustainable Development - Principles and Practice*, Martinus Nijhoff, 2004, p.298-299

2) Des règles expérimentales

En complément du cadre directeur en faveur d'un accès universel à l'énergie, des mesures expérimentales pourraient prendre la forme d'une taxe pour financer l'accès à l'énergie (a) et d'un régime de responsabilité des sociétés du secteur énergétique à l'égard des droits de l'Homme (b).

a) Une taxe pour financer l'accès à l'énergie

L'adoption d'un instrument incitatif en faveur de l'accès à l'énergie pourrait se fonder sur le principe de responsabilité commune mais différenciée, reconnu dans le septième principe de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, disposant que « *les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent* »⁵⁴⁹. Il permettrait également de pallier la faiblesse structurelle des fonds affectés à l'aide au développement⁵⁵⁰. Ce financement pourrait reposer sur une taxe dont le produit serait au moins partiellement affecté à l'accès à l'énergie, Bruno Jetin estimant que « *le principe de base est qu'elles doivent servir à réduire les inégalités sociales, à financer le développement des pays en développement, et préserver l'environnement, sans pour autant exonérer les gouvernements de leurs responsabilités* »⁵⁵¹.

Une première voie consisterait à appliquer une taxe sur le marché physique de l'énergie. Un prélèvement de 1,34 dollars par baril de pétrole assurerait un revenu de 36 milliards de dollars, correspondant au montant nécessaire pour assurer un accès universel à l'énergie⁵⁵². Outre les avantages sociaux, cette mesure constituerait également une avancée vers un encadrement international du prix de l'énergie et contribuerait par son renchérissement à une réduction des consommations, elle-même propice à la sécurité énergétique et à la préservation de l'environnement⁵⁵³. Cependant, il convient de noter que la fiscalité sur les produits finis pétroliers rapporte déjà à elle seule 1000 milliards d'euros annuellement, et qu'une meilleure affectation de ces revenus permettrait déjà concourir substantiellement à un accès plus équitable à l'énergie.

Une seconde voie s'inscrirait dans la continuité de la proposition du prix Nobel James Tobin, qui envisage un prélèvement de 0,1% sur les opérations d'achat et de vente de devises⁵⁵⁴. Ignacio Ramonet estime qu'elle procurerait des recettes deux fois supérieures à la somme nécessaire

⁵⁴⁹ AGNU, Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 12/08/1992

⁵⁵⁰ O. DAMETTE, "Quel avenir pour une taxe Tobin ?", *Mondes en développement*, n°4, 2007, p.115-124

⁵⁵¹ B. JETIN, "La taxe Tobin, une solidarité nécessaire", *Libération*, 01/08/2000 ; "A l'ONU, Nicolas Sarkozy plaide pour une taxe sur les transactions financières", *Le Monde*, 21/09/2010, www.lemonde.fr ; "G20 : Sarkozy prône la coopération et veut donner au FMI un rôle central", *Le Monde*, 18/02/2011, www.lemonde.fr

⁵⁵² IEA, UNDP, UNIDO, *Energy Poverty - How to make modern energy access universal?*, Sept. 2010, p.26 ; J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie, préc.*, p. 403

⁵⁵³ P. ARTHUS, P. CHALMMIN, A. AUTUME et J.-M. CHEVALIER, *Les effets d'un prix du pétrole élevé et volatil*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, 2010 ; J.-M. CHEVALIER, *Rapport sur la volatilité du prix du pétrole remis à madame Christine Lagarde le 9 février 2010*, Ministère de l'Economie de l'Industrie et de l'Emploi, 2010

⁵⁵⁴ Y. JÉGOUREL, *La taxe Tobin*, La découverte, coll. Repères, 2002 ; R. JOHNSON, "The Tobin Tax: Another Lost Opportunity?", *Development in Practice*, vol. 7, n°9, May 1997, p.140-147 ; J.-P. FITOUSSI et J.E. STIGLITZ, "Le « Gn fantôme » - Les voies pour sortir de la crise en renforçant la solidarité mondiale", *Revue de l'OFCE*, n°110, juill. 2009, p.471-484

L'accès universel à l'énergie comme objectif

pour éradiquer la pauvreté en cinq ans⁵⁵⁵. En ce sens, le Fonds monétaire international propose l'établissement d'une première taxe baptisée « *Financial Stability Contribution* » qui serait assise sur les risques excessifs pris par les institutions financières ; et une seconde intitulée « *Financial Activities Tax* », basée sur les profits et les rémunérations de l'ensemble des secteurs financiers, des assureurs et des *hedge funds*⁵⁵⁶.

Les revenus générés par ces instruments pourraient ensuite être affectés à un fonds destiné à l'accès à l'énergie. En ce sens, Zhiguo Gao propose d'établir un « *fonds pour les ressources du futur* », alimenté par un prélèvement reposant sur l'exploitation d'énergie minière et affecté à l'énergie propre, la recherche en faveur des énergies de substitution et une aide aux investissements assurant cette transition⁵⁵⁷. Il pourrait également résider dans le fonds verts pour aider les pays en développement issu du sommet de Cancun sur le climat du 29 novembre 2010, ou sur le Fonds mondial pour la promotion de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables, chargé de mobiliser des investissements privés en faveur de projets dans les domaines de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables dans les pays et régions émergents⁵⁵⁸.

Ce dispositif pourrait être complété par une précision du régime de responsabilité des sociétés du secteur énergétique au regard des droits de l'Homme.

b) La responsabilité des sociétés de l'énergie au regard des droits de l'Homme

Au Congo Brazzaville, Elf fut accusée de financer les deux côtés de la guerre civile tout comme elle l'aurait également fait en Angola⁵⁵⁹. Un haut fonctionnaire britannique accusait devant le Parlement européen BP de soutenir l'armée colombienne dans la violation de droits de l'Homme. Au Nigéria, Shell fut soupçonnée de fournir des armes et des munitions à l'État à l'encontre du peuple Ogoni qui protestait contre les atteintes portées par la compagnie à l'environnement⁵⁶⁰. Alors que les sociétés du secteur énergétique deviennent des sujets de droit international, leur responsabilité tend pour corollaire à s'affirmer à l'égard des droits de l'Homme⁵⁶¹.

En ce sens, la Déclaration universelle des droits de l'Homme dispose que « *tous les organes de la société (...) s'efforcent (...) de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer*

⁵⁵⁵ L. RAMONET, "Désarmer les marchés", *Le Monde diplomatique*, déc. 1997 ; *Rapport sur le développement humain*, Paris, Economica, 1997 ; C. CASSIER, "Changements climatiques : la brûlante question à 100 milliards de dollars", *Univers-nature*, 03/06/2010, www.univers-nature.com

⁵⁵⁶ A. FAUJAS, "Le FMI propose au G20 de créer deux taxes sur toutes les institutions financières", *Le Monde*, 21/04/2010

⁵⁵⁷ Z. GAO, "Environmental Regulation of the Oil and Gas Industries", *CEPMLP*, n°2, 1997

⁵⁵⁸ <http://geeref.com>

⁵⁵⁹ GLOBAL WITNESS, *C'est l'heure de la transparence*, 2004, p. 3.

⁵⁶⁰ G. SAMPSON AKPAN, « *Environmental and Human Rights problems in Natural Resources Development - Implications for Investment in Petroleum and Mineral Resources Sectors* », *CEPMLP*, n°6, Janv. 2000

⁵⁶¹ E. DECAUX, "La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'Homme", *préc.* ; P. DUMBERRY, "L'entreprise, sujet de droit international ? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements", *RGDIP*, n°108-1, 01/01/2004, p.103-122 ; M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, essais, 1998, p. 31 ; J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse droit, Limoges, 03/12/2001 ; G.R. PRING, J. OTTO et N. NAITO, "Trends in International Environmental Law Affecting the Minerals Industry", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, n°39, vol. 42, 1999, p. 173

Le droit social de l'énergie (droit international)

(...) *la reconnaissance et l'application universelles et effectives* »⁵⁶². Le CDESC précise dans son observation générale n°14 que : « *tous les membres de la société - les particuliers (dont les professionnels de la santé), les familles, les communautés locales, les organisations intergouvernementales et non gouvernementales, les organisations représentatives de la société civile et le secteur des entreprises privées - ont une part de responsabilité dans la réalisation du droit à la santé* »⁵⁶³. Ces propos s'appliquent *a fortiori* concernant l'accès universel à l'énergie qui suppose « *l'action conjuguée de tous les acteurs du jeu social* »⁵⁶⁴. Dès lors, les sociétés ne sont pas seulement astreintes à une obligation de respect mais aussi à celle de promouvoir les droits de l'Homme dans le cadre de leurs actions.

Cette applicabilité croissante des droits de l'Homme aux opérateurs du secteur énergétique a conduit à l'élaboration de « *normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises* » par la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme des Nations Unies, disposant que « *dans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres, les sociétés transnationales et autres entreprises sont elles aussi tenues de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, y compris les droits et intérêts des peuples autochtones et des autres groupes vulnérables, et de veiller à leur réalisation* »⁵⁶⁵. Selon ces dispositions, les compagnies doivent s'abstenir de porter atteinte aux droits de l'Homme de leur propre chef mais également par des actes de complicité⁵⁶⁶. La nature de leurs obligations s'avère particulièrement large puisque le paragraphe 12 dispose que « *les sociétés transnationales et autres entreprises respectent les droits économiques, sociaux et culturels ainsi que civils et politiques et contribuent à leur réalisation, s'agissant en particulier des droits au développement, à une alimentation adéquate et à l'eau potable, au meilleur état de santé physique et mentale possible, à un logement approprié, à la protection de la vie privée, à l'éducation, ainsi qu'à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et à la liberté d'opinion et d'expression, et s'abstiennent de toute action qui entraverait ou empêcherait la réalisation de ces droits et libertés* ».

La jurisprudence s'adapte à cet état du droit, un arrêt de la Cour d'appel de l'État de New York ayant reconnu le 12 octobre 2007, que des sociétés multinationales peuvent être condamnées pour complicité de crimes commis en Afrique du Sud pendant le régime de l'Apartheid⁵⁶⁷. Le 16

⁵⁶² DUDH, préambule

⁵⁶³ CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2000/4, 11/08/2000, p. 13

⁵⁶⁴ J.O. CROUZATIER et C. BARTHE-GAY, "L'affirmation internationale des droits humains", *UNJF*, sept. 2008

⁵⁶⁵ Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, 26/08/2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 ; v. le principe B: « *Les sociétés transnationales et autres entreprises garantissent l'égalité des chances et de traitement, conformément aux instruments internationaux pertinents, à la législation nationale et au droit international relatif aux droits de l'homme, dans le but d'éliminer toute discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques, la nationalité d'origine, l'origine sociale, la condition sociale, la qualité d'autochtone, le handicap, l'âge de la personne n'ayant aucun rapport avec son aptitude à exercer un emploi* ».

⁵⁶⁶ Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, 26/08/2003, §.1 c).

⁵⁶⁷ US Court of Appeals for the Second Circuit - New York, *Khulumani v. Barclay Bank, Ntsebeza v. Daimler Chrysler Corp.*, 05-2141, 05-2326 ; F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (2e partie)", *Env.*, n° 11, chron. 4, nov. 2008, n°29

Le droit à l'énergie comme moyen

juin 2008, la Cour suprême des États-Unis déclarait recevable le recours intenté contre des multinationales pour une violation des droits de l'Homme liée à une exploitation gazière en Indonésie, dans laquelle les services de sécurité étaient accusés d'avoir violé les droits fondamentaux de villageois indépendantistes⁵⁶⁸. Le 28 août 2008 Exxon fut appelée à répondre des faits en cause devant le tribunal de Washington, considérant qu'il existait des preuves suffisantes que des atrocités ont été commises par les forces de sécurité payées par la filiale indonésienne du groupe *ExxonMobil Oil Indonesia*⁵⁶⁹. Ce jugement est d'autant plus intéressant que le tribunal reconnaît la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité de la société tant directement du fait de ses négligences dans l'embauche et le contrôle des forces de sécurité, qu'indirectement pour les dommages causés aux demandeurs par les forces de sécurité. De plus, le juge considère que la filiale ne pouvait faire face seule aux enjeux de sécurité et que la maison mère doit également en assumer les conséquences, l'exégèse s'appuyant sur l'important contrôle exercé par la société mère sur sa filiale en matière de sécurité, en lui dictant des consignes précises sur la base de rapports détaillés⁵⁷⁰. Nathalie Péré-Marzano et Antonio Manganella ajoutent qu'une société qui viole les droits de l'Homme ne devrait pas avoir accès aux financements publics et envisagent la possibilité d'engager la responsabilité de l'État de sa nationalité pour complicité⁵⁷¹.

L'application des droits de l'Homme à l'encontre des opérateurs du secteur énergétique présente encore un caractère expérimental mais pourrait se généraliser. Cette obligation se présente avec d'autant plus d'acuité que le droit à l'énergie tend à s'affirmer comme un droit fondamental du système juridique international.

2/ *Le droit à l'énergie comme moyen*

Le droit à l'énergie demeure une prérogative peu étudiée par la doctrine juridique⁵⁷². Pourtant, il constitue un instrument de référence pour concourir à un accès universel à l'énergie et s'inscrit comme un préalable à des conditions de vie décentes. Il peut être entendu comme « *le droit de toute personne et de tout peuple à disposer sur une base égalitaire d'une énergie propre, en quantité suffisante, de manière régulière, sûre et à un prix abordable* »⁵⁷³. Il présente l'originalité de présenter une dimension individuelle (I) et collective (II).

I. Un droit individuel à l'énergie

Le droit à l'énergie peut être appréhendé comme un préalable à la satisfaction des droits de l'Homme (A), voire comme un droit de l'Homme à part entière (B).

⁵⁶⁸ Cour suprême des États-Unis, aff. n° 07-81, *Exxon v. Doe*

⁵⁶⁹ Tribunal de Washington, req. n° 01-1357

⁵⁷⁰ F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (2e partie) . - mai 2008 / mai 2009", *Env.*, n° 10, chron. 4, oct. 2009, n° 14

⁵⁷¹ N. PÉRÉ-MARZANO et A. MANGANELLA, "Une entreprise qui viole les droits de l'homme ne devrait pas avoir accès aux financements publics", *Le Monde*, 20/10/2010, www.lemonde.fr

⁵⁷² O. FRACHON et M. VAKALOULIS, *Le droit à l'énergie*, Syllepse, 2002 ; E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie. Penser le XXI^e siècle*, Passages, 1996 ; M.-A. FRISON-ROCHE, "Droit de l'énergie, droit à l'énergie : les nouvelles règles du jeu", *Revue de l'énergie*, n° 509, 1999, p.615-618

⁵⁷³ C. KROLIK, "Le droit à l'énergie", in *Technique et droits humains*, Lextenso, 2011 ; A.J. BRADBROOK, "Access to energy services in a human rights framework", *Human Rights Quarterly*, n° 2, 28, 2005, p. 15

A. Un préalable à la satisfaction des droits de l'Homme

L'appréhension de l'énergie comme un service essentiel à la réalisation des droits de l'Homme trouve son origine dans une exégèse du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (CDESC) (1), conduisant certaines organisations à l'assimiler à un droit de l'Homme (2).

1) L'exégèse du Comité des droits économiques, sociaux et culturels

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ne reconnaît pas explicitement le droit à l'énergie mais son Comité l'appréhende dans le cadre d'une interprétation constructive (a) susceptible de conduire à une modernisation des cadres juridiques (b).

a) Une interprétation constructive

Le CDESC présente l'accès à l'énergie comme un service essentiel à la satisfaction des droits de l'Homme. Il affirme dans sa quatrième observation générale que la réalisation du droit à un logement suffisant de l'article 11 du PIDESC requiert un accès permanent à l'énergie pour cuisiner, se chauffer et s'éclairer⁵⁷⁴. Dans ses observations finales concernant les expulsions forcées en République dominicaine, le Comité indique que « *lorsqu'un logement habité est démoli ou lorsque ses occupants sont expulsés, le gouvernement a l'obligation de veiller à ce qu'un logement approprié de remplacement soit fourni. Dans ce contexte, les mesures "appropriées" supposent la réinstallation à une distance raisonnable du précédent lieu d'habitation, dans des conditions permettant l'accès aux services essentiels tels que l'approvisionnement en eau, l'électricité, l'évacuation des eaux usées et l'enlèvement des ordures ménagères* »⁵⁷⁵. Dans l'observation générale n°14, il démontre le rôle indispensable de l'énergie dans la réalisation du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint⁵⁷⁶. Conformément aux obligations des articles 16 et 17 relatifs à la transmission de rapports nationaux sur la mise en œuvre du Pacte, les États sont enjoins d'indiquer « *le nombre de particuliers et de familles qui sont actuellement mal logés et ne disposent pas des éléments de confort minimum tels qu'eau courante, chauffage (s'il est nécessaire), évacuation des déchets, installations sanitaires, électricité, services postaux* »⁵⁷⁷.

Bien que ces observations générales ne disposent d'une portée contraignante, elles constituent pour Stephen Tully « *le véhicule le plus approprié pour cristalliser le droit de l'Homme à l'électricité au niveau national et international* »⁵⁷⁸. En effet, elles modernisent le contenu du Pacte et pourraient concourir à une modernisation des cadres juridiques.

⁵⁷⁴ CESCR, Observation générale 4, le droit à un logement suffisant, 13/12/1991

⁵⁷⁵ CESCR, Observations finales du comité des droits économiques, sociaux et culturels République Dominicaine, E/C.12/1994/15, 19/12/1994, p. 3, §11 et 24

⁵⁷⁶ CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2000/4, 11/08/2000

⁵⁷⁷ CESCR, directives générales révisées concernant la forme et le contenu des rapports que les États parties doivent présenter conformément aux articles 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Doc. E/C.12/1991/1, 17/06/1991, p. 13

⁵⁷⁸ S.R. TULLY, "The Contribution of Human Rights to Universal Energy Access", *Northwestern Journal of International Human Rights*, n°4, issue 3, 2006

b) Une source de modernisation des cadres juridiques

Dans une résolution du 10 décembre 2008, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait un protocole optionnel relatif au PIDESC, instituant des voies de recours pour les victimes de violations des droits économiques, sociaux et culturels⁵⁷⁹. Il établit une procédure « *quasi-judiciaire* » dans laquelle le Comité examine si l'État a pris des mesures raisonnables, dans la limite des ressources dont il dispose, pour parvenir progressivement à la réalisation des droits du Pacte⁵⁸⁰. Il confère à un individu, à un groupe d'individus et aux organisations agissant en leur compte, le droit de porter plainte contre leur État en cas de violation des droits contenus dans le Pacte⁵⁸¹. La saisine exige l'épuisement des voies de recours internes sauf en cas d'inefficacité de celles-ci, auquel cas le Comité pourra être saisi directement. Un mécanisme de plaintes interétatiques est également prévu et le Comité a la faculté de s'autosaisir. Il peut se rendre dans un État pour apprécier la véracité d'allégations portant sur des violations graves et systématiques du PIDESC et a compétence pour prendre des mesures provisoires en cas d'urgence. Ce protocole institue également un fonds volontaire pour aider les États à mettre en œuvre les dispositions du Pacte. En cas de violation avérée desdits droits, le Comité transmet l'information aux agences Onusiennes pour les sensibiliser sur les problèmes rencontrés et les encourager à agir en faveur de leur respect.

Ce Protocole pourrait donc renforcer la place de l'accès à l'énergie dans les différents cadres juridiques et notamment dans les *corpus* des droits de l'Homme. En ce sens, les exégèses du CDESC trouvent un écho dans certains systèmes juridiques assimilant l'accès à l'énergie à un droit de l'Homme.

2) L'assimilation de l'accès à l'énergie à un droit de l'Homme

Cette approche trouve son origine dans l'expression anglophone « *Human Rights-based Approach to Energy* » originellement développée par les Nations-unies pour intégrer l'énergie dans les politiques de développement (a) mais dont la portée juridique demeure limitée (b)⁵⁸².

a) Un moyen d'intégrer l'énergie dans les politiques de développement

Instituée originellement au niveau central de l'ONU, cette approche fut progressivement reprise par ses agences, par le Haut-commissariat aux droits de l'Homme et par le PNUD qui ont élaboré une méthodologie de l'intégration⁵⁸³. Elle trouve sa justification dans le fait que l'énergie

⁵⁷⁹ AGNU, résolution A/RES/63/117 du 10 déc. 2008, Protocole optionnel relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; OHCHR, "Le protocole optionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels - note adressée aux institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'Homme", 2009, www.ohchr.org ; M. NOWAK, "De la nécessité d'un Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels", *Revue de la Commission internationale de juristes*, n°.55, 1995, p.171-184 ; JAVIER QUEL LOPEZ, "Un paso esencial hasta la eficacia internacional de los derechos economicos, sociales y culturales, luces y sombras del protocolo facultativo del Pacto de derechos economicos, sociales y culturales", in A. EMBID IRUJO, *derechos economicos y sociales*, Iuste, Madrid, 2009, p.305

⁵⁸⁰ B. WILSON, "Quelques réflexions sur l'adoption du protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies", *RTDH*, 2009, p.305

⁵⁸¹ C. ALBUQUERQUE, "Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels instituant un mécanisme de plainte", *Droits fondamentaux*, n°.7, juill. 2008

⁵⁸² UN, *UN Common Understanding on a Human Rights-Based Approach*, Stamford USA, 2003

⁵⁸³ OHCHR, *Towards a Shared Understanding of Human Rights-based Approaches to Development in the UN system*, OHCHR, Stamford USA, OHCHR Background paper prepared for the Second Interagency Workshop Implementing a

Le droit social de l'énergie (droit international)

constitue un élément fondamental pour l'Homme et implique d'appréhender son accès non seulement comme un procédé mais également comme un objectif. La politique mise en œuvre ne doit alors pas se limiter à son respect mais requiert également de le promouvoir, afin de contribuer à la réalisation des droits inscrits dans la déclaration universelle des droits de l'Homme, le PIDCP, le PIDESC, la convention internationale des droits de l'enfant, et la convention relative aux peuples indigènes et tribaux.

Les destinataires de ces politiques se voient reconnaître les droits à l'information et à la participation dans la décision publique⁵⁸⁴. Celle-ci doit être libre, active, significative et régulièrement évaluée et contrôlée en collaboration avec la société civile, en portant une attention particulière aux groupes vulnérables⁵⁸⁵. Les créanciers de ces droits sont constitués des citoyens et des ONG concernés par ladite politique et doivent pouvoir invoquer ces prérogatives devant un médiateur national, une commission des droits de l'Homme ou des juridictions nationales voire supranationales, afin de bénéficier d'une réparation et d'une garantie d'une absence de récidive en cas de violation. Les États constituent les principaux débiteurs et il leur incombe de respecter, de protéger et de réaliser ces droits, à chaque phase du processus. Cette responsabilité peut être étendue aux institutions locales et aux organisations non étatiques telles que les entreprises⁵⁸⁶.

L'accès à l'énergie est assimilé à un droit de l'Homme par le département pour le développement international du Royaume-Uni (DFID) et conduit à une participation des plus démunis à la décision publique et à l'obligation pour les autorités de leur assurer la fourniture d'énergie⁵⁸⁷. En cas de manquements, ces populations ont la possibilité de recourir contre les auteurs afin d'assurer le respect de ce droit. Cette approche trouve également un écho dans certaines politiques nationales, le ministre indien de l'énergie s'étant engagé dans un discours au congrès mondial de l'énergie à assurer un accès à l'électricité pour tout logement rural, tandis que le Brésil adoptait en 2008, un programme baptisé « *électricité pour tous* » afin de garantir un accès universel à l'électricité⁵⁸⁸.

L'assimilation de l'accès à l'énergie à un droit de l'Homme démontre l'interdépendance qu'entretiennent l'énergie, les droits de l'Homme et le développement durable. Elle constitue un

Human Rights-Based Approach in the Context of UN Reform, 2003 ; OHCHR, *Towards a Shared Understanding of Human Rights-Based Approaches to Development in the UN system*, Stamford USA, Report of the Second Interagency Workshop Implementing a Human Rights-Based Approach in the Context of UN Reform, May 2003 ; S. APPLEBY, *A Rights-Based Approach to Development: What the policy documents of the UN development co-operation and NGO agencies say*, OHCHR Asia-Pacific, 2002 ; UNDP, *Integrating Human Rights with Sustainable Human Development, recognising that human rights and sustainable development are linked and complementary*, 1998 ; UNDP, *Training Manual on Human Rights and Sustainable Development*, 2000 ; UNDP, *Guidelines for Human Rights-Based Reviews of UNDP Programmes*, 2003 ; UNDP, *Practice Note on Human rights in UNDP*, 2005.

⁵⁸⁴ PIDCP, art. 25: « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables de prendre part à la direction des affaires publiques (...) [et] aux fonctions publiques de son pays ». DUDH, art. 10: « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial ».

⁵⁸⁵ E. FILMER-WILSON et M. ANDERSON, "Integrating Human Rights into Energy and Environment Programming: A Reference Paper", UNDP, May 2005

⁵⁸⁶ *Ibidem*

⁵⁸⁷ DFID, *Energy for the poor Underpinning the Millennium Development Goals* August 2002

⁵⁸⁸ P.M. SAYEED, "The Path to Sustainability: Accessibility, Availability, Acceptability, Keynote Address at the World Energy Congress", Sydney, Australia, 05-09/09/2004

Le droit à l'énergie comme moyen

moyen efficace de promouvoir l'accès à l'énergie et participe au rayonnement des droits de l'Homme. Néanmoins, sa portée juridique demeure limitée par son caractère volontaire.

b) Une portée juridique limitée

L'effectivité de cette approche est conditionnée par le bon vouloir de l'organisation promotrice de l'aide au développement et son acceptation par les autorités réceptrices. Or, les faits démontrent que son effectivité peut demeurer partielle en cas d'insuffisance de moyens financiers, organisationnels ou techniques⁵⁸⁹. Sa portée se limite donc à celle d'un engagement moral, le non-respect des dispositions ne garantissant pas l'accès au juge.

Ce constat conduit à envisager la reconnaissance du droit à l'énergie comme un véritable droit de l'Homme.

B. Un droit de l'Homme à l'énergie autonome

Une reconnaissance directe du droit à l'énergie s'avère souhaitable parce que l'accès à l'énergie n'a pas simplement vocation à préserver la dignité de la personne humaine, elle vise aussi son développement économique, social et culturel. Ce constat se traduit par la reconnaissance d'un droit à l'énergie autonome dans certains systèmes juridiques, conduisant à présenter l'état du droit positif (1) et à proposer des perspectives d'évolution (2).

1) L'état actuel du droit

Le droit à l'énergie est entendu dans une pluralité de systèmes juridiques comme le droit d'accéder à un minimum d'énergie (a) mais cette acception demeure restrictive (b).

a) Le droit d'accéder à un minimum d'énergie

L'article 16 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples du 27 juin 1981 dispose que « *toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* ». Saisie de quatre plaintes sur ce fondement, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples devait se prononcer sur des carences de l'ancien Zaïre, dont les agissements ont conduit à des manquements dans l'approvisionnement de médicaments et à l'absence de fourniture de services essentiels tels que l'eau potable et l'électricité. Dans les communications 25/89, 47/90, 56/91 et 100/93, la Commission indique que l'absence de fourniture de services de base nécessaires à un standard minimum de santé constitue une violation du droit à la jouissance du meilleur état possible de santé mentale et physique, et de l'obligation de l'État de prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé de son peuple⁵⁹⁰.

L'article 48 de la Constitution de la République Démocratique du Congo reconnaît le droit à l'énergie électrique et le Brésil entreprend des réformes en ce sens⁵⁹¹. Au Royaume-Uni, le DFID

⁵⁸⁹ UNDP, *Energizing Poverty Reduction*, nov. 2006 ; "Dynamiser la réduction de la pauvreté, un rapport du programme de développement des Nations unies (PNUD)", *Alternatives*, n°13, 2007, p.6-7

⁵⁹⁰ C. GALLANT, *Développements récents en matière de droits sociaux*, n°CDDH(2006)022, comité directeur pour les droits de l'homme, Strasbourg, 17/10/2006

⁵⁹¹ G. BAKANDEJA, *Droit minier et des hydrocarbures en Afrique Centrale - Pour une gestion rationnelle, formalisée et transparente des ressources naturelles*, Larcier, 2009 ; "Café-débat avec Pierre-Jean COULON", 27/09/2009,

Le droit social de l'énergie (droit international)

considère qu'un « accès équitable aux services énergétiques essentiels la cuisine, le chauffage et l'éclairage, devrait être considéré comme un droit de l'Homme au même titre que l'accès à l'eau »⁵⁹². La France accorde un statut législatif au « droit d'accès à l'énergie »⁵⁹³. La Haute Cour d'Afrique du sud précise dans l'affaire *Hendrick Frederick Meyer contre Moqhaka Local Municipality*, que la loi reconnaît le « droit à demander de l'électricité »⁵⁹⁴.

Les organisations régionales, certains États et leurs juridictions contribuent donc à l'émergence d'un droit à l'énergie autonome, mais ces reconnaissances bénéficient d'une portée juridique limitée.

b) Une acception restrictive

Le droit positif limite généralement la conception du droit à l'énergie à un « droit à l'électricité »⁵⁹⁵. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose que « [Les États parties] assurent le droit [des femmes dans les zones rurales] (...) de bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne le logement, l'assainissement, l'approvisionnement en électricité et en eau, les transports et les communications »⁵⁹⁶. L'article 11 du protocole de San Salvador à la Convention américaine relative aux droits de l'homme dispose que « toute personne a le droit de vivre dans un environnement salubre et de bénéficier des équipements collectifs essentiels »⁵⁹⁷. Selon Adrian Bradbrook, il convient d'entendre par « équipements collectifs essentiels : l'accès à l'électricité et aux services tels que le transport, la santé et l'eau propre qui ne peuvent être appréhendés sans énergie »⁵⁹⁸. En droit européen, la directive 2009/72/CE dispose que « les États membres veillent à ce que tous les clients résidentiels et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises (...) aient le droit de bénéficier du service universel, c'est-à-dire du droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires »⁵⁹⁹. Ces dispositions fondent un service universel de l'énergie reconnaissant implicitement le droit à l'énergie en imposant aux États de garantir une protection adéquate des consommateurs vulnérables, par « l'interdiction de l'interruption de la connexion à l'électricité de ces clients lorsqu'ils traversent des difficultés »⁶⁰⁰.

www.energiesofutur.org

⁵⁹² DFID, *Energy for the poor: Underpinning the Millennium development Goals*, préc.

⁵⁹³ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *JORF* n°163 du 14 juillet 2005, art. 2

⁵⁹⁴ High Court of South Africa, 24 juin 2004, *Hendrick Frederick Meyer contre Moqhaka Local Municipality*, case n°4008/2003

⁵⁹⁵ S. TULLY, "The Human Right to Access to Electricity", préc., p.30 et s.

⁵⁹⁶ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18/12/1979, art. 14

⁵⁹⁷ Protocole additionnel à la convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, « protocole de San Salvador », art. 11: droit à un environnement salubre

⁵⁹⁸ A.J. BRADBROOK, "Access to energy services in a human rights framework", *Human Rights Quarterly*, n°2, 28, 2005

⁵⁹⁹ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *JOUE*, L.211/55 du 14/08/2009, art. 3

⁶⁰⁰ Communication de la Commission, Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux, COM(91) 476, juin 1991 ; R. DENOIX DE SAINT MARC, *Le service public*, la documentation française, 1996 ; J. MORAND-DEVILLER, *Cours droit administratif*, Montchrestien, 10 éd, 2007, p.492 ; S. NICINSKI et P. PINTAT,

Le droit à l'énergie comme moyen

Une seconde restriction à l'exercice du droit à l'énergie réside dans le caractère pécuniaire de la prestation, devant généralement faire l'objet d'un « *tarif raisonnable* ». En ce sens, la loi sur l'électricité en Afrique de sud limite l'obligation d'approvisionnement des fournisseurs à « *toute personne en situation de proposer des arrangements satisfaisant pour le paiement* »⁶⁰¹.

Le droit à l'énergie se caractérise donc par des limitations *ratione materiae* et *loci* conduisant à s'interroger sur les caractéristiques envisageables en cas d'universalisation.

2) Des perspectives d'évolution

Selon Adrian Bradbrook, le droit à l'énergie figure implicitement dans le *corpus* des droits de l'Homme. Dès lors, sa reconnaissance en tant que droit autonome impliquerait de s'interroger sur les droits des créanciers (a) et ceux des débiteurs (b)⁶⁰².

a) Les prérogatives des créanciers

Le caractère essentiel des services fournis par l'énergie conduit à la nécessité de reconnaître ce droit en faveur de toute personne, sans restriction fondée sur le sexe, l'âge ou la nationalité. Il s'appliquerait à l'ensemble d'une population, en prêtant une attention particulière aux minorités et aux peuples autochtones ou vulnérables. La détermination de son contenu pourrait s'inspirer de la quinzième observation générale du CDESC sur le droit à l'eau, au motif que l'eau comme l'énergie constituent des ressources limitées, essentielles à la vie et à la santé ; elles sont inégalement réparties ; plus d'un milliard d'individus ne disposent pas d'un accès minimum à celles-ci ; et toutes deux conditionnent la réalisation de nombreux droits énoncés dans le PIDESC⁶⁰³. En ce sens, le Comité estime que : « *le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun* ». L'accès doit être ininterrompu, en quantité suffisante et s'effectuer dans des conditions égalitaires. L'accessibilité s'entend à la fois d'un point de vue physique, économique, sans discrimination et en bénéficiant d'informations à son sujet. La transposition de cette exégèse à l'énergie se traduirait par le droit à un approvisionnement d'une quantité minimale pour satisfaire les besoins élémentaires tels que la cuisson des aliments, la réfrigération et l'éclairage nocturne. Ce « *droit à l'électricité* » pourrait être complété selon le potentiel et les nécessités locales, par un droit d'accès à d'autres sources d'énergie telles que la chaleur, le pétrole ou le gaz⁶⁰⁴. Il pourrait s'appliquer aux énergies de réseaux, ou à des systèmes autonomes de production d'énergie, notamment en zone rurale. La qualité s'entend également sur le plan de la sécurité, en présentant les caractéristiques nécessaires pour assurer l'intégrité des personnes selon des standards minimaux en matière de propreté, de sécurité et de qualité⁶⁰⁵.

L'avantage de cette interprétation réside dans l'octroi de prérogatives minimales et

"La libéralisation du secteur gazier", *AJDA*, 2003, p.223

⁶⁰¹ Afrique du sud, loi n°41 du 25 août 1987 sur l'électricité, section 10 (1)

⁶⁰² A.J. BRADBROOK, "Access to energy services in a human rights framework", *préc.*

⁶⁰³ CDESCR, observation générale n°15, le droit à l'eau, E/C.12/2002/11, 20/01/2003 ; D. MITTERRAND, "Eau: non assistance à planète en danger", *Le Monde*, 8-9/11/2009, p.21 ; P. VICTORIA, *L'accès à l'eau et à l'énergie*, *préc.*

⁶⁰⁴ C. KROLIK, "Le droit à l'énergie", *préc.*

⁶⁰⁵ WHO, *Epidemiological, Social and Technical Aspects of Indoor Air Pollution from Biomass Fuels: Report of a WHO Consultation*, Geneva, 1992 ; WHO, *Fuel for life Household Energy and Health*, 2006

universelles, et dans la souplesse du contenu, par une adaptation aux caractéristiques locales. L'exégèse peut être poursuivie en précisant les obligations afférentes aux débiteurs.

b) Les obligations des débiteurs

Conformément à l'esprit des droits de l'Homme, les États constituent les premiers débiteurs visés par le droit à l'énergie et ont l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser ce droit. Par conséquent, il leur revient prioritairement de mettre en œuvre les moyens juridiques permettant de concrétiser le droit à l'énergie. La nécessaire création d'infrastructures confère un caractère pécuniaire au droit à l'énergie. Cependant, les États peuvent instaurer des mécanismes permettant l'accès au service à un coût raisonnable, par des mécanismes de solidarité tels que la péréquation tarifaire, une progressivité des tarifs, et la gratuité des premiers kilowattheures⁶⁰⁶. En cas de ruptures des approvisionnements induites par l'insuffisance des infrastructures, celles-ci devraient être réparties de manière égalitaire.

Les installations nécessaires à l'effectivité du droit à l'énergie implique que sa réalisation ne peut être que progressive. Afin d'assurer l'égalité et la prévisibilité, les États pourraient en se fondant sur la quinzième observation générale du CDESC, faciliter, promouvoir et assurer son exercice par l'élaboration d'une stratégie nationale spécifique comportant des indicateurs et des critères permettant de fonder ces priorités. Celle-ci induirait parallèlement la reconnaissance des droits à l'information, à la participation et au recours devant une juridiction indépendante et impartiale établie par la loi, en cas de manquement aux règles afférentes au droit à l'énergie. Enfin, en cas d'ineffectivité du recours, tout individu victime d'une violation de ce droit devrait pouvoir s'en prévaloir devant une organisation internationale des droits de l'Homme.

De manière complémentaire, des obligations relatives au droit de l'énergie peuvent reposer sur les opérateurs, soit formellement par des nécessités de respecter des procédures en cas d'interruption des approvisionnements, soit sur le fond, par la mise en œuvre d'une tarification sociale en faveur des plus démunis.

La reconnaissance générale du droit à l'énergie induit donc la mise en œuvre de moyens spécifiques permettant d'assurer son effectivité. Une même exégèse peut être transposée au droit à l'énergie dans sa dimension collective.

II. Un droit collectif à l'énergie

Le droit de l'énergie présente également une dimension collective, résultant de ses destinataires et ceux chargés de le promouvoir. Il se matérialise dans l'émergence d'un droit par le recours juridique (A), renforcé par des actions des ONG dans ce domaine (B).

A. L'émergence d'un droit par le recours juridique

En permettant une interprétation renouvelée des traités internationaux, les recours quasi-juridictionnels constituent un vecteur d'émergence du droit collectif à l'énergie (1), et assurent une

⁶⁰⁶ J. GIROD, "Le droit à l'énergie dans les politiques de développement", in E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie*, 1996

fonction complémentaire aux recours juridictionnels (2).

1) Les recours quasi-juridictionnels

Les recours quasi-juridictionnels sont en mesure de consolider un droit collectif à l'énergie sous deux formes complémentaires : d'une part, au titre du contrôle du respect des traités (a), et d'autre part sous la forme de l'*amicus curiae* (b).

a) Le contrôle du respect des traités

Selon Loïc Vatna, le contrôle de la mise en œuvre des traités internationaux par des comités d'application est « *la clé de voute du contrôle de conformité* »⁶⁰⁷. Il constitue un moyen alternatif et complémentaire au recours juridictionnel, à l'arbitrage et aux méthodes alternatives de règlements des différends⁶⁰⁸. En ce sens, et sous réserve de confidentialité, les ONG ont la possibilité de participer au mécanisme d'application et d'exécution du protocole énergie à la convention Alpine⁶⁰⁹. Une intervention informelle peut également être envisagée dans le cadre du Comité d'observance du protocole de Kyoto afin d'établir des situations de non-respect et adopter des décisions s'imposant aux circonstances⁶¹⁰. Le Comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus a émis des recommandations concernant le parc industriel énergétique de Vlora en Albanie, relatif à l'aménagement d'une zone industrielle, comprenant des oléoducs et des gazoducs, des installations de stockage de pétrole, une centrale thermique composée de trois unités et une raffinerie⁶¹¹. Dans cette affaire, le Comité a enjoint l'État albanais à renforcer son cadre juridique pour assurer l'information du public à un stade précoce, la possibilité pour celui-ci de « *participer aux phases ultérieures du processus d'autorisation de la zone industrielle énergétique et des projets connexes* » et une prise en compte de cette participation dans la décision finale.

Ces dispositifs démontrent la capacité des ONG à généraliser l'application du droit à l'énergie, par un suivi et une interprétation des traités sous son prisme. Cependant, ce dispositif

⁶⁰⁷ L. VATNA, *La justice internationale à l'épreuve de la question environnementale - contribution à l'étude de l'adaptation du contentieux international aux mutations de l'ordre international*, Université Strasbourg III - Robert Schuman, 13/12/2007 ; CIDCE, *État de l'art des questions soulevées par la participation du public aux travaux des instances internationales*, nov. 2006

⁶⁰⁸ P.-M. DUPUY, "Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ?", *RGDIP*, 1997, p.892 et s. ; S. MALJEAN-DUBOIS, "Procédures de non respect des conventions internationales de protection de l'environnement", *JCl. Env.*, Fasc. 4930, 16/07/2007 ; N. BOUCQEY-NORGAARD, "Le mécanisme d'observance du protocole de Kyoto: perspectives issues des accords de Montréal", *REDE*, n°4, 2007, p.383-400 ; V. KOESTER, "Le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus: un panorama des procédures et de la jurisprudence", *REDE*, n°3, 2007, p.251-276

⁶⁰⁹ Protocole d'application de la convention alpine de 1991 dans le domaine de l'énergie, 07/11/1991, art. 19§2 ; T. ENDERLIN, "A different compliance mechanism", *Environmental Policy and Law*, n°33, 2003, p.155 ; S. CUYPERS et C. RANDIER, "L'application juridique de la convention sur la protection des Alpes : La situation en Allemagne, Autriche, France Italie et Slovénie", *REDE*, n°1, 2009 ; T. TREVES, L. PINESCHI et A. FODELLA, *International Law and Protection of Mountain Areas. droit international et protection des régions de montagne*, Giuffrè editore, Milan, 2002

⁶¹⁰ S. URBINATI, "Non-Compliance Procedure under the Kyoto Protocol", *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 3, 2003, p.229-251 ; J. BRUNÉE, "The Kyoto Protocol: Testing the Ground for Compliance Theories", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p.255-280

⁶¹¹ CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, *Rapport du comité d'examen du respect des dispositions Respect par l'Albanie de ses obligations au titre de la convention*, n°ECE/MP.PP/2008/5/Add., commission économique pour l'Europe _ réunion des parties à la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Riga, 02/04/2008

demeure pour une large part inaccessible aux ONG, celles-ci exerçant officieusement des missions de contrôle, dans le cadre d'informations qu'elles délivrent aux États⁶¹². Ce constat amène Sandrine Maljean-Dubois à affirmer qu'« elles font ainsi une entrée par la "petite porte", la "grande porte" leur ayant été fermée »⁶¹³. Il est à l'origine de recommandations par la doctrine en faveur d'une généralisation du processus qui pourrait se traduire par un code général pour l'ensemble des traités, voire par une convention spécifique, reconnaissant la capacité de porter plainte, de déclencher des enquêtes et des pétitions⁶¹⁴. Ce système pourrait également s'inspirer du Tribunal international de l'eau qui siègea en 1992 à Amsterdam et qui avait examiné une vingtaine de cas portant sur la privation des populations à une eau saine, comprenant une phase préalable de conciliation dont Alexandre-Charles Kiss proposait la généralisation⁶¹⁵.

De manière complémentaire, les ONG participent à la construction de la dimension collective du droit à l'énergie dans le cadre de l'*Amicus curiae*.

b) L'*Amicus curiae*

Amicus curiae se traduit littéralement par « ami de la Cour », et constitue une « notion de droit interne anglo-américain désignant la faculté attribuée à une personnalité ou un organe non-partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de fait ou de droit »⁶¹⁶. Cette tierce intervention permet de combler l'absence des acteurs

⁶¹² A. SENGUPTA, "Implementing the Right to Development", in N. SCHRIJVER et F. WEISS, *International Law and Sustainable Development - Principles and Practice*, Martinus Nijhoff, 2004, p.357

⁶¹³ S. MALJEAN-DUBOIS, "Procédures de non respect des conventions internationales de protection de l'environnement", *JCL. env.*, Fasc. 4930, 16/07/2007 ; C. IMPERIALI, "Le contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales", in *L'effectivité du droit international de l'environnement : contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, Claude IMPÉRIALI, Paris, Economica, 1998, p.7-22 ; S. MALJEAN-DUBOIS et V. RICHARD, "Mécanismes internationaux de suivi et de mise en œuvre des conventions internationales de protection de l'environnement", *IDDRI*, 2004 ; C. CHAMOT, "La participation des ONG au système de contrôle de la Convention de Berne", in S. MALJEAN-DUBOIS (DIR.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement : contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, La Documentation française, CERIC, 2000

⁶¹⁴ R. WOLFRUM, *Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, T. 272, éd., 1998, 9-154 ; D. GRIMEAUD, "Le droit international et la participation des organisations non gouvernementales à l'élaboration du droit de l'environnement: une participation en voie de formalisation?", in M. PAQUES et M. FAURE (DIR.), actes du colloque des 19 et 20 octobre 2001, *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne. Acteurs, valeurs et efficacité*, Université de Liège, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; P. BOMBAY, "The Role of Environmental NGOs in International Environmental Conferences and Agreements: Some Important Features", *European Environmental Law Review*, July 2001, p.228-231 ; R. RANJEVA, "Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international", T. 270, 1997 ; J. CHARPENTIER, "Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des Etats", *RCADI*, T. 182, 1983, p.143-246 ; A. EPINEY, "The Role of NGOs in the process of Ensuring Compliance with MEAs", in *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue between Practitioners and Academia*, Beyerlin, Stoll, Wolfrum, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.319-352 ; C. CHAMOT, "La participation des ONG au système de contrôle de la Convention de Berne", in S. MALJEAN-DUBOIS (DIR.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement: contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, La Documentation française, CERIC, 2000 ; M. DIAS VARELLA, "Le rôle des organisations non-gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement", *JDI*, n°1, 2005, p.41-76 ; A.C. KISS, "Compliance with international and european environmental obligations", *Annuaire de La Haye de droit international*, 1999, p.45-54

⁶¹⁵ A.-C. KISS, "Tendances et développements possibles du droit international conventionnel de l'environnement", p.32, www.cidce.org

⁶¹⁶ J. SALMON (DIR.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, AUF, éd., Bruxelles 2001

non-étatiques dans les procédures juridictionnelles du droit international⁶¹⁷. Elle est reconnue dans les règles de l'OMC, applicables à l'énergie, depuis sa consécration par l'Organe d'appel dans l'affaire États-Unis-crevettes⁶¹⁸. Elle permet aux groupes spéciaux de demander des renseignements auprès de toute source jugée appropriée et de consulter des experts⁶¹⁹. Elle offre la possibilité aux personnes privées de soumettre des informations sous certaines conditions. L'Organe précise que l'auteur doit présenter un intérêt à agir et bénéficier de son acceptation, celui-ci disposant d'un pouvoir discrétionnaire⁶²⁰. *L'amicus curiae* est également applicable au TCE par le truchement des instances d'arbitrage qui recourent progressivement à cette pratique⁶²¹. Cependant, cette procédure s'exerce surtout dans les juridictions internationales des droits de l'Homme. En ce sens, l'article 26§2 de la CEDH énonce que : « *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou prendre part aux audiences* ». En pratique, le président n'invite pas mais se contente d'autoriser. Plus de soixante-dix affaires ont ainsi été traitées selon cette procédure⁶²². Cette pratique est particulièrement souple devant la Cour européenne des droits de l'Homme parce que l'« *amicus* » n'a pas à démontrer un intérêt direct et personnel à agir.

En plus de son caractère volontaire, l'*Amicus curiae* peut également être sollicité par le juge afin de disposer d'une expertise sur un point de droit donné. En ce sens, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a été saisi par l'Autorité internationale des fonds marins d'une demande d'avis consultatif pour préciser les responsabilités et les obligations environnementales des États parties concernant l'exploitation des grands fonds marins, patrimoine commun de l'humanité comprenant d'importantes ressources énergétiques. Douze États et quatre organisations internationales ont transmis des remarques écrites, et au cours de l'audience qui s'est tenue à Hambourg, neuf États et trois organisations internationales ont présenté des exposés oraux, et ont ainsi contribué à préciser les principes

⁶¹⁷ H. RUIZ-FABRI et J.M. SOREL (DIR.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2005 ; L. BARTOLOMEUSZ, "The *amicus curiae* before International Court and Tribunals", in *Non State Actors and International Law*, vol. 5, 2005, p.209-286

⁶¹⁸ États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport du groupe spécial (WT/DS58/R) du 15 mai 1998 et rapport d'appel (WT/DS58/AB/R) du 12 oct. 1998

⁶¹⁹ F. GRISEL et J.E. VINUALES, "L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, n°22-2, 01/09/2007, p.380-432 ; E. TEYNIER, "L'*Amicus Curiae* dans l'arbitrage CIRDI", n°348, 14/2/2005, p.19-24 ; M. ZAMBELLI, "L'*amicus curiae* dans le règlement des différends de l'OMC : État des lieux et perspectives", *RIDE*, n°2, 01/04/2005, p.197-218 ; H. ASCENSIO, "L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales", *RGDIP*, n°4, 01/10/2001, p.897-930

⁶²⁰ M. ZAMBELLI, "L'*amicus curiae* dans le règlement des différends de l'OMC : État des lieux et perspectives", *RIDE*, n°2, 01/04/2005, p.197-218 ; Le formalisme de la demande est précisé dans l'affaire *CE-Amiante* : Communautés européennes – mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS/135/AB/R). Rapport d'appel du 12 mars 2001, §52

⁶²¹ CIRDI, *Methanex Corp. c/ United States of America*, décision du 15/01/2001; CIRDI, *Aguas Argentinas SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c. Argentine* (2005), affaire n°ARB/03/19 ; J. FOURET et D. KHAYAT, "Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)", *RQDI*, n°18.2, 2005, p.313-392

⁶²² L. HENNEBEL, "Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme", *RTDH*, n°71, 2007, p.641-668

Le droit social de l'énergie (droit international)

fondamentaux applicables à ces territoires⁶²³.

De par leur expertise, les ONG peuvent donc renforcer le droit à l'énergie dans sa dimension collective par *amicus curiae*, et ainsi compléter les reconnaissances issues des recours juridictionnels⁶²⁴.

2) Les recours juridictionnels

Jürgen Habermas insiste sur le rôle fondamental de la société civile dans l'affirmation du droit et de la société démocratique⁶²⁵. En ce sens, des recours juridictionnels façonnent un droit à l'énergie dans une dimension collective⁶²⁶. Cette prérogative se matérialise dans un droit des populations à un approvisionnement suffisant en énergie (a) et dans celui des peuples autochtones d'exploiter les ressources énergétiques de leur territoire (b).

a) Le droit des populations à un approvisionnement suffisant en énergie

Le droit collectif à l'énergie pourrait être reconnu par le truchement de droits fondamentaux existant tels que le droit de toute personne à jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. En ce sens, le CDESC appréhende l'accès à l'énergie comme un préalable à sa réalisation, dans son observation générale n°14. Cette exégèse est confirmée par la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples dans l'affaire *Free Legal Assistance Group et autres contre Zaïre*, considérant que l'absence de fourniture de services essentiels tels qu'une eau de boisson sûre et l'électricité est constitutive d'une violation du droit de toute personne à jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre⁶²⁷. La Cour constitutionnelle d'Afrique du sud reconnaît quant à elle que le droit au logement inscrit dans sa Constitution peut inclure l'accès à des services tels que l'électricité⁶²⁸.

Dans deux décisions du 5 décembre 2007, le Comité européen des droits sociaux condamne la France pour des manquements au droit au logement, en prenant soin d'indiquer que sa réalisation requiert « l'accès au logement d'un niveau suffisant »⁶²⁹. Un apport essentiel de ces décisions vient du fait qu'« un simple toit ne suffit pas pour initier une démarche authentique et pérenne de

⁶²³ TIDM, *Allocation prononcée par le juge José Luis Jesus devant la soixante-cinquième session de l'Assemblée générale des Nations Unies - les océans et le droit de la mer*, 07/12/2010 ; C. KROLIK, "Les grands fonds marins, patrimoine commun de l'humanité vont être exploités. Mais selon quel régime ? A propos des questions d'interprétation posées à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer (affaire n°17). Le point de vue de la commission du droit de l'environnement de l'UICN.", *préc.*

⁶²⁴ D. SHELTON, "The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings", *AJIL*, 1994, p.616; H. ASCENSIO, "L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales", *RGDIP*, n°4, 01/10/2001, p.897-930

⁶²⁵ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Galimard, Paris, 1992, p. 355 ; M. PRIEUR, "Les ONG reconnues comme contre-pouvoir", *La croix*, 02/06/1992

⁶²⁶ B. FRYDMAN, "Vers un statut de la société civile dans l'ordre international", *Droits fondamentaux*, n°1, 2001, p.149-156

⁶²⁷ African Commission on Human and Peoples' Rights, *Free Legal Assistance Group and Others c. Zaïre*, Comm. n°25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995).

⁶²⁸ Cour constitutionnelle d'Afrique du sud, *Government of the Republic of South Africa c/ Grootboom*, case n° 2001 (1) SA 46 (CC), CCT 11/2000, §37 ; S. TULLY, "The Human Right to Access to Electricity", *The Electricity Journal*, 03/02/2006, p.31

⁶²⁹ CEDS, 5 déc. 2007, *ATD-Quart Monde c./ France* ; CEDS, 5 déc. 2007, *FEANTSA c./ France*

revalidation sociale »⁶³⁰. L'interprétation est d'autant plus intéressante que le Comité tient expressément à relier ce droit à ses « *sources d'inspiration* » parmi lesquelles figure le PIDESC et notamment la quatrième observation générale, selon laquelle un logement convenable doit comprendre certains équipements essentiels tels qu'un accès permanent à l'énergie⁶³¹. Le droit au logement pourrait donc constituer un second fondement pour le droit d'accès des populations à l'énergie.

L'originalité de ces décisions repose sur une reconnaissance indirecte d'un droit à l'énergie, dans une dimension collective. Elles offrent l'opportunité de reconnaissances sur des fondements complémentaires tels que le droit à la vie reconnu dans l'article 4 de la convention américaine, l'article 5 de la Charte arabe et l'article 4 de la Charte africaine⁶³². Le droit à l'énergie pourrait encore se baser sur le droit à la dignité humaine des préambules du PIDESC, de la Charte arabe et sur l'article 5 de la Charte africaine. L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants de l'article 5 de la convention interaméricaine, de l'article 3 de la CEDH, et de l'article 5 de la Charte africaine pourraient compléter l'exégèse.

De manière complémentaire, le juge international fait émerger une seconde acception du droit à l'énergie dans une dimension collective, sous la forme d'un droit des peuples autochtones d'exploiter les ressources énergétiques de leur territoire.

b) Le droit des peuples autochtones d'exploiter les ressources énergétiques de leur territoire

Le droit des peuples autochtones à la libre disposition de leur territoire est reconnu dans une série d'instruments internationaux. Les articles 1 du PIDESC et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) établissent que « *tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. [...] En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance* ». L'article 21 de Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples précise que « *les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé* »⁶³³. L'article 1er de la Charte arabe des droits de l'Homme ajoute que « *tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes et de disposer de leur richesse et de leurs ressources naturelles* »⁶³⁴. La Convention n°169 de l'OIT concernant le droit des peuples indigènes et tribaux précise que ces droits « *comprennent celui de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources* », et que les gouvernements « *doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres* »⁶³⁵. La déclaration des

⁶³⁰ N. BERNARD, "Le droit au logement dans la Charte sociale révisée: à propos de la condamnation de la France par le Comité européen des droits sociaux", *RTDH*, n° 80, 2009, p.1061-1089

⁶³¹ CESCR, Observation générale n°4, "le droit à un logement suffisant", *préc.*

⁶³² H. TIGROUDJA, "La Cour interaméricaine des droits de l'Homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis", *AFDI*, 2006

⁶³³ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 27/06/1981

⁶³⁴ Charte arabe des droits de l'homme, 15/09/1994

⁶³⁵ Convention n°169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, 27/06/1989, art. 15§1

Le droit social de l'énergie (droit international)

Nations Unies sur les peuples autochtones va plus loin en prévoyant que les peuples ont le droit « *de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartient ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis* »⁶³⁶.

La jurisprudence en déduit un droit des peuples autochtones d'exploiter les ressources énergétiques de leur territoire⁶³⁷. Dans l'affaire *Moiwana contre Surinam*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme considère que les communautés indigènes ou tribales doivent bénéficier de mesures spécifiques de protection, et s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur du droit des communautés de se prévaloir de l'article 21 de la Convention relatif au droit à la propriété privée, afin de « *sauvegarder la survie sociale, culturelle et économique du groupe* »⁶³⁸.

Dans un arrêt du 28 novembre 2007, la Cour reconnaît le droit de la communauté Saramanka d'invoquer l'article 21 pour se protéger contre l'exploitation des ressources naturelles de leurs terres⁶³⁹. La Cour considère que l'État du Surinam ne peut restreindre la jouissance de cette prérogative que dans le cadre d'une loi nécessaire dans une société démocratique et de manière proportionnée. Elle établit les obligations d'assurer une participation effective des communautés dans la prise de décision, d'allouer un bénéfice raisonnable en échange de cette exploitation et la réalisation d'une étude d'impact environnemental préalable. Elle extrapole les obligations conventionnelles étatiques en considérant que l'octroi d'une concession pour l'exploitation des ressources nécessite le consentement libre, antérieur et informé des populations concernées⁶⁴⁰. Dans l'affaire *Matter of Pueblo indigena de Sarayaku contre Ecuador*, la Cour confirme la nécessité de rechercher le consentement libre et éclairé de la population Kiwcha avant l'attribution par le gouvernement de concession pour l'exploitation de ressources pétrolières⁶⁴¹. Cette interprétation est confirmée par la Cour constitutionnelle colombienne qui s'est prononcée en ce sens dans une vingtaine de décisions entre 1993 et 2006, notamment dans l'affaire *Motilon Bari* relative à une exploitation pétrolière⁶⁴².

L'affaire *Comunidades Indigenas de la Cuenca del Río Xingu* concerne le projet de centrale hydroélectrique de Belo Monte sur la rivière Xingu au Brésil, comprenant 72 turbines pour une puissance estimée à 11 233 mégawatts, soit la troisième plus grande installation dans le monde derrière le barrage des Trois Gorges en Chine et celui d'Itaipu entre le Brésil et le Paraguay⁶⁴³. Il est critiqué au motif qu'il engendrerait le déplacement de plus de 25 000 indigènes, principalement des

⁶³⁶ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, résolution de l'AGNU du 13/09/2007, art. 26§2

⁶³⁷ K. NERI, "Le droit à l'énergie, un nouveau droit de l'Homme ?", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.335-352

⁶³⁸ CIDH, 15 juin 2005, *Moiwana c. Surinam* ; CIDH, 31 août 2001, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* ; CIDH, 29 mars 2006, *Sawhoyamaya c. Paraguay* ; CIDH, 17 juin 2005, *Yakye Axa c. Paraguay*

⁶³⁹ CIDH, *Communauté Saramanka c/ Surinam*, exceptions préliminaires, fond, réparation et coûts, du 28 nov. 2007, Séries C, n°172

⁶⁴⁰ K. RINALDI, "Cour IADH: arrêt Communauté Saramanka c. Suriname: entre erreurs de la Commission et jurisprudences antérieures incomplètes", *Sentinelle*, 13/01/2008

⁶⁴¹ CIDH, *Pueblo Indígena Kankuamo v Colombia*, 05/07/2004

⁶⁴² J. WARDEN-FERNANDEZ, *La reconnaissance des droits des peuples autochtones en Amérique du sud: l'exemple de la Colombie, du Pérou et du Brésil*, Conférence annuelle 2010 du British Institute of International and Comparative Law, *Energy Security and its Impacts on the International Legal System*, 11/06/2010

⁶⁴³ CIDH, *Comunidades Indigenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil*, MC 382/10, 01/04/2011

Le droit à l'énergie comme moyen

municipalités d'Altamira et de Vitoria do Xingu en raison d'un réservoir de 6 140 km². Face à ce risque, la Communauté Xingu a saisi la Cour interaméricaine des droits de l'Homme qui a ordonné la suspension des travaux et enjoint le Brésil de conduire un processus de consultation préalable des communautés conformément aux obligations étatiques internationales. Celui-ci doit comprendre une information libre, de bonne foi et culturellement appropriée des populations dans le but de parvenir à un accord. La Cour reconnaît également le droit des communautés d'accéder au projet d'étude d'impact social et environnemental dans une forme accessible, traduite notamment dans les langues autochtones respectives. Elle affirme enfin les obligations pour l'État d'adopter des mesures pour protéger la vie et l'intégrité physique des peuples indigènes et de prévenir la propagation des maladies et des épidémies comme le paludisme⁶⁴⁴.

Le droit international semble donc reconnaître un droit des peuples autochtones d'exploiter les ressources énergétiques des terres qu'ils occupent, voire de s'opposer aux projets d'exploitation énergétique. Il s'inscrit dans une dimension collective du droit à l'énergie et cette consécration tient pour une part essentielle aux actions des ONG dans ce sens.

B. Le renforcement d'un droit par les actions des ONG

Les ONG contribuent à la reconnaissance d'un droit collectif à l'énergie en participant à la création normative (1) et par leur production de manière autonome (2).

1) Une participation à la création normative

Les ONG participent à la création normative internationale tant sur le plan matériel (a) que formel (b).

a) La création juridique matérielle

Les sources matérielles correspondent aux inspirations du droit et touchent à ses origines historiques et intellectuelles⁶⁴⁵. Elles influencent le droit sans constituer des règles juridiques. Les sources matérielles du droit international se diffusent dans la sociologie, la morale et la géopolitique. Des ONG telles que *Droit à l'énergie* contribuent à la création juridique en organisant des forums internationaux impliquant des ONG, des parlementaires, des scientifiques et des dirigeants de grandes entreprises du secteur énergétique. Elle résulte également localement dans le cadre de relais implantés en Argentine, au Brésil, au Canada, au Sénégal, au Gabon, au Niger et en Chine. Ses actions sont complétées par des organisations de tailles plus modestes ou à l'objet plus spécifique comme *Alliance for rural electrification*, regroupant les plus importantes associations

⁶⁴⁴ Cette décision est corroborée par un arrêt de la Cour fédérale de la région d'Altamira, dans l'Etat du Para (Brésil) a décidé à l'unanimité, le 14 août 2012 d'ordonner l'arrêt des travaux de Belo Monte situé sur le fleuve Xingu, arguant du fait que les indiens vivants dans la zone n'ont pas été consultés avant le début de la construction, en se fondant sur les lois brésiliennes et les conventions internationales (OIT) signées par le pays. La Cour exige que les indiens soient auditionnés par les parlementaires et que soit rédigé un nouveau décret législatif autorisant les travaux. Dans le cas où le consortium Norte Energia (filiale à 49% d'Eletrobras) en charge des travaux ne respecterait pas sa décision, une amende de 500 000 reais/jour (environ 200 000 €) serait prélevée : "La justice brésilienne exige à nouveau l'arrêt du chantier du barrage géant de Belo Monte", *Le Monde*, 15/08/2012

⁶⁴⁵ N. BERNAZ, "Observations critiques sur l'exclusivité proclamée des sources formelles du droit dans la jurisprudence administrative", *Revue de la Recherche Juridique : droit prospectif*, n°2, 2007, p.833-852 ; P.-M DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, RCADI, n°297, 2002, 187-199

Le droit social de l'énergie (droit international)

européennes de promotion des énergies renouvelables⁶⁴⁶. Dans le même sens, l'ONG *People's Movement for Human Rights Education* défend « le droit de l'Homme à accéder à des ressources incluant l'énergie pour cuisiner, se chauffer et s'éclairer »⁶⁴⁷. Ses actions se manifestent dans des campagnes d'information, l'organisation de groupes de travail comme le forum mondial sur le droit à l'énergie, et la publication de lignes directrices⁶⁴⁸. Enfin, *Consumers international* a publié en novembre 2008 une « charte mondiale de l'énergie » à l'attention des autorités publiques, des sociétés de l'énergie et des populations comprenant un ensemble de référentiels afin de promouvoir un « droit des consommateurs à un accès universel à l'énergie durable ». Elle présente la forme d'un code de bonne conduite, prévoyant des prix abordables, la continuité du service, des critères environnementaux et un droit à la médiation et à la compensation⁶⁴⁹.

Ces actions concourent à une prise de conscience d'une reconnaissance nécessaire du droit à l'énergie dans le système juridique international, et confèrent à ces ONG une légitimité pour participer à la création juridique formelle.

b) La création juridique formelle

Les sources formelles constituent le moyen par lequel une règle de droit s'établit. Les ONG participent à cette création par leur collaboration au processus de négociation et aux conférences des parties des traités internationaux⁶⁵⁰. En ce sens, l'ONG *Droit à l'énergie* bénéficie d'un statut consultatif auprès du Conseil économique et social de l'ONU conformément à l'article 71 de la Charte⁶⁵¹. Les ONG parviennent ainsi à influencer le droit international mais demeurent pénalisées par l'absence d'un statut juridique international, exclusivité des États conformément au principe de souveraineté étatique et à leur monopole de représentation⁶⁵².

Cette carence conduit la doctrine à solliciter la création d'un statut consultatif des ONG⁶⁵³. Celui-ci pourrait s'inspirer des lignes directrices d'Almaty, précisant l'article 3§7 de la Convention d'Aarhus sur la participation des organisations internationales au processus décisionnel lié aux questions environnementales⁶⁵⁴. A cette fin, les ONG doivent disposer de tous les documents

⁶⁴⁶ www.ruralelec.org

⁶⁴⁷ The People's Movement for Human Rights Education, *The Human Right to Adequate Housing*, 2004, www.pdhre.org ; S. TULLY, "The Human Right to Access to Electricity", *préc.*, p.31

⁶⁴⁸ M. CLERC, "2nd World Forum on the Right to Energy Marrakech, 19 21 June 2004", *Atoms for Peace: an International Journal*, vol. 1, n°1, 10/12/2005, p.1-73

⁶⁴⁹ CONSUMERS INTERNATIONAL, *Charte Mondiale de l'énergie*, nov. 2008, www.consumersinternational.org

⁶⁵⁰ L. TAMIOTTI et M. FINGER (MATTHIAS), "Environmental Organizations: Changing Roles and Functions in Global Politics", *Global Environmental Politics*, vol. 1, n°1, feb. 2001, p.56-76

⁶⁵¹ "Accréditation de droit à l'Énergie auprès de l'ONU", 27/07/2004, www.droitalenergie.org ; J. PEEL, "Giving the Public a Voice in the Protection of the Global Environment: Avenues for Participation by NGO s in Dispute Resolution at the European Court of Justice and World Trade Organization", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, n°12, 2001, p.47-76

⁶⁵² M. PRIEUR et A. GUIGNIER, *État de l'art des questions soulevées par la participation du public aux travaux des instances internationales - Rapport au Ministère de l'Ecologie et du Développement Durable*, CIDCE, nov. 2006

⁶⁵³ A. C. HABBARD et M. GUIRAUD, "L'OMC et les droits de l'Homme. pour la création d'un statut consultatif des ONG", *La lettre*, n°320, 2001, p.7

⁶⁵⁴ COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'EUROPE - RÉUNION DES PARTIES À LA CONVENTION SUR L'ACCÈS À L'INFORMATION, LA PARTICIPATION DU PUBLIC AU PROCESSUS DÉCISIONNEL ET L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE D'ENVIRONNEMENT, *Rapport de la deuxième réunion des parties, promouvoir l'application des principes de la convention d'Aarhus dans les instances internationales*, n°ECE/MP.PP/2005/2/Add.5,

officiels rédigés et produits au sein de chaque instance internationale, par une mise à disposition par internet ou tout moyen approprié, en temps opportun. Tout membre du public doit avoir accès, sur demande, aux informations élaborées et détenues dans toute instance internationale, sans avoir à faire valoir un intérêt particulier. Les lignes directrices prévoient également la participation du public à un stade précoce du processus décisionnel, celui-ci devant disposer de suffisamment de temps pour y participer efficacement. Chaque Partie doit encore encourager la prise en compte, dans les instances internationales, de mesures propres à faciliter l'accès du public aux procédures de recours. Dans le prolongement, certains auteurs appellent le développement d'institutions représentatives à l'échelle internationale et régionale, voire à une assemblée globale élue⁶⁵⁵.

Les ONG participent donc à la création juridique internationale, mais celle-ci relève de l'appréciation souveraine des Etats. L'émergence d'instruments novateurs tels que les lignes directrices d'Almaty conduisent à renforcer cette participation, qui pourrait intégrer le TCE, dans lequel seules des organisations intergouvernementales disposent d'un statut d'observateur. Afin de compenser ces carences, des ONG s'engagent parallèlement dans la création de normes juridiques autonomes.

2) La production de normes autonomes

Des ONG participent de manière indépendante à la production normative en instaurant des standards sociaux (a) et des procédures d'alerte par l'information (b).

a) L'instauration de standards sociaux

Les ONG assurent un rôle essentiel dans l'instauration de standards sociaux appliqués à l'énergie. En ce sens, *Droit à l'énergie* propose la création d'une « certification ou labellisation éthique des entreprises du secteur énergétique par une structure intégrant les institutions et la société civile ». Ces entreprises labellisées bénéficieraient d'appels d'offres spécifiques et en contrepartie s'engageraient à financer une partie des investissements ; à utiliser les ressources de proximité ; à former et à utiliser la main-d'œuvre locale à la construction, l'utilisation et l'exploitation technique, économique et commerciale des installations ; et à remettre au pays, à la région ou au village les installations après une période négociée.

L'ONG britannique *Institute for Social and Ethical AccountAbility* spécialisée dans la responsabilité sociale et éthique a établi en 1999, la norme de performance sociale AA1000⁶⁵⁶. Elle pourrait servir de norme universelle dans laquelle les entreprises s'engagent à rendre compte de leur performance éthique et sociale, par le biais d'audits et de communication. Les travaux portent également sur l'intégration des équipements énergétiques dans le commerce équitable.

ECOSOC, 20/06/2005

⁶⁵⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006 ; A. ALKOBY, "Non-state actors and the legitimacy of international environmental law", *Non state actors and international law*, n°3, 2003, p.23-98 ; S. CHARNOVITZ, "Non governmental organizations and international law", *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, p.348-372

⁶⁵⁶ M. GOBBELS et J. JONKER, "AA1000 and SA8000 compared: a systematic comparison of contemporary accountability standards", *Managerial Auditing Journal*, vol. 18, Issue 1, 2003, p.54-58 ; J. ARNAL, "Les normes éthiques comme biens publics : la question du développement économique", CNRS, *Cahiers de la MSE*, n°73, 2005

Le droit social de l'énergie (droit international)

La création formelle se prolonge en droit international supplétif, par la contribution des ONG à l'élaboration des codes de conduite des sociétés. En 2000, plusieurs compagnies pétrolières encouragées par les gouvernements anglais et américains se sont jointes à *Amnesty International* dans l'élaboration d'une « *charte des droits de l'Homme* » destinée à régir les relations avec les forces de sécurité des États hôtes. Ce partenariat s'accompagnait d'un suivi du comportement des compagnies pétrolières dans le domaine des droits de l'Homme, régulièrement mis à jour sur un site internet.

Ethical Quote est un système de cotation éthique géré par *Covalence* et destiné à mesurer la réputation des multinationales. Le classement repose sur des critères tels que les conditions de travail, l'impact de l'activité sur l'environnement, les produits écologiquement innovants, le soutien aux groupes locaux, les moyens mis en place pour lutter contre la corruption et les relations avec l'ONU⁶⁵⁷.

Selon Walid Abdelgawad, ces standards sociaux sont devenus un nouveau mode de régulation juridique et contribuent au droit à l'énergie en déclinant celui-ci dans des mécanismes spécifiques⁶⁵⁸. Ils sont complétés par des mécanismes d'alerte.

b) L'alerte par l'information

De multiples ONG divulguent des violations au droit à l'énergie. Dans un recueil d'information, *Human Rights Watch* dénonce l'exploitation des gisements pétrogaziers en Birmanie, contribuant à soutenir la dictature au pouvoir sans profiter aux populations⁶⁵⁹. Total et Chevron sont notamment soupçonnés d'enrichir la junte birmane et de dissimuler des exactions commises par les forces de sécurité sur les populations locales⁶⁶⁰.

Le rapport de *Global Witness* « *c'est l'heure de la transparence* » dénonce la corruption issue de l'exploitation des énergies minières, révélant qu'« *en Angola (...) un dollar sur quatre provenant du pétrole disparaît* »⁶⁶¹. En détournant des fonds qui devraient prioritairement bénéficier aux populations, ces pratiques violent le droit à l'énergie, puisqu'« *en même temps, un enfant angolais sur quatre meurt avant l'âge de cinq ans de maladies qui pourraient être évitées* ».

La coalition *Publish What You Pay* regroupant plus de 190 ONG demande la création d'une législation pour exiger que les sociétés d'extraction divulguent leurs versements à tous les gouvernements. Elle propose un renforcement des contrôles par les institutions internationales telles que le FMI, la Banque mondiale ou l'OMC, en contrepartie d'une assistance technique, de prêts et l'élaboration de stratégies destinées à réduire la pauvreté.

Les ONG collaborent parfois directement sur le terrain avec les multinationales à l'instar de la coopération entre Total et l'ONG *CDA Collaborative Learning Projects* en Birmanie. En ce sens,

⁶⁵⁷ S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques : Tome 1, Les clés pour comprendre, préc.*, p.264 ; www.covalence.ch

⁶⁵⁸ W. ABDELGAWAD, "Le commerce équitable et la société civile", *RIDE*, 2003, p.197

⁶⁵⁹ HUMAN RIGHTS WATCH, "Birmanie : Des sanctions ciblées doivent être prises à l'encontre de l'industrie pétrolière", 18/11/2007, www.hrw.org

⁶⁶⁰ "Total épinglé en Birmanie... et ailleurs", *L'express*, 10/09/2009, www.lexpress.fr

⁶⁶¹ GLOBAL WITNESS, *C'est l'heure de la transparence*, 2004, p. 3.

Le droit à l'énergie comme moyen

Total dépensa 12 millions de dollars dans un plan d'action sociopolitique en faveur de 46 000 habitants dans le domaine de l'éducation, de la santé, dans le développement d'infrastructures et du microcrédit⁶⁶². En dix années, l'espérance de vie des populations s'est ainsi accrue de huit ans⁶⁶³.

L'information des ONG sur les activités des multinationales de l'énergie contribue donc à la transparence du secteur et concourt à l'effectivité du droit à l'énergie. Elle pourrait également fonder des sanctions économiques par le Conseil de sécurité ou les États, et faire évoluer les pratiques des institutions financières. Elle participe plus largement à la dimension collective du droit à l'énergie, liée à ses destinataires et ses contributeurs.

Un droit social de l'énergie émerge dans le système juridique international. Celui-ci vise à enrayer une crise sociale de l'énergie qui légitime les interventions normatives et leur fixe un objectif : l'accès universel à l'énergie. Cet ensemble est structuré par un droit fondamental émergent : le droit à l'énergie. Il est mis en œuvre par des règles propres au droit de l'énergie, résultant d'instances variées chargées de la production normative, d'origine publique comme les Etats et les organisations intergouvernementales, et privées comme les sociétés, les ONG et les individus. Ces entités accompagnent la création normative étatique et la complètent dans des normes supplétives et des recours juridictionnels et quasi-juridictionnels. L'existence d'un corps de règles reposant sur un objet spécifique et poursuivant une finalité particulière conforte l'existence d'une cohérence matérielle du droit de l'énergie. Sur le plan formel, cette cohérence se caractérise par la fonction de calibrage du droit international de l'énergie qui fixe un socle commun d'objectifs et de moyens ayant vocation à être transposés dans les systèmes juridiques nationaux et régionaux. Une autre particularité résulte d'une complémentarité entre les champs juridiques puisque des règles issues du droit économique et des droits de l'Homme renforcent le droit de l'énergie pour concourir à ses finalités. Cette interconnectivité se révèle également dans le droit de l'énergie au motif que l'effectivité du droit social de l'énergie est intimement liée à la réalisation du droit environnemental de l'énergie.

⁶⁶² *Ibidem.*, p. 265

⁶⁶³ BK CONSEIL, *Relation d'un voyage et de la découverte d'une industrie muette*, 29/09/2003

Chapitre 3: Le droit environnemental de l'énergie

« *L'âge de pierre ne s'est pas terminé par manque de pierres* »⁶⁶⁴.

Alors que le droit à l'énergie intègre le *corpus* des droits fondamentaux, l'usage de l'énergie est susceptible de dégrader l'environnement local, régional et global par une pollution atmosphérique, des pluies acides, la radioactivité, le changement climatique... Cette prise de conscience révélée dans la Déclaration de Stockholm sur l'environnement est à l'origine d'une crise environnementale de l'énergie mondialisée. Dans son discours d'ouverture au *World Future Energy Summit* de l'IRENA, le secrétaire général des Nations-Unies, Ban Ki-Moon, appelait une révolution sur l' « *énergie propre* » pour « *minimiser les risques climatiques, pour réduire la pauvreté, pour améliorer la santé au niveau mondial, pour donner plus de pouvoir aux femmes et réaliser les objectifs de développement du millénaire* »⁶⁶⁵.

Des organisations internationales ont été instituées pour répondre à cette crise, donnant naissance au droit environnemental de l'énergie. Leurs actions sont fédérées par le standard de l' « *énergie propre* », devenu un élément structurant de l'intervention normative internationale. Ainsi, en réponse à la crise environnementale de l'énergie mondialisée s'affirme dans le système juridique international un corps de règles ayant pour objet l'énergie et poursuivant des finalités environnementales particulières. Bien que ces dispositions présentent parfois un caractère embryonnaire pour lequel il est possible de dresser des voies de consolidations, la capacité de présenter ce *corpus* de manière ordonnée témoigne de la cohérence matérielle du droit de l'énergie. La généralité de ces moyens et leur vocation à être précisés dans les systèmes juridiques régionaux et nationaux confirment le caractère transnational du droit de l'énergie. Cette spécificité formelle résulte également du caractère indissociable de ces instruments avec d'autres champs juridiques du droit international⁶⁶⁶. Ce chapitre présente ce dispositif en portant l'attention sur l'encadrement de l'énergie propre (1/) et son régime juridique (2/).

1/ Le cadre juridique de l'énergie propre

Le droit environnemental de l'énergie se construit sur le concept d' « *énergie propre* » auquel se rattachent des règles relevant d'autres champs du système juridique international. Une particularité de l'énergie propre tient à sa capacité d'encadrer un phénomène originellement exploré par les sciences de la nature. Son étude conduit à s'intéresser à l'originalité de son cadre conceptuel (I) avant d'analyser son cadre opératoire (II).

I. Un cadre conceptuel

L'énergie propre intègre le droit sous la forme d'une méthode (A) fondée sur l'évaluation (B).

⁶⁶⁴ Sheikh Ahmed Zaki YAMANI, Ministre saoudien du pétrole, 1962-1986 ; cité dans C.-E. HAQUET et E. LECHYPRE, "Les révolutions de l'après-pétrole", *L'expansion*, 01/10/2005

⁶⁶⁵ "L'ONU veut une révolution énergétique", *AFP*, 17/01/2011

⁶⁶⁶ F. OST, *La nature hors la loi*, Éd. la Découverte, Paris, 1995 ; E. BROWN WEISS, *Justice pour les générations futures : droit international, patrimoine commun et équité intergénérationnelle*, Sang de la terre : UNESCO, Paris, 1993

A. L'énergie propre comme méthode

La méthode de l'énergie propre intègre progressivement le droit positif comme un élément directeur du secteur énergétique (1) et se distingue par un contenu novateur (2).

1) Une reconnaissance progressive

Bien que l'énergie propre trouve son origine dans les sciences exactes (a), son appropriation par la science juridique lui confère une coloration particulière (b).

a) Une origine technique

L'« énergie propre » est une notion originellement employée dans le domaine des sciences techniques avant d'intégrer les sciences humaines. Son succès pourrait se résumer au nombre impressionnant de références à ce sujet, la revue américaine « *Science* » recensant à elle seule plus de 115 articles⁶⁶⁷. Ce triomphe a pour corollaire l'imprécision d'une notion qui ne bénéficie pas d'une définition scientifiquement reconnue⁶⁶⁸. Cependant, un consensus semble se dégager sur le fait que l'énergie propre se caractérise par une réduction quantitative et une amélioration qualitative de l'énergie utilisée. Au pluriel, les « énergies propres » font référence aux sources d'énergies et aux projets énergétiques respectueux de l'environnement au regard de critères communs de propreté. Cette notion est progressivement appropriée par le droit qui l'appréhende comme une méthode et contribue à préciser ses contours.

b) Une appropriation juridique

L'énergie propre est reconnue dans l'ordre juridique international dans le cadre de traités bilatéraux environnementaux et de coopérations scientifiques⁶⁶⁹. Au niveau régional, elle figure en droit de l'Union européenne qui recense plus de soixante instruments comportant sa référence et dans la Communauté de développement d'Afrique australe⁶⁷⁰. Elle constitue le sujet de nombreuses conférences internationales et fonde l'objet de multiples ONG⁶⁷¹. Les articles et les ouvrages la concernant démontrent l'attention croissante de la doctrine juridique à son sujet⁶⁷². Notion originellement abstraite, l'énergie propre devient une méthode par les éclairages conférés par la

⁶⁶⁷ www.sciencemag.org

⁶⁶⁸ S. K SAXENA, V. DROZD et ADURYGIN, "A fossil-fuel based recipe for clean energy", *International Journal of Hydrogen Energy*, n°33, 2008, p.3625-3631 ; R. H. WILLIAMS, "Toward zero emissions from coal in China", *Energy for Sustainable Development*, n°41, Dec. 2001 ; T. HIJIKATA, "Research and development of international clean energy", *International Journal of Hydrogen Energy*, n°27, 2002, p.115-129 ; "Photovoltaics and the Clean Energy Race", *Photovoltaics Bulletin*, April 2002, p.8-11 ; "Farming the Wind Clean Energy in the Pacific Northwest", *Refocus*, May/June 2005, p.52-53 ; R. HAWLEY, "Clean Energy for the 21st Century", *Process Safety and Environmental Protection*, n°75, Issue 4, Nov. 1997, p.225-231.

⁶⁶⁹ Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of Georgia on scientific and technical cooperation, 03/02/1994 ; Environmental Cooperation Action Plan between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China, 16/04/1999

⁶⁷⁰ SADC Protocol on Fisheries, 14/08/2001, Art. 17§7

⁶⁷¹ V. les Conférences mondiales sur l'énergie propre de 1991 et 2000, Genève ; "Clean Energy Foundation", *Refocus*, n°2, Issue 4, May 2000, p.35-36

⁶⁷² M. EL-ASHRY, "Clean energy and sustainable development", *Environmental Policy and Law*, n°35, 2005, p.92-94 ; J. GOLDEMBERG, "The promise of clean energy", *Energy Policy*, n°34, Issue 15, Oct. 2006, p.2185-2190 ; R. OTTINGER et M. JAYNE, "Global climate change - Kyoto Protocol implementation: Legal frameworks for implementing clean energy solutions", *Pace Environmental Law Review*, n°18, 2000, p.19-86

Le cadre juridique de l'énergie propre

science juridique. En ce sens, Sheila Gargiulo la formalise comme une énergie produite à travers des systèmes non polluants⁶⁷³. Cependant, sa légitimité est conditionnée par la plus-value qu'elle apporte par rapport à des notions similaires dont il convient d'effectuer la comparaison.

L'éco-efficience consiste à réduire progressivement l'impact écologique et l'intensité du prélèvement des ressources naturelles pour atteindre un niveau compatible avec la capacité de charge de la planète⁶⁷⁴. Bien qu'applicable à l'énergie, elle ne lui est pas spécifique et demeure indéterminée.

Les notions de maîtrise et d'utilisation rationnelle de l'énergie correspondent à un rendement énergétique optimisé, qui minimise la consommation d'énergie pour un besoin donné⁶⁷⁵. Elles ne se limitent pas à la manière d'utiliser l'énergie mais aussi à l'opportunité de son utilisation. Elles constituent des moyens de parvenir à l'énergie propre.

La gestion durable de l'énergie ou « *énergie durable* » est le résultat d'une conciliation des intérêts économiques, sociaux, et environnementaux de l'énergie⁶⁷⁶. Dès lors, son champ d'application est plus étendu que l'énergie propre.

Par conséquent, aucun concept existant ne permet de concourir à l'ensemble des finalités de l'énergie propre. Cette méthode semble présenter un caractère suffisamment large pour s'appliquer à l'ensemble des activités énergétiques, tout en se focalisant sur leurs enjeux environnementaux. Dès lors, elle devient concept fondateur du droit environnemental de l'énergie et une voie essentielle pour résoudre la crise énergétique.

Le fait que l'énergie propre soit en cours d'appropriation par le droit induit des divergences d'appréciation selon les systèmes juridiques. L'Union européenne appréhende l'énergie propre comme l'ensemble des sources d'énergie « *décarbonnées* », telles que l'efficacité et la sobriété énergétiques, les énergies renouvelables, la capture et le stockage de dioxyde de carbone émis par des centrales recourant aux énergies fossiles, l'énergie nucléaire et des énergies nouvelles telles que l'hydrogène⁶⁷⁷. Dans sa loi sur la protection de l'environnement, le Vietnam ne retient comme énergie propre que les énergies renouvelables⁶⁷⁸. La loi australienne sur l'énergie propre se focalise quant à elle sur les aspects économiques et procéduraux⁶⁷⁹. Les exigences de sécurité et d'efficacité

⁶⁷³ S. GARGIULO, *Energie, droits de l'Homme et libertés fondamentales. Etude de droit comparé italien et français*, Université Paris I - Pantheon Sorbonne et Università Degli Studi Di Bari, thèse droit, 2010, p. 72 et s.

⁶⁷⁴ *The Business Case for Sustainable Development*, document du World Business Council for Sustainable Development diffusé au Sommet de la terre de Johannesburg, août-sept. 2002 ; S. LATOUCHE, "Pour une société de décroissance", *Le Monde diplomatique*, nov. 2003.

⁶⁷⁵ Loi Suisse sur l'énergie su 18 septembre 1986 ; B. LAPONCHE, B. JAMET, M. COLOMBIER et S. ATTALI, *Maîtrise de l'énergie pour un monde vivable*, Editions ICE, Paris, 1997

⁶⁷⁶ C. KROLIK, "Le droit de l'énergie durable comme moyen de valoriser les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique", *préc.* ; J. DESRUTINS, "Vers une globalisation du concept d'énergie durable", in J. MORAND-DEVILLER, J.-C. BONICHOT, M. TORRE-SCHAUB et L. VIDAL, *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2008

⁶⁷⁷ C. KROLIK, "Le droit communautaire de l'énergie durable", *REDE*, n° 1, 2009, p.65-82

⁶⁷⁸ Loi vietnamienne sur la protection de l'environnement, n° 29/2005/L/CTN, 12/12/2005, article 33.1 : "Clean and renewable energies are energies that are extracted from wind, solar, geothermal, water, biomass and other renewable resources" ; C. KROLIK et T.T.H. TRANG, "Clean energy aspects in the law on environmental protection in Vietnam", *Law and development*, n° 2, 2008

⁶⁷⁹ Clean Energy Act 2008, 21/05/2008

juridiques impliqueraient de disposer d'un référentiel commun inspiré des critères scientifiques et juridiques existants. Cet aspect s'avère fondamental et requiert d'être précisé.

2) Un contenu novateur

Le défaut de définition unifiée de l'énergie propre conduit à proposer des critères communs, en vue de la rendre opérationnelle et effective. Cette recherche repose sur un tronc commun principal (a) auquel peuvent s'adjoindre des critères particuliers (b).

a) Des critères communs

L'énergie propre est issue du postulat selon lequel « aucune énergie n'est parfaite, tandis que la moins polluante est celle qu'on ne consomme pas »⁶⁸⁰. L'équation s'avère complexe parce qu'il n'existe pas de source d'énergie inoffensive. Le recours aux énergies fossiles est susceptible de nuire au milieu lors de l'extraction, par une pollution de l'atmosphère et contribue au changement climatique. Les centrales hydroélectriques peuvent conduire à une dégradation du patrimoine halieutique et déplacer des populations⁶⁸¹. Les centrales nucléaires produisent des déchets radioactifs et engendrent des risques radiologiques. A l'inverse, un biocarburant peut être « propre » en fonction de son mode d'exploitation, ses rendements énergétiques, l'impact sur la sécurité alimentaire⁶⁸²... Une installation hydraulique le sera également si elle est intégrée dans l'environnement et respecte les populations avoisinantes. Dès lors, aucune source d'énergie ne semble propre ou impropre par nature, et le mode d'exploitation par l'Homme pourrait constituer le critère principal.⁶⁸³ L'« énergie propre » pourrait alors être comprise comme une méthode permettant d'évaluer si un projet énergétique respecte suffisamment l'environnement pour être réalisé.

Aucune source d'énergie n'étant intrinsèquement propre, l'attention devrait porter sur une réduction quantitative de l'énergie consommée et une amélioration qualitative de l'énergie produite. Cinq critères pourraient constituer le tronc commun de l'énergie propre : améliorer la sobriété et l'efficacité énergétiques, estimer l'énergie grise, garantir le renouvellement de la ressource, partager équitablement les énergies minières, et valoriser l'énergie⁶⁸⁴.

Pour mémoire, la sobriété énergétique caractérise une démarche de réduction des consommations en agissant sur les comportements, tandis que l'efficacité énergétique consiste à réduire la quantité d'énergie requise pour la production d'une même unité.

⁶⁸⁰ B. MÉRENNE-SCHOUMAKER, *Géographie de l'énergie : acteurs, lieux et enjeux, préc.*, p. 194

⁶⁸¹ J.P. BEJA, "La mégalomanie en action pour maîtriser le Yangtsé", *Le Monde diplomatique*, juin 1996, p.26-27 ; C. CASSIER, "Sacrifier les populations locales aux profits de « l'énergie verte »", *Univers-nature*, 11/12/2010, www.univers-nature.com ; S. BÉSSON, "La Chine s'apprête à construire une centrale hydroélectrique controversée", *Actualités news environnement*, 01/02/2011, www.actualites-news-environnement.com ; M. SAGE, "L'hydroélectricité pas vraiment neutre pour le climat", *Univers-nature*, 11/10/2010, www.univers-nature.com ; M. AGUDO et R. GUITIÁN, "Yindabad", documentaire, 2007

⁶⁸² GREENPEACE, *De biomasse à... biomascarade*, 2011, www.greenpeace.ca

⁶⁸³ C. KROLIK, "Le droit de l'énergie durable comme moyen de valoriser les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique", 2008, www.iucn.org

⁶⁸⁴ V. G. DOVI, F. FRIEDLER, D. HUISINGH et J. J.KLEMES, "Cleaner energy for sustainable future", *Journal of Cleaner Production*, n°17, 2009, p. 889-895

Le cadre juridique de l'énergie propre

L'énergie grise correspond à la somme de toutes les énergies nécessaires de la fabrication, à l'utilisation, jusqu'au traitement en fin de vie d'un bien ou d'un service⁶⁸⁵. Son estimation permet de comparer les performances énergétiques et d'orienter les choix vers les solutions les plus économes en énergie⁶⁸⁶.

Les ressources renouvelables telles les forêts peuvent ne pas s'épuiser, à condition que le rythme de prélèvement ne dépasse pas la capacité de régénération. Le concept de renouvellement de la ressource correspond à « *une régénération de la chose frugifère* »⁶⁸⁷. Garantir le renouvellement de la ressource suppose de définir un seuil maximum d'exploitation en tenant compte de ses effets sur l'ensemble du système⁶⁸⁸.

Les énergies minières impliquent l'adoption de comportements et de techniques permettant de minimiser leur épuisement, la recherche de produits de substitution et une redistribution en faveur des plus démunis. Leur rythme d'épuisement devrait donc être surveillé et des méthodes de recyclage et d'économie introduites pour faire en sorte que ces ressources ne disparaissent pas avant de disposer de substituts convenables.

Dans l'esprit du développement durable, il importe au plus haut point que le rythme d'épuisement des ressources non renouvelables compromette le moins possible l'avenir. L'énergie devrait donc être valorisée par la réutilisation, le recyclage des biens et leur utilisation comme source d'énergie lorsqu'ils atteignent le stade de déchet.

Ces critères pourraient être agrégés dans un bilan énergétique conçu comme un instrument d'aide à la décision, afin de déterminer la propreté d'un projet relatif à l'énergie et proposer des voies d'optimisation pour réduire quantitativement et améliorer qualitativement l'énergie du projet.

Outre ces critères fondateurs, l'énergie propre pourrait également reposer sur des référentiels complémentaires.

b) Des critères supplétifs

Certaines politiques soulèvent la polémique à cause du doute sur leur bilan énergétique et leur impact environnemental⁶⁸⁹. L'énergie nucléaire, si elle a le mérite de rejeter peu de gaz à effet de serre a conduit certains États tels que l'Autriche à la déclarer inconstitutionnelle pour les risques technologiques engendrés et l'absence de solution pérenne pour des déchets hautement radioactifs sur de longues périodes. Les biocarburants peuvent comporter des risques pour la sécurité

⁶⁸⁵ H. REEVES, "Énergie grise", *Journal Montréal*, 25/01/2009, www.hubertreeves.info

⁶⁸⁶ J.-P. BOMMER, "Le remboursement énergétique du photovoltaïque", *Le temps*, 04/03/2009, p.18

⁶⁸⁷ M. SANCY, *L'énergie solaire et le droit : analyse de droit comparé, éléments pour l'élaboration d'un système juridique cohérent favorisant le recours à cette forme d'énergie*, thèse, Arlon, Fondation Universitaire Luxembourgeoise, 1994, p.79. Cette notion se fonde sur la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement selon laquelle le développement durable exprime l'idée selon laquelle les ressources ne doivent pas être utilisées à un point tel qu'elles ne puissent, à moyen ou long terme se renouveler: J. MAKOWIAK, "A quel temps se conjugue le droit de l'environnement?" in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.285

⁶⁸⁸ G. H. BRUNTLAND, *préc.*, chap. 2 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, 20-36

⁶⁸⁹ "Voitures électriques et CO2, un impact à relativiser ..." *Echo nature magazine*, n°.27, oct. 2009

alimentaire, l'environnement et présentent parfois un bilan énergétique négatif⁶⁹⁰. Le captage et le stockage de dioxyde de carbone émis par les centrales recourant aux énergies fossiles fait également débat puisqu'une fois conditionné, le gaz pourrait contribuer à l'acidification du milieu voire au changement climatique en cas de fuite.

Par conséquent, si un tronc commun de l'énergie propre pourrait servir de référence dans un contrôle de la qualité environnementale de l'énergie, les politiques publiques pourraient instaurer des critères supplétifs afin de préciser les modalités et les conditions de son respect. En ce sens, le droit de l'UE établit des critères de durabilité pour les biocarburants, afin de mesurer leur impact environnemental et conditionner l'octroi d'aides financières⁶⁹¹. Ces critères prévoient notamment que ces cultures ne doivent pas être produites à partir de matières premières provenant de terres de grande valeur en termes de diversité biologique ou de terres présentant un important stock de carbone telles que des zones humides, des zones forestières continues, des tourbières ou des étendues comprenant de 10 à 30% d'arbres de plus de cinq mètres, et doivent engendrer une réduction progressive des émissions de gaz à effet de serre de 35% à au moins 50% en 2017, puis de 60% en 2018.

L'énergie propre peut donc être appréhendée comme une méthode fondée sur l'évaluation dont il convient de préciser le mode opératoire.

B. Une méthode fondée sur l'évaluation

Appréhender la « *propreté* » d'un projet énergétique implique de procéder à deux évaluations complémentaires : l'évaluation énergétique (1) et l'évaluation environnementale (2).

1) Une évaluation énergétique

Benjamin Dessus souligne que la prise en compte du développement durable dans le secteur énergétique doit reposer sur une série de déterminants et qu' « *il est donc impératif de ne pas se tromper de cible en ne pensant qu'à l'activité de production et d'afficher de façon prioritaire, dès maintenant, des stratégies à long terme* »⁶⁹². L'évaluation énergétique relève du droit de l'énergie et se caractérise par une « *série de microdécisions* » dont il convient « *d'harmoniser les institutions avec les logiques qu'on veut leur voir adopter* »⁶⁹³. Elle implique de retenir un champ d'application exhaustif (a) reposant sur une méthode commune (b).

⁶⁹⁰ GREENPEACE, "Comment les industriels de l'agroalimentaire réchauffent le climat", 22/11/2007 ; LES AMIS DE LA TERRE AFRIQUE, *Rapport de l'atelier sous régional ouest Afrique francophone sur les biocarburants*, 12/09/2008 ; LES AMIS DE LA TERRE, "La biomasse comme carburant plus un problème qu'une solution !" www.amisdelaterre.org ; concernant une méthode viable de gestion des agrocarburants: I. SACHS, "Biofuels are coming of age", Keynote address at the International Seminar « Assessing the Biofuels Option », IEA Headquarters, Paris, 20/06/2005 ; I. SACHS, "Biofuels and food security Conflict or Complementarity?", July 2008 ; B. HOGOMMAT, *Les enjeux de la prise en compte des biocarburants au regard des orientations de la politique agricole commune*, Université de Nantes, faculté de droit et de science politiques, Mémoire, mai 2009

⁶⁹¹ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *préc.*, art. 17

⁶⁹² B. DESSUS, *Stratégies énergétiques pour un développement durable*, in Fondation pour le progrès de l'homme, *avenir de la planète*, dossier pour un débat, sept. 1993, p. 50-53

⁶⁹³ *Ibidem*

a) Un champ d'application général

L'énergie se présente comme un vecteur des activités humaines et par conséquent son évaluation ne peut se limiter à la politique énergétique. L'ensemble des activités susceptibles d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie devrait donc être appréhendé dans un bilan énergétique, conçu comme un instrument d'aide à la décision, reposant sur les critères de l'énergie propre.

Peuvent notamment être concernés par cette évaluation, les biens producteurs et consommateurs d'énergie, tels que les automobiles, les appareils de chauffage et d'éclairage, dont le contrôle pourrait être assuré lors d'une mise sur le marché. L'objectif serait de n'autoriser que les équipements offrant les meilleures performances énergétiques, les exigences techniques devant régulièrement être remises à jour, aux vues des évolutions technologiques. Cette démarche constitue un élément essentiel de l'éco-conception.

De multiples activités sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie comme la production d'énergie, les activités industrielles et l'habitat. Par conséquent, ces projets devraient faire l'objet d'un bilan énergétique préalablement à leur adoption.

De par leur ampleur, les politiques publiques peuvent également présenter un impact énergétique significatif, notamment dans les secteurs de l'aménagement du territoire et des transports. Dès lors, une évaluation de leur impact énergétique pourrait être réalisée préalablement à leur adoption.

L'évaluation énergétique des projets de conventions internationales constitue encore un enjeu important. De par, leur champ territorial étendu et la libéralisation des échanges, ces accords peuvent conduire à une délocalisation des lieux de production, d'assemblage et de consommation alourdissant considérablement le bilan énergétique des biens et des services⁶⁹⁴. La réalisation d'un bilan énergétique préalablement à leur adoption serait donc souhaitable *a fortiori*.

Le caractère transversal de l'évaluation énergétique appelle ensuite une méthodologie commune pour l'ensemble de ces champs d'application.

b) Un modèle commun émergent

L'évaluation énergétique pourrait reposer sur la méthode commune du bilan énergétique. Toute activité susceptible d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie ferait l'objet d'un bilan énergétique préalable. La notion d'activité s'entend largement en incluant notamment les projets d'aménagements, d'ouvrages et de travaux, de mise sur le marché de biens et de services, de politiques publiques, de traités internationaux... La forme du bilan énergétique pourrait s'inspirer d'instruments présents dans certaines législations nationales requérant : une description du projet et de ses caractéristiques au regard critères de l'énergie propre ; une estimation du niveau de performance énergétique en comparaison avec des projets similaires particulièrement performants ; une présentation du système d'organisation mis en place pour contrôler, suivre et gérer l'usage de

⁶⁹⁴ S. LATOUCHE, *La Mégamachine : Raison technoscientifique, raison économique et mythe du progrès*, La Découverte, 2004

l'énergie ; des recommandations permettant d'améliorer le niveau de performance énergétique et recourir à des énergies de substitutions ; et un résumé non technique sous la forme notamment d'indicateurs standardisés. Cette évaluation *ex ante* pourrait être complétée par une évaluation *ex post* constituée d'un suivi et le cas échéant de mesures correctrices. En vue de concourir à l'efficacité de la mesure, ce bilan pourrait être réalisé ou contrôlé par un organisme indépendant.

La méthodologie du bilan énergétique tend à s'organiser en droit international dans le cadre de la norme ISO 50001 sur le système de management énergétique. Applicable à toute organisation, elle vise à améliorer la performance énergétique des organisations par l'élaboration d'une politique énergétique reposant sur des objectifs, une planification et des évaluations régulières pour améliorer de façon continue la performance énergétique par une réduction des consommations et le recours aux énergies alternatives et renouvelables.

Les efforts en faveur d'une normalisation internationale du bilan énergétique devraient être poursuivis pour bénéficier d'une méthode pour tout projet susceptible d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie. Ces dispositions pourraient ensuite être reprises dans le droit international et relayées dans les droits internes afin d'en faire un instrument commun d'aide à la décision.

Le bilan énergétique se focalise sur les aspects énergétiques des projets. Par conséquent, l'énergie propre implique de recourir parallèlement à une évaluation environnementale, lorsque le projet est susceptible de présenter un impact significatif sur l'environnement.

2) Une évaluation environnementale

L'évaluation environnementale correspond à une « démarche d'intégration de l'environnement tout au long du processus de décision en rendant compte des effets potentiels ou avérés sur l'environnement de toute initiative »⁶⁹⁵. Elle complète le bilan énergétique par une évaluation de l'impact écologique (a) et des risques (b) induits par les activités énergétiques⁶⁹⁶.

a) Une évaluation écologique

La Cour internationale de justice indique dans l'affaire sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires que l'évaluation environnementale fait « désormais partie du corps de règles du droit international de l'environnement »⁶⁹⁷. Elle précise dans l'affaire relative à l'usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay que « l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée »⁶⁹⁸. La Chambre pour le

⁶⁹⁵ S. MONTEILLET, "L'évaluation environnementale - Principes et cadres juridique", Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, 2007

⁶⁹⁶ SIFEE, *Évaluation environnementale et énergie*, Conférence internationale Québec, 8-11/09/2009

⁶⁹⁷ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 08/07/1996, §29

⁶⁹⁸ CIJ, *Affaire relative à l'usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay)*, 20/04/2010, §204 ; J. SOHNLE, "L'arrêt des usines de pâte à papier de la CIJ du 20 avril 2010: un mode d'emploi des obligations procédurales sans peine", *RJE*, n°4, 2010, p. 605-625 ; voir également CIJ, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c/ Slovaquie)*, 25/09/1997

Le cadre juridique de l'énergie propre

règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer corrobore l'exégèse en considérant dans l'affaire 17 du 1^{er} février 2011 que « l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement est également une obligation générale en droit coutumier »⁶⁹⁹.

L'étude d'impact complète donc le bilan énergétique pour concourir à l'énergie propre. En ce sens, des projets d'activité énergétique font l'objet d'une évaluation environnementale dans le cadre de la convention d'Espoo⁷⁰⁰. La liste inclut des projets d'envergure tels que les centrales thermiques supérieures à 300 mégawatts, les centrales nucléaires et la production d'hydrocarbures en mer. Des procédures de consultation ont ainsi été entreprises concernant les projets d'oléoduc Baku-Tbilissi-Ceyhan, la ligne électrique entre Muhoset Torneå et la centrale nucléaire finlandaise de Loviisa-3⁷⁰¹. Le protocole de Kiev complète ces obligations en prévoyant la réalisation d'une évaluation environnementale des plans et programmes susceptibles d'avoir des effets notables sur l'environnement et la santé, dans le secteur énergétique notamment⁷⁰². Sont à ce titre concernés les planifications relatives aux raffineries de pétrole, aux centrales thermiques de plus de 300 mégawatts et aux installations de production ou d'enrichissement de combustibles nucléaires, ainsi que des activités consommatrices d'énergie comme les grandes installations de fusion de la fonte et de l'acier, la construction d'autoroutes, de routes expresses, de voies de chemin de fer à grande distance, d'aéroports et de ports de commerce.

Dans le domaine de l'évaluation environnementale des projets de conventions internationales, des mécanismes de mise en œuvre et de suivi émergent progressivement, mais aucune prescription ne prévoit actuellement une telle mesure *ex ante*⁷⁰³. Les considérations énergétiques et écologiques étant généralement liées, des rapprochements entre ces deux *corpus* pourraient être opérés pour davantage de cohérence et d'efficacité. La législation européenne sur l'éco-conception constitue un exemple de synergie entre ces deux instruments, par l'intégration au sein d'une même évaluation, des aspects énergétiques et écologiques, constituant ainsi l'un des systèmes d'évaluation les plus intégrés du secteur énergétique⁷⁰⁴.

Ces évaluations peuvent être complétées par une analyse des risques lorsque le projet le

⁶⁹⁹ Tribunal international du droit de la mer, Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, affaire n°17, Responsabilités et obligations des États qui patronnent des États dans le cadre d'activités menées dans la zone, avis consultatif, 01/02/2011, §145

⁷⁰⁰ Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, 25/02/1991 ; Concernant les sources internationales de l'évaluation environnementale des projets d'installations et infrastructures L. FONBAUSTIER, "Études d'impact écologiques introduction générale", *JCL Env.*, Cote : 11, 2006, 24/06/2006

⁷⁰¹ CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, *Projet de décision III/8 à adopter par la troisième réunion*, n°MP.EIA/2004/9/Add.2, Commission économique pour l'Europe, Réunion des Parties à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, 31/03/2004

⁷⁰² Protocole à la convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale, art. 4§2

⁷⁰³ CIDCE, *Pour une Convention mondiale sur les évaluations environnementales*, transmise au DAESNU dans le cadre de la Conférence de Rio+20, 2011 ; S. MALJEAN-DUBOIS et V. RICHARD, "Mécanismes internationaux de suivi et de mise en œuvre des conventions internationales de protection de l'environnement", *IDDRI*, 2004, p. 4

⁷⁰⁴ Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, *JOUE* L.285 du 31 octobre 2009, p. 10 ; C. BERNARD, "Eco-conception: un cadre réglementaire de plus en plus ambitieux", *Environnement & technique*, n°278, 2008, p.49-51

justifie.

b) Une évaluation des risques

Exxon Valdez, Erika, Prestige, Deepwater horizon, Three Miles Island, Tchernobyl, Fukushima... Cette liste régulièrement remise à jour démontre que l'énergie présente des risques spécifiques. Le risque résulte de l'interaction entre un danger et une exposition à ce danger⁷⁰⁵. Il implique d'établir des règles relatives à son évaluation et à sa gestion, dès lors qu'un projet est susceptible de porter des atteintes graves à l'environnement ou aux vies humaines⁷⁰⁶.

L'évaluation des projets à risques se réfère à la notion de « *risque acceptable* » constitué du rapport existant entre l'importance de ce risque et l'intérêt collectif de l'activité considérée⁷⁰⁷. Les autorités publiques ont pour mission de fixer le « *risque acceptable* » pour la société, celui-ci constituant une sorte de « *droit à nuire* »⁷⁰⁸. En conséquence, l'ensemble des dommages potentiels d'un projet et les coûts de leur gestion doivent être préalablement évalués et régulièrement ajustés.

L'évaluation implique d'étudier les avantages procurés par le projet et de les mettre en balance avec les inconvénients. Elle doit se fonder sur des données objectives et particulières dans des champs politiques, économiques, sociaux et environnementaux. Elle doit être proportionnée au risque, plus le danger étant important et plus les éléments à évaluer étant nombreux et diversifiés. L'autorisation d'une activité à risque doit être étudiée dans la perspective de son utilité publique, les avantages devant l'emporter face aux inconvénients. L'évaluation doit appréhender les effets tant à court qu'à long terme, être permanente et adaptée à l'état des connaissances scientifiques et au cycle de vie de l'activité⁷⁰⁹. Le cas de l'énergie nucléaire démontre que les évaluations qui portaient originellement sur la sécurité des centrales, s'orientent désormais sur le démantèlement des installations, la gestion des déchets et la sécurisation des actifs⁷¹⁰.

Le risque acceptable doit également être accepté, impliquant une information des populations. Les conséquences potentiellement néfastes nécessitent de les associer à la décision finale qui devrait résulter d'un choix collectif⁷¹¹. Par conséquent, si l'existence de données est la condition d'une évaluation des risques, leur diffusion est une condition de la démocratie⁷¹². Celles-ci sont élaborées par l'industriel, des institutions académiques et de recherche⁷¹³. Elles peuvent être

⁷⁰⁵ M.A. HERMITTE, "Evaluation des risques et principe de précaution", *LPA*, n° 239, 30/11/2000, p.13

⁷⁰⁶ M.M. MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public*, Université de Genève, thèse droit, 2009

⁷⁰⁷ S. CHARBONNEAU, *La gestion de l'impossible. La protection contre les risques techniques majeurs*, *Economica*, fév. 1992, p. 108

⁷⁰⁸ R. ENCIAS DE MUNAGORRI, "La Communauté scientifique est-elle un ordre juridique ?", *RTD civ.*, n° 2, 1998 ; R. ENCIAS DE MUNAGORRI, "La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis", *RIDC*, n° 3, 1999 ; A. CAIGNOL, "Les risques nucléaires: du dialogue constructif à la réglementation", *Droit de l'env.*, n° 171, sept. 2009, p.17-19

⁷⁰⁹ M. CALLON et P. LASCOUMES, *Décider sans trancher, incertitudes et controverses*, Seuil, 2000 ; C. KIEFF-VERBAERE, "Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires, l'information vecteur d'égalité et principe actif de fraternité", *RTDcom.*, n° 3, 1999

⁷¹⁰ G. DE RUBERCY, "Sécurisation des actifs dédiés au financement du démantèlement des installations nucléaires : questions nouvelles et propositions", *Droit de l'env.*, mars 2010, p.15-22

⁷¹¹ C. LAGABRIELLE et J. VANNERAU, "Valuation des risques et management", *Préventique*, mars-avril 2000, p.32

⁷¹² ASSOCIATION DROIT ET DÉMOCRATIE, *Secret et démocratie*, La documentation française, 1997 ;

⁷¹³ M.A. HERMITTE, "Évaluation des risques et principe de précaution", *LPA*, n° 239, 30/11/2000, p.13 ; B. TAMIN,

Le cadre juridique de l'énergie propre

complétées par des institutions sans but lucratif, la prise en charge de leur coût pouvant être assurée par le pétitionnaire conformément au principe du pollueur payeur. Des difficultés liées à l'accès à l'information résident dans la nécessité de concilier un « *droit à l'information sur les risques* » avec les dispositions relatives aux secrets industriels, professionnels et des affaires⁷¹⁴.

L'évaluation doit être guidée par les principes de transparence, de divulgation et de justification. Les choix devraient être motivés et faire apparaître les hypothèses alternatives ou divergentes. Pour toute activité à risque autorisée, le principe de prévention devrait être mis en œuvre par une réduction des nuisances à la source et l'adoption de mesures concourant à limiter la survenance du dommage. Le principe de précaution devrait être mis en œuvre en cas de risques probables mais non encore confirmés scientifiquement. Sa réalisation implique le franchissement de seuils relatifs à l'état des connaissances scientifiques, au caractère « *grave ou irréversible* », et l'adoption des mesures de précaution⁷¹⁵.

La prise en compte des risques sur le long terme implique d'accorder une attention particulière aux générations futures en limitant autant que possible les risques de dommages irréversibles. La responsabilité envers les générations futures pourrait alors résider dans l'assurance pour tous les êtres humains qui se succéderont, de satisfaire leurs aspirations et leurs besoins fondamentaux, impliquant une protection de la vie des générations présentes et des ressources naturelles⁷¹⁶.

Ces exigences de rigueur tranchent avec l'état du droit international applicable aux installations énergétiques à risque. En ce sens, le droit de l'OMC qui s'applique à l'énergie fait reposer l'appréciation du risque sur les États. Ces mesures d'encadrement sont appréhendées comme une entrave au libre-échange, obligeant l'État à apporter la preuve du risque et la légitimité des mesures adoptées en vue de sa gestion⁷¹⁷. Par conséquent, un État ne pourra pas prolonger une mesure d'interdiction s'il se révèle incapable de fournir une justification scientifique⁷¹⁸. L'absence d'évaluation commune conduit à marginaliser l'État se prévalant d'un risque, tandis que l'individualisation de la recherche tend à limiter l'efficacité de l'évaluation.

Ce constat se cumule avec le caractère évasif des dispositions relatives à l'évaluation des risques dans le secteur de l'énergie. Tel est le cas de la convention de Vienne sur la sûreté nucléaire du 20 septembre 1994 aux obligations peu contraignantes et la convention de Vienne sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs du 5 septembre 1997 qualifiée d' « *incitative* » par son préambule⁷¹⁹. A l'inverse, l'évaluation des risques devrait être structurée selon une grille d'analyse fondée sur des éléments fondamentaux. En ce sens, la

"Les risques nucléaires : des données scientifiques à la réglementation", *Droit de l'env.*, n°.170, juill/août 2009, p.11-12

⁷¹⁴ M. FONTAINE, "Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux", *Revue de droit des affaires internationales*, n°.1, 1999

⁷¹⁵ N. DE SADELEER, "Lutte contre le réchauffement climatique et le principe de précaution", *Cahiers droit Sciences & Technologies*, n°.2, 2009, p.38

⁷¹⁶ A.-C. KISS, "L'irréversibilité et le droit des générations futures", *RJE*, n°.spécial, 1998, p.49 et s.

⁷¹⁷ P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, rapport au Premier ministre, Odile Jacob/la documentation française, 15/10/1998, p. 159 et s.

⁷¹⁸ C. NOIVILLE, "Principe de précaution et l'OMC. Le cas du commerce alimentaire", *JDI*, n°.2, 2000

⁷¹⁹ C. KROLIK, "La prévention de risques nucléaires civils", in J.-M. LAVIEILLE, J. BETAÏLLE et M. PRIEUR (DIR.), *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Bruylant, 2012

Commission européenne présente dans une communication relative au principe de précaution, un modèle d'évaluation des risques reposant sur l'identification du danger, sa caractérisation, l'évaluation de l'exposition et les caractéristiques du risque (probabilité, fréquence, et gravité des effets)⁷²⁰.

La difficulté tient également au fait que l'évaluation du risque des activités énergétiques se fonde sur des instruments juridiques sectoriels, l'adaptation aux technologies nouvelles pouvant requérir simultanément l'amendement de multiples traités⁷²¹. Par exemple, l'instauration dans le système juridique international de l'activité de captage et de stockage de dioxyde de carbone nécessiterait de réviser la convention des Nations unies sur le droit de la mer, la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et son protocole de 1996, la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-est, dite Convention OSPAR, la Convention-cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques, et le protocole de Kyoto⁷²². La multiplication des traités environnementaux complexifie encore l'encadrement de domaines transversaux comme le risque, *a fortiori* pour le secteur énergétique.

Ces remarques mettent en exergue une place croissante de l'énergie propre dans le système juridique international, par sa reconnaissance directe et sa mise en œuvre sous la forme d'un bilan énergétique, complété par des évaluations environnementales. Les dispositions relatives à l'évaluation énergétique appellent des mesures de consolidation, et conduisent à préciser le cadre institutionnel applicable dans ce domaine.

II. Un cadre institutionnel

Le cadre institutionnel applicable à l'énergie propre peut être étudié opérant une distinction entre les institutions normatives (A) et juridictionnelles (B).

A. Des institutions normatives

Les institutions normatives intervenant dans le domaine de l'énergie propre se caractérisent par leur multiplicité (1), conduisant à la création d'organisations fédératrices (2).

1) Une multiplication des organisations

Une distinction peut être faite entre des organisations consacrées spécifiquement à l'énergie (a) et celles intervenant accessoirement dans ce domaine (b)⁷²³.

⁷²⁰ **Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, 02/02/2000, COM/2000/0001 final**

⁷²¹ P. M. MARSTON et P. A. MOORE, "From EOR to CCS: the Evolving Legal and Regulatory Framework for Carbon Capture and Storage", *Energy Law Journal*, n° 29, 2008, p.421- 490 ; E. FOURNIER, "Captage et stockage de CO₂ : le cadre juridique naissant d'une technique prometteuse contre le réchauffement climatique", *Env.*, n° 10, étude 9, oct. 2009

⁷²² AIE, *Legal aspects of storing CO₂*, 2005 ; J.W. MOOREL, "The Potential Law of on-shore Geologic Sequestration of CO₂ captured from Coal fired Power Plants", *Energy Law Journal*, n° 28, 2007, p.443-487

⁷²³ T. WÄLDE, "The role of selected international agencies in the formation of international energy law and policy towards sustainable development", in A.J. BRADBROOK and R.L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, 2003, p.171 s. ; E. DIDIER, "Les différents accords conclu pour l'utilisation de l'énergie solaire", *RJE*, n° 4, 1979, p.339 et s.

a) Des organisations consacrées à l'énergie

Les principales organisations internationales consacrées à l'énergie et étudiées dans les précédents chapitres de l'énergie consacrent généralement une partie de leurs activités aux considérations environnementales. En ce sens, l'AIE qui s'est longtemps focalisée sur les énergies minières⁷²⁴. Cependant, à compter des *World Energy Outlook* 2007 et 2008, ses travaux ont commencé à opérer un lien entre l'énergie et l'environnement. Cette situation constitue selon Cécile Kérébel une « révolution énergétique », tandis que l'Agence reconnaît que l'insuffisance apportée aux considérations environnementales de l'énergie constituait une « erreur »⁷²⁵. Ses récentes publications confirment l'intérêt essentiel apporté à l'énergie propre⁷²⁶.

L'AIEA contribue à l'énergie propre par la promotion d'une utilisation pacifique de l'énergie nucléaire, le prix Nobel de la paix lui ayant été décerné en 2005⁷²⁷. Elle intervient dans le cadre de son traité institutif et de traités bilatéraux conclus avec les États, adopte des normes techniques, des lignes directrices et des codes de conduite contraignants lorsqu'ils sont repris dans des traités tels que ceux sur la non-prolifération, de Tlatelolco, et de Rarotonga⁷²⁸. Elle peut porter assistance aux États en matière de sûreté nucléaire, organise plus de deux mille inspections par an et peut voir les manquements à ses prescriptions sanctionnées par le Conseil de sécurité de l'ONU⁷²⁹. Elle constitue de par ses compétences, une organisation internationale disposant de pouvoirs normatifs et contraignants les plus importants du secteur énergétique. Cependant, son pouvoir coercitif demeure limité au champ lié à la non-prolifération nucléaire, puisque l'AIEA ne dispose que d'un rôle d'observateur dans le cadre des activités nucléaires civiles⁷³⁰.

Les organisations spécifiques au secteur énergétique peuvent également présenter un caractère plus confidentiel de par la durée limitée de leur mandat, telles que le Forum de l'énergie et du climat institué par Barack Obama, réunissant les seize pays émettant le plus de gaz à effet de serre ainsi que l'Union européenne pour « faciliter un dialogue franc entre les plus grands pays développés et en développement, aider à créer les conditions politiques nécessaires pour parvenir à un résultat lors des négociations sur le changement climatique »⁷³¹.

D'autres instances contribuent sectoriellement à l'énergie propre comme le Partenariat global pour la réduction du torchage du gaz (GGFR), lancé par la Banque mondiale et la Norvège lors du Sommet mondial du développement durable de Johannesburg en 2002, dans le but de réduire la

⁷²⁴ Le scénario de référence de l'AIE n'inclut pas les contraintes environnementales telles que définies par le protocole de Kyoto ; IEA, *World Energy Outlook 2002*, p. 38

⁷²⁵ C. KEREBEL, "Quelle gouvernance pour les marchés du pétrole et du gaz", *préc.* p. 63 ; M. SAGE, "Pétrole : l'Agence internationale reconnaît des erreurs", *Univers nature*, 05/08/2009

⁷²⁶ "Climat : le cri d'alarme lancé par les experts", *Le Monde*, 01/06/2011

⁷²⁷ T. WÄLDE, "The role of selected international agencies in the formation of international energy law and policy towards sustainable development", *préc.*, p.185 s.

⁷²⁸ Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, 01/07/1968 ; Traité de Tlatelolco visant à l'interdiction des armes nucléaires en Amérique Latine, 14/02/1967 ; Traité de Rarotonga sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud et de ses trois protocoles, 06/08/1985

⁷²⁹ Statut de l'AIEA amendé au 28/12/1989, art. XII

⁷³⁰ C. KROLIK, *El desastre nuclear en Japon: una mirada desde el Derecho Energetico*, Universidad Nacional del litoral, Santa Fe, Conférence, 05/05/2011

⁷³¹ "Forum de l'énergie et du climat : les États-Unis réaffirment leur engagement", 28/04/2009, www.actu-environnement.com

pratique du torchage du gaz naturel associé à l'exploitation des gisements pétroliers. Bien que limités à l'adoption de standards volontaires et facultatifs, ces derniers peuvent acquérir une force juridique par leur reprise dans des instruments internationaux et nationaux voire à terme dans la coutume internationale, en cas de « *pratique générale, acceptée comme étant le droit* »⁷³².

L'action de ces institutions est complétée par l'appui d'organisations non-spécifiques à l'énergie.

b) Des organisations d'appui à l'énergie

De nombreuses organisations internationales interviennent partiellement dans le secteur énergétique pour renforcer le cadre normatif sur l'énergie propre. Nombre d'entre elles appartiennent au système onusien comme le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), mandaté pour le développement de projets environnementaux, l'organisation de groupes de travail, de conférences, et qui apporte son soutien administratif aux négociations internationales comme la Convention cadre des Nations unies sur le changement climatique. Dans le prolongement, le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) réalise des projets d'assistance technique et financière en faveur des énergies propres⁷³³.

La Commission du développement durable des Nations Unies est un organe de conseil ayant pour objet d'assurer un suivi de la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement⁷³⁴. Elle examine les progrès accomplis et présente les recommandations nécessaires à la mise en œuvre de l'Agenda 21. Bien que l'énergie ne figure qu'en filigrane dans cet instrument, il est intéressant de relever que plusieurs sessions lui ont été consacrées plus ou moins directement. Ainsi, la septième session fut dédiée aux modes de consommation et de production ; les neuvième, quatorzième et quinzième à l'énergie pour un développement durable ; les dix-huit et dix-neuvième au transport.

L'énergie propre est progressivement devenue un leitmotiv des organisations internationales généralistes⁷³⁵. A cette fin, l'OCDE publie des recommandations pour la mise en œuvre de projets énergétiques respectueux de l'environnement et des lignes directrices pour les multinationales du secteur minier⁷³⁶. Lors du sommet de Gleneagles, le G8 a eu recours au concept d'énergie propre en invitant l'AIE à contribuer à son plan d'action intitulé « *changement climatique, énergie propre et développement durable* »⁷³⁷. Le G8 a également adopté un « *partenariat international pour la coopération en matière d'efficacité énergétique* » visant à faciliter les échanges et renforcer l'efficacité énergétique suite aux sommets de Gleneagles, St. Petersburg et Heiligendamm.

⁷³² Statut de la Cour internationale de justice, art. 38§1b

⁷³³ UNDP et WEC, *Energy for Sustainable Development: A Policy Action Agenda*, New York, 2002 ; UNDP, UNDESA et WEC, *World Energy Assessment Energy and the challenge of sustainability*, 2000 ; UNDP, *Energy After Rio: Prospects and Challenges*, vol., 1997 ;

⁷³⁴ Résolution A/RES/47/191 de l'Assemblée générale des Nations unies sur les Arrangements institutionnels pour le suivi de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, 22/12/2992

⁷³⁵ C. KÉREBEL, "Pour une gouvernance mondiale de l'énergie renforcée", in C. KÉREBEL et J. H. KEPPLER, *La gouvernance mondiale de l'énergie*, UCL Presses universitaires de Louvain, 2009, p. 251

⁷³⁶ OECD, Recommendation of the Council on Environmentally Favourable Energy Options and their Implementation, 20/06/1985 ; P. FEENEY, "The Relevance of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises to the Mining Sector and the Promotion of Sustainable Development", *CEPMLP*, n°.10, 15/02/2002

⁷³⁷ C. KÉREBEL, "Quelle gouvernance du marché du pétrole aujourd'hui ? Mécanismes, systèmes d'acteurs et rapports de force en évolution", *préc.*, p.59

Le cadre juridique de l'énergie propre

Les institutions financières internationales sont susceptibles de jouer un rôle essentiel dans la diffusion de la méthode de l'énergie propre. En ce sens, la Banque mondiale agit en imposant la réalisation d'une étude d'impact environnemental pour tout projet bénéficiant de son concours financier⁷³⁸. Cependant, un rapport des amis de la Terre dénonce le doublement de ces investissements dans le domaine des énergies fossiles, le soutien au seul charbon augmentant de 256% entre 2007 et 2008, tandis que les énergies renouvelables ne représentent que 16% de ses investissements dans le secteur énergétique. Dans le même sens, la Banque européenne d'investissement finançait quatre fois plus dans les énergies fossiles que dans les énergies renouvelables entre 2004 et 2009⁷³⁹. Cette situation confirme la nécessité de disposer d'un cadre juridique international contraignant sur l'énergie propre.

A cet effet, la Commission du droit international fut instituée en 1947 pour « *encourager le développement progressif du droit international et sa codification* »⁷⁴⁰. De récents travaux en relation indirecte avec l'énergie concernent la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. L'absence de travail propre au droit international de l'énergie conduit à proposer une intervention en ce sens.

Le système juridique international se caractérise donc par de multiples institutions intervenant principalement ou accessoirement dans le secteur environnemental de l'énergie. Bien que la situation témoigne d'une priorité conférée au sujet, elle pourrait aussi contribuer à diluer l'efficacité générale des actions. Ce constat est à l'origine d'organisations fédératrices.

2) Des organisations fédératrices

Deux organisations internationales tendent à fédérer la gouvernance globale de l'énergie dans le secteur environnemental : ONU-Energie (a) et l'IRENA (b).

a) ONU-Energie

Alexandre-Charles Kiss estimait que « *la "globalisation" économique nécessite un cadre juridique général* », considérant que le système juridique devait évoluer du niveau sectoriel, puis transversal, jusqu'à sa phase la plus évoluée : le système intégré⁷⁴¹. Ce modèle pourrait s'inspirer du « *système de gouvernance globale* » proposé par Clingendael, correspondant à un « *processus de coopération inclusif, dynamique et démocratique qui rassemble les Gouvernements nationaux, les agences publiques multilatérales et le secteur privé autour d'objectifs acceptés en commun*. Cette

⁷³⁸ WORLD BANK, *Clean Energy and Development: Towards an Investment Framework*, 05/04/2006 ; WORLD BANK, "Sustainable Energy", *World Bank Group Brief*, April 2006 ; H. BALLANDE, "La Banque mondiale a-t-elle raté sa révolution verte ?", *Alternatives économiques*, n°10, 2001

⁷³⁹ A.S. SIMPERE et S. GODINOT, *Institutions financières internationales et climat : la grande hypocrisie. Comment la Banque mondiale et la Banque européenne d'investissement financent les changements climatiques*, Les amis de la Terre, sept. 2009 ; F. BACHEVA-MC GRATH, "Que fait la Banque européenne de reconstruction (BERD) ? ", *L'écologiste*, n°34, juin-août 2011, p.30

⁷⁴⁰ AGNU, résolution A/RES/174(II) du 21/11/1947, Création d'une Commission du droit international

⁷⁴¹ A.-C. KISS, "Tendances actuelles et développements possibles du droit international conventionnel de l'environnement", in *Vers un nouveau droit de l'environnement ? Réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement*, CRIDEAU, Université de Limoges et CIDCE, 2003, p.23 et s., www.cidce.org

vision correspond à un jeu d'acteurs non fondé sur la domination, mais résulte d'un accord répondant aux intérêts de tous les participants »⁷⁴².

Cette finalité implique de disposer d'une organisation internationale fédérant le secteur environnemental de l'énergie. Cette fonction est actuellement exercée par ONU-Energie, dont la mission se traduit par un rôle de mise en cohérence des actions des instances onusiennes, le partage d'informations, d'expériences, de bonnes pratiques et la promotion d'une programmation commune dans le secteur énergétique⁷⁴³. Le précédent chapitre a mis en relief le manque de moyens consacrés à cette organisation et la nécessité de s'ouvrir plus largement à la gouvernance globale de l'énergie. Cependant, celle-ci présente l'originalité d'intervenir spécifiquement dans le secteur énergétique en vue de fédérer ses acteurs. Par conséquent, un renforcement de ses compétences pourrait concourir à une coordination des organisations internationales, condition préalable à une action intégrée dans le secteur de l'énergie.

Cette mesure pourrait être complétée par un plan d'action commun sous l'égide de l'IRENA.

b) L'Agence internationale des énergies renouvelables

L'IRENA fut instituée le 26 janvier 2009 afin de promouvoir « *l'adoption accrue et généralisée et l'utilisation durable de toutes les formes d'énergies renouvelables* »⁷⁴⁴. Elle bénéficie d'une légitimité tirée de ses 159 Etats signataires et son fonctionnement repose sur un principe d'égalité entre ses membres. L'autorité est conférée à une Assemblée qualifiée d' « *organe suprême* » par son traité institutif, comprenant un représentant par État membre. Celle-ci adopte des recommandations et élit les membres du Conseil par rotation, ceux-ci étant responsables devant elle. Ce Conseil est chargé de lui proposer un plan d'action qu'il met en œuvre sous le contrôle d'ONG disposant d'un statut d'observateur.

De par sa légitimité, le plan d'action de l'IRENA pourrait constituer l'instrument d'action de la gouvernance globale dans le secteur environnemental de l'énergie. La fédération des acteurs par ONU-Energie permettrait une répartition des compétences et la participation d'un large réseau d'intervnants tels que des sociétés de l'énergie, des institutions financières et des représentants de la société civile. Cette participation pourrait être conditionnée au respect d'engagements éthiques, tandis que le suivi, le contrôle des projets et l'échange de bonnes pratiques serait assuré notamment par les ONG disposant d'un statut d'observateur⁷⁴⁵. Outre des contributions volontaires, le financement de ce plan d'action pourrait être réalisé par une taxe mondiale sur la production d'énergie minière, telle que proposée dans le précédent chapitre. L'IRENA pourrait donc assurer la fonction d' « *agence mondiale de l'énergie* » prônée par le prix Nobel de la paix, Mohamed El-

⁷⁴² CLINGENDAEL INTERNATIONAL ENERGY PROGRAMME, *Study on Energy Supply Security and Geopolitics*, Institute for International Relations "Clingendael", *préc.* ; C. KEREDEL, "Qu'est-ce que la gouvernance globale de l'énergie ? Les termes du débat", *préc.*

⁷⁴³ www.un-energy.org

⁷⁴⁴ Statute of the International Renewable Energy Agency, 26/01/2009, art. 2

⁷⁴⁵ T. WÄLDE, "Environmental Policies Towards Mining in Developing Countries", *Energy&Nat. Resources*, n°10, 1992, p.327-348

Le cadre juridique de l'énergie propre

Baradei, tandis qu'ONU-Energie coordonnerait les interventions⁷⁴⁶.

L'analyse du droit environnemental de l'énergie démontre que des institutions internationales spécifiques existent pour engager une action démocratique et coordonnée dans le domaine de l'énergie propre. De manière complémentaire, des institutions juridictionnelles assurent un contrôle du respect des dispositions relatives à l'énergie propre.

B. Des institutions juridictionnelles

Les activités du secteur énergétique peuvent engendrer des dommages environnementaux d'ampleur internationale. Cette caractéristique conduit s'interroger sur les protections juridiques (1) et les recours juridictionnels existants en la matière (2).

1) Les dommages protégés par la justice internationale

Dans un entretien au Monde, Michel Prieur décrivait une affaire dans laquelle l'électricien CEZ entendait obtenir des autorités tchèques une autorisation de moderniser des centrales au charbon vieillissantes de Bohême du nord⁷⁴⁷. Les États fédérés de Micronésie menacés par l'élévation du niveau des mers, distant de plus de 10 000 kilomètres, adressèrent une requête au ministère tchèque de l'environnement pour refuser l'autorisation en invoquant que la centrale électrique de Prunerov constitue le dix huitième plus grand émetteur de gaz carbonique en Europe, et contribue significativement au changement climatique et à l'élévation du niveau des océans. Bien que cette affaire n'ait pas été suivie d'effet, elle met en lumière les incidences globales liées à l'utilisation de l'énergie. Elle implique de préciser les dommages bénéficiant d'une protection juridique en distinguant les dommages transfrontières (a) des crimes internationaux liés à l'énergie (b).

a) Les dommages transfrontières liés à l'énergie

Les dommages transfrontières résultant d'activités énergétiques peuvent faire l'objet d'un contentieux juridictionnel à l'occasion soit d'un recours interétatique, soit d'une action des victimes à l'encontre du responsable du dommage⁷⁴⁸.

La responsabilité interétatique obéit au régime général de responsabilité édicté par la Commission du droit international, précisant que le fait générateur est constitué d'un élément objectif résultant de la violation d'une norme établie et d'un élément subjectif caractérisé par un lien entre l'infraction et le sujet de droit international⁷⁴⁹. Le recours peut être intenté à l'occasion d'une procédure d'arbitrage, devant la Cour internationale de justice, ou un tribunal spécialement créé. Une première difficulté trouve son origine dans la nécessité d'identifier l'auteur de la pollution.

⁷⁴⁶ M. EL-BARADEI, "A Global Agency Is Needed for the Energy Crisis", *Financial Times*, 23/07/2008

⁷⁴⁷ Entretien de Michel Prieur par Martin PLICHTA, "La centrale au charbon tchèque qui affole la Micronésie", *Le Monde*, 22/01/2010

⁷⁴⁸ M. PRIEUR, "Le droit de l'environnement dans les zones frontalières", *Aménagement et nature*, n° 51, 1979 ; M. PRIEUR, "Les bases juridiques de la coopération frontalière locale et régionale", *RFDA*, n° 3, 1985 ; M. PRIEUR, "Les études d'impact transfrontières, essai d'étude comparée", in *Mélanges en l'honneur de H. JACQUOT*, PU d'Orléans, 2006 ; M. PRIEUR, *Les problèmes juridiques posés par les pollutions transfrontières*, Eric Schmidt Verlag, Berlin, 1984 ; N. BELAÏDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement*, thèse droit, Dijon, 2008

⁷⁴⁹ *Annuaire de la CDI, 1970, Rec. II, p. 382*

Le droit environnemental de l'énergie (droit international)

Alors que cette preuve est facilitée en cas d'accident majeur, la question s'avère délicate en cas de contamination diffuse comme une pollution atmosphérique ou le changement climatique⁷⁵⁰. Un deuxième obstacle réside dans la preuve du lien de causalité lorsque le dommage se produit à longue distance de l'acte incriminé, ou lorsqu'il se manifeste à long terme. En ce sens, la catastrophe de Tchernobyl a conduit à la diffusion de faibles doses de radioactivité de par le monde, provoquant des cancers et de graves troubles thyroïdiens, particulièrement chez les enfants, plusieurs années après le fait générateur⁷⁵¹. La preuve de ce lien s'avère également complexe en cas de combinaison des nuisances. La troisième difficulté résulte de l'estimation du préjudice, lorsqu'il demeure incertain comme une baisse de la fréquentation touristique. Cependant, la principale cause du faible contentieux international réside dans la pratique, puisque si la responsabilité internationale est généralement proclamée, les États se gardent souvent de la mettre en œuvre même pour des catastrophes majeures comme Tchernobyl⁷⁵². Le projet de codification de la Commission du droit international consacré à la responsabilité de l'État en matière environnementale pourrait être l'occasion de renforcer cette procédure et accroître la fréquence de son usage⁷⁵³.

La mise en œuvre de la responsabilité par les victimes d'un dommage transfrontière se heurte quant à elle à la présence d'un élément d'extranéité et donc au recours au droit international privé⁷⁵⁴. Dans une question préjudicielle du 30 novembre 1976, la CJCE reconnaît la possibilité pour la victime de s'adresser devant la juridiction étrangère ou nationale⁷⁵⁵. Celle-ci peut donc recourir à son propre tribunal et s'exprimer dans sa langue. En revanche, l'exequatur du jugement s'avèrera incertaine en dehors de règles conventionnelles particulières, conduisant à préférer le choix du for, solution généralement préconisée en droit international privé, au motif que le défendeur doit pouvoir plaider sur son territoire, en vue d'un meilleur examen de sa responsabilité et assurer l'exécution de la décision rendue.

La loi applicable doit ensuite être déterminée et sera généralement celle du for à condition qu'elle soit aussi protectrice que la loi de la victime. Les incertitudes trouvent également leurs sources dans un refus des juges nationaux d'appliquer les principes du droit international, généralement motivé par une expérience insuffisante en la matière⁷⁵⁶. Recourir devant le tribunal du

⁷⁵⁰ J.-M. LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement, préc.*, p. 182 et s.

⁷⁵¹ S. ALEXIEVITCH, *La supplication. Tchernobyl, chronique du monde après l'apocalypse*, Jean-Claude Lattès, Paris, 1998

⁷⁵² J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement, préc.*, p. 519-522

⁷⁵³ J. JUSTE-RUIZ, "Les considérations relatives à l'environnement dans les travaux de codification sur la responsabilité internationale de l'État", in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.181-205

⁷⁵⁴ M. PRIEUR, *Les problèmes juridiques posés par les pollutions transfrontières*, Eric Schmidt Verlag, Berlin, 1984

⁷⁵⁵ CJCE, 30 novembre 1976, *Mine de potasse d'Alsace*, 21/76, *Rec.* p.1735

⁷⁵⁶ A. REST, "Tschernobyl und die internationale Haftung: Völkerrechtliche Aspekte", *Versicherungsrecht*, 1986, p.609 ; A. REST, "Tschernobyl und die internationale Haftung: International-privatrechtliche Aspekte und Ansprüche", *Versicherungsrecht*, 1986, p.833 ; A. REST, "International Environmental Law in German Courts", *Environmental Policy and Law*, n°27, 1997, p.409 ; A. REST, "The need for an International Court for the Environment?" *Environmental Policy and Law*, n°24, 1994, p.173 ; M. R. ALBUS, "Zur Notwendigkeit eines Internationalen Umweltgerichtshofs - zugleich eine Analyse der Staatenpraxis zum Internationalen Umwelthaftungsrecht und der Rechtsschutzmöglichkeiten bei grenzüberschreitenden Umweltbeeinträchtigungen", *Kölner Schriften zu Recht und Staat*, Peter Lang Publishing Co., Frankfurt, Main, 2000 ; Workshop of the ASIL Interest Group for Environmental Law, 09/04/1997, Washington D.C. ; M. ANDERSON et P. GALIZZI, *International Environmental Law in National Courts*, in *The British Institute of International and Comparative Law*, London, 2002

Le cadre juridique de l'énergie propre

défendeur peut également s'avérer problématique en cas de complexité de la chaîne des responsabilités⁷⁵⁷. En complément des difficultés résultant de la langue étrangère, le juge peut aussi refuser l'application du droit du requérant pour des raisons d'ordre public, s'il contrarie les intérêts de l'État hôte du dommage⁷⁵⁸. Ce dernier pourra encore invoquer l'immunité de juridiction et ne pas appliquer la décision⁷⁵⁹. Les craintes peuvent enfin porter sur l'absence de certitude quant à l'impartialité du tribunal étranger. Ces considérations font état de l'insuffisance du recours national pour obtenir réparation d'un dommage résultant d'une pollution transfrontière induite par une activité énergétique.

Face à ces difficultés, des régimes spéciaux d'indemnisation ont été adoptés tels que la convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures lors de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin, la convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer des substances nocives et potentiellement dangereuses du 3 mai 1996, la convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire pour les États membres de l'OCDE, et la Convention de Vienne du 21 mai 1963 sur la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, ouverte à l'adhésion de tout État membre de l'ONU⁷⁶⁰.

Ces régimes spéciaux présentent généralement l'avantage d'une responsabilité objective, un principe de canalisation sur l'auteur du dommage, une limitation des causes d'exonération et un principe d'unicité de juridiction⁷⁶¹. En revanche, ils bénéficient souvent d'un montant de responsabilité plafonné et insuffisant, ainsi que de délais de prescription réduits. Les victimes du naufrage de l'Erika n'ont ainsi été indemnisées qu'à hauteur de 50%, de 15 à 20% dans le cas du Prestige, plusieurs années après la catastrophe⁷⁶². De plus, des organismes payeurs tels que le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL) se démarquent parfois par une certaine indécision, ce dernier s'étant avéré mauvais payeur en exigeant un montage complexe des dossiers afin d'écarter les réclamations⁷⁶³.

Cette situation rend la protection juridique internationale incertaine au titre de ces conventions spécifiques, à l'égard des individus notamment, et conduit à s'interroger sur un régime de responsabilité adapté aux dommages transfrontières liés aux activités énergétiques. Celui-ci pourrait s'inspirer de la convention de Genève du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, permettant aux personnes lésées de saisir leur

⁷⁵⁷ J.-M. LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement, préc.*, p.187-188

⁷⁵⁸ Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 1980 ; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État, préc.*, p. 117

⁷⁵⁹ A. REST, "Enhanced Implementation and Enforcement of International Environmental Laws by the Judiciary", in A.J. BRADBROOK, R. LYSTER, R.L. OTTINGER, W. XI, *The Law of Energy for Sustainable Development*, IUCN Academy of Environmental Law Research Studies, Cambridge University Press, 2006, p. 266

⁷⁶⁰ M. PRIEUR, "Pollutions transfrontières et déchets radioactifs", *Revue québécoise de droit international*, n° 2, vol. 7, 1998 ; M. PRIEUR, "Pollutions transfrontières et transfert de déchets radioactifs", *Caesura Revue critique de sciences sociales*, ULBRA, Canoas, Brésil, n° 4, 1994

⁷⁶¹ C. KROLIK, *Les responsabilités des déchets nucléaires*, Université du littoral côte d'Opale, Mémoire de DEA, 2004

⁷⁶² J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement, préc.*, p. 531

⁷⁶³ *Ibidem*, p. 532

Etat qui se charge ensuite de recourir contre l'Etat à l'origine du dommage, même si celui-ci résulte d'une activité privée⁷⁶⁴. Il présente également l'avantage de reposer sur une responsabilité objective non limitée *a priori* dans son montant. L'Etat versant les indemnisations est ensuite libre d'engager une action récursoire contre l'auteur du dommage. Selon Michel Prieur, cette mise en œuvre de la responsabilité étatique se réfère à un « *principe de bon voisinage* » selon lequel « *souverains chez eux, les États doivent faire en sorte que leurs activités ne puissent pas contaminer leurs voisins* »⁷⁶⁵.

En complément, les dommages causés par les activités énergétiques peuvent revêtir la qualification de crime d'une ampleur internationale.

b) Les crimes internationaux liés à l'énergie

Les dommages générés par les activités énergétiques peuvent dans certains cas revêtir un caractère criminel. Tel est le cas de l'article 4 de la convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL) du 2 novembre 1973, prévoyant l'adoption par les États de sanctions de nature à décourager les contrevenants éventuels, et de l'article 4 de la convention de Bamako du 30 janvier 1991 sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique, qualifiant d'illicite ces importations.

Cependant, en l'absence de régime spécifique, l'engagement d'un recours pénal peut s'avérer délicat devant les juridictions étatiques de l'auteur du dommage. Cette carence est mise en exergue dans une affaire du tribunal fédéral de San Francisco du 2 décembre 2008 ayant débouté des militants nigériens agissant contre Chevron pour une complicité d'atteinte aux droits de l'Homme, liée à l'occupation d'une plate-forme pétrolière ayant conduit à une intervention de l'armée et au décès de deux militants⁷⁶⁶. Cette situation conduit à faire état des règles existantes relatives à la justice pénale internationale⁷⁶⁷.

En ce sens, la Cour pénale internationale (CPI) fut établie le 17 juillet 1998, par la conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale et entra en vigueur le 1er juillet 2002. Elle est compétente pour juger les « *crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* »⁷⁶⁸. De multiples travaux de la Commission du droit international ont été entrepris pour la reconnaissance d'une catégorie spécifique concernant les « *crimes contre l'environnement* »⁷⁶⁹. Ces propositions

⁷⁶⁴ A. REST, "Zur Notwendigkeit eines Internationalen Umweltgerichtshofes", in G. HAFNER, G. LOIBL, A. REST, L. SUCHARIPA-BEHRMANN and K. ZEMANEK (eds.), *Liber Amicorum*, in honor of prof. I. SEIDL-HOHENVELDERN, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p.575-577 ; Voir les trois résolutions de l'Institut de droit international (IDI): résolution sur l'environnement, résolution sur les procédures d'adoption et de mise en œuvre des règles en matière d'environnement et résolution sur la responsabilité en cas de dommages causés à l'environnement, 04/09/1997 ; I. AL FALLOUJI, "La Commission de compensation des Nations Unies et le respect des principes constitutionnels et légaux en Suisse", Lettre au département fédéral suisse des affaires étrangères, 04/12/1984

⁷⁶⁵ Entretien de Michel PRIEUR dans S. MAUPAS, "Un différend entre l'Argentine et l'Uruguay relance l'idée d'un tribunal de l'environnement", *Le Monde*, 22/04/2010

⁷⁶⁶ F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (2e partie) - mai 2008 / mai 2009", *Env.*, n° 10, chron. 4, oct. 2009, n°13

⁷⁶⁷ J. VERGÈS, "Une justice internationale ?", *Gaz. Pal.*, n° 331, 27/11/2010, p.12

⁷⁶⁸ Statut de la CPI, art. 5

⁷⁶⁹ ILC, 48th session, Proposal by Mr. Christian Tomuschat on crimes against the environment, U.N. Doc. ILC(XLVIII)/DC/CRD.3 (F) ; 47th session, Report of the Working Group for inclusion of wilful and severe damage to

Le cadre juridique de l'énergie propre

n'ont pas été retenues dans le statut final de la Cour⁷⁷⁰. Cependant, la CPI peut être saisie pour les crimes de guerre qui comprennent notamment « *le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment (...) des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu* »⁷⁷¹. Le crime de génocide et le crime contre l'humanité pourraient également être adaptés à la répression d'atteintes criminelles à l'environnement, lorsque les répercussions sanitaires présentent un caractère d'une gravité exceptionnelle⁷⁷². Une incrimination spécifique pourrait enfin voir le jour sous la forme d'un « *crime contre l'environnement* » ou « *crime d'écocide* »⁷⁷³.

Cependant, le système actuel souffre de limites liées à l'impossibilité d'intenter une action contre les États, les recours étant limités à la « *responsabilité pénale individuelle* », et au fait que la CPI ne peut être saisie que par des États⁷⁷⁴. Cette situation conduit Alexandre-Charles Kiss à proposer de généraliser la responsabilité pénale aux personnes morales et d'ouvrir aux ONG la possibilité d'engager des poursuites, comme le prévoit la convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1998⁷⁷⁵.

Des régimes juridiques internationaux existent donc en vue de réparer les dommages liés aux activités énergétiques d'une ampleur internationale, même si ceux-ci pourraient être consolidés. Cette remarque conduit à s'intéresser à la capacité des personnes de saisir les juridictions internationales pour obtenir une réparation de leurs préjudices.

2) L'accès aux juridictions internationales

L'accès à la justice internationale peut être appréhendé par la voie de l'arbitrage (a) et du recours au juge (b).

a) Le recours à l'arbitrage

Il revient en principe aux populations touchées par un dommage lié à une activité énergétique située dans un État étranger de saisir le juge national pour en obtenir réparation. Cependant, cette requête risque dans de nombreux cas d'être inefficace, du fait de la technicité de la

the environment as a war crime, Report, A/51/10, 1996, chp. II(A), paras.43 and 44 ; Report, A/50/10, (F), 1995, chp. II, paras.27-143 ; Report, A/39/10, (F), 1984, chp. II, paras.10-65 ; YILC, 1980, vol. II Part two at 30-32 ; J. JUSTE-RUIZ, "Les considérations relatives à l'environnement dans les travaux de codification sur la responsabilité internationale de l'Etat", *préc.*, p. 195-205

⁷⁷⁰ O. TRIFFTERER, "Article by Article: Annotation to article 5", *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Publishing Co., Baden-Baden, 1999, p. 98

⁷⁷¹ Statut de la CPI, art. 8-2-b-iv

⁷⁷² Statut de la CPI, art. 6 et 7 ; M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, PUF, Que-sais-je ?, n°3863, 2009, p. 99-118

⁷⁷³ H. JONAS, *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, Paris, 1995, p. 180 et s. ; E. MORIN, *La méthode 2. La vie de la vie*, Le Seuil, Paris, 1980, p. 430 et s. ; R. NÉRAC-CROISIER (DIR.), *Sauvegarde de l'environnement en droit pénal*, L'Harmattan, 2005 ; D. GUILLARD, *Les armes de guerre et l'environnement naturel*, L'Harmattan, 2006

⁷⁷⁴ S. PLAWSKI, *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1972 ; J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement, préc.*, p. 546-549

⁷⁷⁵ A.-C. KISS, "Tendances actuelles et développements possibles du droit international conventionnel de l'environnement", *préc.*, p. 32

Le droit environnemental de l'énergie (droit international)

procédure, des coûts liés à l'expertise et des lenteurs de l'instruction⁷⁷⁶. En ce sens, l'affaire opposant les peuples Amazoniens et Huaorani à Texaco révèle les carences d'un tel fonctionnement. En effet, la Constitution équatorienne reconnaît au titre des droits de l'Homme, le droit de tout citoyen à un « *environnement libre de contamination* » et l'Équateur est également partie à plusieurs instruments régionaux et internationaux de protection des droits des populations indigènes. Or, une exploitation pétrolière de Texaco déversa plusieurs millions de litres de déchets toxiques, de pétrole brut et de métaux lourds dans la province d'Oriente, en forêt tropicale, rendant inutilisable l'eau disponible pour la baignade, la boisson et la pêche et conduisant à la quasi-extinction des groupes indigènes locaux⁷⁷⁷. Les faiblesses du système judiciaire national amena les peuples indigènes à saisir les Cours de New-York et du Texas sur le fondement du *forum non conveniens*, mais les actions se conclurent par un déboutement, et donc à une absence d'indemnisation faute de pouvoir accéder à un juge⁷⁷⁸.

Cet éclairage conduit à s'interroger sur la capacité des ONG à recourir à la procédure d'arbitrage international, la justification trouvant sa source dans leurs moyens techniques et financiers supérieurs à ceux des individus⁷⁷⁹. D'une manière générale, le système juridique international ne reconnaît que sectoriellement la possibilité pour les ONG de recourir à l'arbitrage international en cas de dommage environnemental généré par des activités énergétiques⁷⁸⁰. En ce sens, l'article 26 du TCE relatif au règlement des différends n'envisage cette possibilité qu'en faveur des investisseurs et le protocole sur l'efficacité énergétique n'accorde aucune prérogative supplémentaire⁷⁸¹.

Cette carence conduit à préconiser une ouverture du recours à l'arbitrage international en faveur des ONG, en cas de manquement des investisseurs à leurs obligations environnementales. L'arbitre pourrait alors fonder sa décision sur les règles environnementales du TCE auxquels il convient d'ajouter les « *principes applicables de droit international* » tels que reconnus par l'article 26-6 du TCE⁷⁸². Cette disposition permettrait en cas de carence de la législation nationale, de se fonder sur des principes internationalement reconnus tels que l'obligation de réaliser une étude d'impact environnemental, comme le prévoit la Cour internationale de justice dans l'affaire relative à l'usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay⁷⁸³.

L'accès des ONG à l'arbitrage international permettrait donc aux populations touchées par un dommage résultant d'une activité énergétique, d'obtenir réparation des préjudices. Ces modalités

⁷⁷⁶ K.S.A. EBOKU, "Oil and the Niger Delta People: the Injustice of the Land Use Act", *CEPMLP*, n° 9, 18/11/2001

⁷⁷⁷ G. SAMPSON AKPAN, "Environmental and Human Rights problems in Natural Resources Development - Implications for Investment in Petroleum and Mineral Resources Sectors", *CEPMLP*, n° 6, janv. 2000

⁷⁷⁸ Sur le concept de *forum non conveniens*: C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses universitaires d'Aix Marseille, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, thèse droit, 2000

⁷⁷⁹ T. CLAY, "Arbitrage et environnement", *Gaz. Pal.*, n° 149, 29/05/2003, p.10 s.; B. STERN, "Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, n° 22-2, 01/09/2007, p.280 -348

⁷⁸⁰ D. CARREAU, *Droit international, préc.*, p.620-629

⁷⁸¹ C. BAMBERGER, J. LINEHAN et T. WAELDE, "The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase", *CEPMLP*, n° 7, July - Dec 2000

⁷⁸² TCE, art. 26-6.

⁷⁸³ CIJ, *Affaire relative à l'usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay)*, 20/04/2010

Le cadre juridique de l'énergie propre

pourraient être prévues dans un amendement au TCE⁷⁸⁴. Dans le prolongement, l'accès des ONG au prétoire international pourrait être envisagé en recourant au juge international.

b) Le recours au juge

Depuis sa création en 1946, la Cour internationale de justice a démontré sa capacité à traiter une dizaine d'affaires environnementales⁷⁸⁵. Cependant, l'article 34 de son statut limite la capacité de recourir aux États et aux organisations internationales étatiques⁷⁸⁶. *A contrario*, les ONG n'y sont pas recevables en vertu de leur personnalité juridique de droit interne⁷⁸⁷. Cette carence conduit à l'absence de contentieux international pour des affaires aussi importantes que Tchernobyl.

Pourtant, des ONG ont démontré leur capacité à garantir une réparation du dommage environnemental généré par des activités énergétiques, par le recours juridictionnel international. L'efficacité de ce recours est révélée dans l'affaire du peuple Ogoni concernant des dommages à l'environnement et à la santé causés par des installations pétrolières⁷⁸⁸. Celle-ci impliquait un consortium pétrolier dont les activités ont causé de graves dommages à l'environnement et des problèmes de santé à la population Ogoni, du fait de la contamination de l'environnement, par le déversement de déchets toxiques dans l'air et dans les voies d'eau locales, en violation des règles internationales. Le consortium a également négligé l'entretien de ses infrastructures, provoquant une contamination de l'eau, du sol et de l'air ayant conduit à de graves conséquences sur la santé par des infections cutanées, à des maladies gastro-intestinales et respiratoires et à un accroissement des risques de cancer, des problèmes neurologiques et de reproduction. De plus, le Gouvernement nigérian avait facilité et fermé les yeux sur ces violations en mettant les pouvoirs judiciaires et militaires de l'État à la disposition des compagnies pétrolières, et s'était abstenu de surveiller les opérations pétrolières, et d'informer les communautés sur les dangers résultant de ces activités. En outre, les peuples Ogoni n'ont pas été impliqués dans la prise de décisions affectant le développement de leur terre et le Gouvernement n'exigea pas d'étude d'impact pour l'exploitation pétrolière tandis que l'armée nigériane menait des opérations brutales laissant des milliers de villageois sans domicile. La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a reconnu la responsabilité du Nigeria, considérant que « *les Gouvernements ont le devoir de protéger leurs citoyens, non seulement en adoptant des législations appropriées et en les appliquant effectivement, mais également en protégeant lesdits citoyens d'activités préjudiciables qui peuvent être perpétrées par les parties privées. Ce devoir requiert une action positive de la part des Gouvernements* ».

Dès lors, l'accès des ONG à la justice internationale s'avère souhaitable pour faire face aux

⁷⁸⁴ B. STERN, "L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur", *Revue de l'arbitrage*, n°2, 01/04/2002, p.329-345

⁷⁸⁵ S. MAUPAS, "Un différend entre l'Argentine et l'Uruguay relance l'idée d'un tribunal de l'environnement", *Le Monde*, 22/04/2010

⁷⁸⁶ E.P. NICOLOUDIS, *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public*, Papazissis, Athènes, 1974, p. 79

⁷⁸⁷ D. CARREAU, *Droit international*, Pedone, préc., p. 424-427 ; N. LEROUX, *La condition juridique des organisations non Gouvernementales internationales*, Université Panthéon Assas Paris II, thèse droit, 2010 ; L. VATNA, *La justice internationale à l'épreuve de la question environnementale - contribution à l'étude de l'adaptation du contentieux international aux mutations de l'ordre international*, Université Strasbourg III - Robert Schuman, 13/12/2007

⁷⁸⁸ *Social and Economic Right Action Center c/Nigeria*, déc. n° 155/96, 30e session, 13-27/10/2001. COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES, *Quinzième rapport annuel d'activité*, 2001-2002

Le droit environnemental de l'énergie (droit international)

carences des systèmes judiciaires nationaux et en l'absence de recours effectif devant une Cour régionale des droits de l'Homme, à l'occasion de dommages environnementaux transfrontières liés à l'énergie, ou en cas d'atteinte aux espaces non-étatisés tels que le patrimoine commun de l'humanité, la haute mer et l'Antarctique⁷⁸⁹. Bien que Hans Kelsen prévoyait dès 1944 la création d'une Cour internationale à compétence obligatoire, aucune position n'a pu aboutir en ce sens, ni de manière plus précise concernant une Cour internationale de justice pour l'environnement⁷⁹⁰. Par conséquent, des propositions d'évolution pourraient se fonder sur le statut de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) qui donne qualité pour agir aux États, aux organisations internationales et aux ONG⁷⁹¹.

L'appel porte également sur des évolutions procédurales. En effet, les frais de procédures pouvant s'avérer dissuasifs dans l'introduction d'un recours, la CPA prévoit que les coûts de l'arbitrage sont supportés par chaque partie. Un fonds d'assistance financière pour le règlement international des litiges accorde un concours financier aux États qui en font la demande, tandis qu'une extension est prévue en faveur des acteurs non-étatiques⁷⁹². Alors que la CIJ siège en principe à La Haye, la CPA offre davantage de flexibilité quant au lieu de déroulement du litige⁷⁹³. Contrairement aux procédures de la CIJ qui peuvent souffrir de lenteurs, les règles du CPA sont établies pour permettre un règlement des litiges dans de brefs délais. Des améliorations pourraient s'inspirer de la procédure d'arbitrage dite « *fast-track* », celle-ci consistant à trancher les litiges selon des procédures accélérées, l'objet étant de raccourcir les délais de procédure, tout en offrant les garanties procédurales habituelles telles que l'échange de deux à trois mémoires, le recours aux témoignages et la production de pièces parfois forcée⁷⁹⁴.

Cette méthode présente l'avantage d'un prononcé de la sentence entre deux et quatre mois, supprimant la nécessité de recourir à des mesures provisoires destinées à régir les relations entre les parties. Elle s'avère particulièrement efficace sous l'égide du tribunal arbitral du sport à l'occasion des jeux olympiques où les arbitres sont amenés à statuer en quelques heures. Le tribunal peut encore se constituer rapidement en cas de désaccord des parties sur les arbitres. Enfin, la CPA présente davantage de la clarté relativement à l'expertise, en permettant de recourir à un panel de scientifiques⁷⁹⁵.

Les règles procédurales de la CIJ pourraient ensuite intégrer les règlements alternatifs des différends mis en œuvre dans le cadre de la CPA, en permettant l'établissement de commissions d'enquête, de médiation et de conciliation. En ce sens, Alexandre-Charles Kiss proposait un organe

⁷⁸⁹ J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement, préc.*, p.508 ; J.-M. LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement, préc.*, p. 125-126 ; D. SHELTON, "The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings", *AJIL*, 1994, p.616

⁷⁹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (III) la refondation du pouvoir*, Seuil, la couleur des idées, éd., 2007, p. 74 ; D.S. RUBINTON, "Toward a recognition of the rights of non-states in international environmental law", *Race environmental Law review*, vol. 9(2), 1992, p.475-494 ; K. MCCALLION, "International environmental justice: Rights and remedies", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 26(3), 2003, p.427-443 ; www.icef-court.org

⁷⁹¹ CPA, règles optionnelles 01/07/1996 ; règles optionnelles de conciliation, 01/07/1996

⁷⁹² Références 1995 PCA financial assistance fund for settlement of international disputes

⁷⁹³ Statut de la CIJ, art. 22

⁷⁹⁴ T. PORTWOOD et A. PINNA, "L'arbitrage dit *fast-track*", *JCP G*, n°42, 12/10/2009, p.58-59

⁷⁹⁵ *Ibidem*, art.27§5 et art. 8§3

Le régime juridique de l'énergie propre

universel de conciliation s'inspirant de celui applicable devant l'OMC⁷⁹⁶. Ce procédé pourrait prévenir les manquements au droit international ainsi que le contentieux, par une phase préalable de règlement alternatif du différend.

Ces évolutions revaloriseraient la place du juge qui poursuit des finalités extérieures à l'arbitre. Alors que l'arbitre est l'organe des parties qui l'élisent et tranche en leur nom, la collectivité institutionnalise la fonction du juge qui statue en son nom, pour la paix sociale. Le juge exerce une fonction qui n'est pas seulement un pouvoir, mais aussi un devoir, au regard des finalités de sa fonction⁷⁹⁷. Par conséquent, la Cour internationale de justice pourrait être dotée de moyens permettant d'en faire une véritable juridiction universelle, afin de garantir une réparation des dommages environnementaux générés par les activités énergétiques, et plus largement assurer une cohérence des espaces juridiques pour un « *pluralisme ordonné* »⁷⁹⁸.

Ces développements font état d'un cadre juridique international spécifique aux considérations environnementales du secteur énergétique, tant sur le plan conceptuel qu'institutionnel. Ils appellent une poursuite de l'analyse en s'intéressant au régime juridique applicable dans ce domaine.

2/ Le régime juridique de l'énergie propre

Les règles environnementales du droit international de l'énergie présentent un caractère embryonnaire. Dès lors, la transition vers une énergie propre à laquelle appelle Ban Ki-Moon impliquerait une consolidation de ce *corpus juris*. Ce constat conduit à faire état des dispositions embryonnaires applicables (I) puis à proposer des voies de consolidation en faveur d'une législation internationale sur l'énergie propre (II).

I. Un système embryonnaire

Les dispositions environnementales du droit international de l'énergie reposent sur un cadre structurel (A) sur lequel s'établissent une série de règles substantielles (B).

A. Un cadre structurel

La création normative internationale repose sur une base commune (1) mais présente un contenu insuffisant (2).

⁷⁹⁶ A.-C. KISS, "Tendances actuelles et développements possibles du droit international conventionnel de l'environnement", *préc.*, p. 33

⁷⁹⁷ R. KOLB, "Théorie du *ius cogens* international", *RBDI*, n° 1, 2003, p.36-37

⁷⁹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006 ; G. GUILLAUME, "La CIJ, cour suprême mondiale?" ; R. ABRAHAM, "La CIJ, un juge constitutionnel?", R. CHEMAIN et A. PELLET (DIR.), *La Charte des Nations Unies constitution mondiale?*, Pedone, 2006 ; S. KARAGIANNIS, "La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique?", Colloque de la Société française pour le droit international, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003 ; H. ASCENCIO, "La notion de juridiction internationale en question", O. DELAS, R. CÔTÉ, F. CRÉPEAU et P. LEUPRECHT (DIR.), *La juridictionnalisation du droit international*, Bruylant, 2005 ; Voir également: les travaux de la CDI, en particulier le rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international établi sous sa forme finale par M. Koskenniemi A/CN.4/L.682 (2006), ainsi que les discours prononcés par G. GUILLAUME, Président de la CIJ, le 26 octobre 2000 devant l'AG-ONU ; devant la sixième Commission de l'AG-ONU le 27 octobre 2000 et le 31 octobre 2001

1) Une base commune

L'intervention normative internationale dans le secteur environnemental de l'énergie repose sur l'énergie propre (a) et donne naissance à une série d'objectifs communs (b).

a) L'énergie propre comme support de l'intervention normative internationale

Le droit international de l'énergie dans le domaine environnemental prend la forme d'un corps de règles fondé sur l'énergie propre. Cette conception trouve sa justification à plusieurs titres.

Tout d'abord, l'énergie propre se présente comme une condition de l'accès à l'énergie. L'exégèse porte sur des considérations quantitatives, dans la mesure où cet objectif ne peut être satisfait à partir d'énergies minières en voie d'épuisement alors que la demande d'énergie progresse inexorablement. Les limites portent sur des raisons physiques (le marché ne produit pas suffisamment de ressources) et financières (la raréfaction des ressources entraîne une augmentation du prix de l'énergie, excluant les plus démunis). L'énergie propre conditionne aussi l'accès à l'énergie pour des raisons qualitatives puisque si les réserves d'énergie minière pourraient satisfaire les besoins mondiaux en énergie pendant plusieurs décennies, leur usage pourrait perturber la biosphère et les conditions de vie humaine de manière irréversible.

Ce postulat repose ensuite sur un ensemble de travaux scientifiques démontrant la capacité du système énergétique à évoluer vers une sobriété des consommations et un recours accru aux énergies renouvelables. En ce sens, le Conseil européen des énergies renouvelables met en exergue le potentiel de ces sources, générant 3078 fois les besoins mondiaux actuels en énergie tandis que les techniques actuelles permettraient déjà de satisfaire 5,9 fois la demande mondiale⁷⁹⁹. Il se justifie également au regard de la maturité technologique des instruments de production⁸⁰⁰. En ce sens, le GIEC reconnaît que près de 80% de l'approvisionnement énergétique mondial pourrait être assuré à partir de sources renouvelables d'ici 2050, à condition que des politiques publiques soient mises en œuvre en ce sens. Le GIEC ajoute que les investissements réalisés dans les énergies renouvelables permettraient de réduire davantage les émissions de gaz à effet de serre que ceux relatifs à l'énergie nucléaire et au captage et stockage de CO₂⁸⁰¹. Alors qu'un statu quo énergétique mènerait à des émissions mondiales annuelles de 50 gigatonnes pour le secteur énergétique d'ici 2050, un investissement égal à 2% du PIB mondial à destination de l'énergie propre les réduirait à 20 gigatonnes⁸⁰².

Or, cette transformation de la structure énergétique peut dès à présent être relevée dans certains États comme le Portugal, dont la part des énergies renouvelables dans la production d'électricité est passée de 17 % à 45 % entre 2005 et 2010⁸⁰³. Dans le même sens, alors que la

⁷⁹⁹ EUROPEAN RENEWABLE ENERGY COUNCIL, *[R]évolution énergétique vers un avenir énergétique propre et durable*, janv. 2007

⁸⁰⁰ UNDESA, *Étude sur la situation économique et sociale dans le monde, 2011 : la grande transformation technologique pour une économie verte, aperçu général*, 2011, p. 7

⁸⁰¹ IPCC, *Special Report on Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation, Final release*, 2011, pt. 10.2.2.4

⁸⁰² UNEP, *Vers une économie verte - Pour un développement durable et une éradication de la pauvreté - Synthèse à l'intention des décideurs*, 2011, p. 26

⁸⁰³ UNDESA, *Étude sur la situation économique et sociale dans le monde, 2011 : la grande transformation*

Le régime juridique de l'énergie propre

consommation mondiale d'énergie continue à progresser, celle de l'Union Européenne a décliné de 1,1% entre 2009 et 2010, pour la quatrième année consécutive⁸⁰⁴. De plus, l'énergie propre contribue à renforcer la sécurité énergétique en recourant à des sources d'énergies locales.

Enfin, les investissements réalisés dans l'énergie propre sont perçus comme un moyen de promouvoir la croissance économique⁸⁰⁵. En effet, en dépit de la crise économique mondiale, ce secteur s'avère florissant. Les investissements réalisés en 2010 atteignaient une hausse record de 180-200 milliards de dollars contre 162 milliards en 2009 et 173 en 2008⁸⁰⁶. Dans la durée, les secteurs de l'économie verte connaissent une croissance plus rapide que l'économie traditionnelle tout en entretenant et en restaurant le capital naturel⁸⁰⁷. De 2002 à mi-2009, le total des investissements dans les énergies renouvelables a atteint un taux de croissance annuel composé de 33 %⁸⁰⁸. Or, les potentiels de croissance dans ce secteur demeurent considérables puisque les coûts de remplacement globaux des combustibles fossiles existants et des centrales nucléaires oscillent au minimum entre 15 000 et 20 000 milliards de dollars, soit entre un quart et un tiers des revenus mondiaux⁸⁰⁹. Selon le PNUE, une transition vers l'énergie propre se traduirait simultanément par une hausse de 20 % des emplois par rapport au maintien du statu quo d'ici 2050, une croissance économique solide et la réduction des émissions⁸¹⁰. De plus, les technologies renouvelables s'avèrent encore plus concurrentielles lorsque le coût sociétal des énergies minières est pris en compte.

Cette prise de conscience du caractère fondamental de l'énergie propre amène la communauté internationale à l'appréhender comme une base de son intervention normative. Cette conception se manifeste dans le rôle central qui lui est accordée en consacrant 2012 « *Année internationale de l'énergie durable pour tous* ». Elle se révèle également dans la déclaration de Rio+20 : l'avenir que nous voulons, mentionnant le rôle capital de l'accès à des services énergétiques modernes et durables pour aider à lutter contre la pauvreté, sauver des vies, améliorer la santé et subvenir aux besoins fondamentaux de l'être humain⁸¹¹. Elle se décline enfin sous la forme d'objectifs spécifiques pour assurer son effectivité.

b) Des objectifs communs

La déclaration de Rio+20 : l'avenir que nous voulons fut l'occasion d'adopter des objectifs communs concernant l'énergie propre. En ce sens, les Etats reconnaissent la nécessité de s'engager

technologique pour une économie verte, aperçu général, 2011, p. 14

⁸⁰⁴ Worldwatch Institute, *Global Oil Market Resumes Growth after Stumble in 2009*, August 2011

⁸⁰⁵ C. de PERTHUIS, *Trajectoires 2020 – 2050 vers une économie sobre en carbone*, oct. 2011

⁸⁰⁶ UNEP/SEFI, *Global Trends in Sustainable Energy Investment 2010: Analysis of Trends and Issues in the Financing of Renewable Energy and Energy Efficiency*, Paris, 2010, p. 13

⁸⁰⁷ PNUE, *Vers une économie verte - Pour un développement durable et une éradication de la pauvreté - Synthèse à l'intention des décideurs*, 2011, p. 26

⁸⁰⁸ UNEP/SEFI, *Global Trends in Sustainable Energy Investment 2010: Analysis of Trends and Issues in the Financing of Renewable Energy and Energy Efficiency*, Paris, 2010, p. 13

⁸⁰⁹ DAESNU, *Étude sur la situation économique et sociale dans le monde, 2011 : la grande transformation technologique pour une économie verte, aperçu général*, 2011, p. 13 ; IEA, *World Energy Outlook 2006*

⁸¹⁰ PNUE, *Vers une économie verte - Pour un développement durable et une éradication de la pauvreté - Synthèse à l'intention des décideurs*, 2011, p. 14

⁸¹¹ Conférence des Nations unies sur le développement durable, *Rio+20 : L'avenir que nous voulons*, Rio de Janeiro, Brésil, 20-22 juin 2012, §125

dans une utilisation accrue d'énergie renouvelable, des technologies à faible émission de carbone, et un usage plus rationnel de l'énergie⁸¹². Ils conviennent également de réaliser l'Initiative lancée par le Secrétaire général des Nations unies en faveur de l'énergie durable pour tous, fondée sur trois objectifs pour 2030 : l'accès universel aux services énergétiques modernes, un doublement du taux d'amélioration de l'efficacité énergétique, et un doublement de la part d'énergie renouvelable dans le bouquet énergétique mondial⁸¹³. Ils mettent l'accent sur le besoin de renforcer les moyens permettant de rendre l'énergie accessible aux plus pauvres, même si ceux-ci ne peuvent payer les prestations⁸¹⁴. Une originalité du texte réside enfin dans la méthode, par la reconnaissance d'une nécessaire intégration des considérations énergétiques dans les politiques sectorielles telles que l'aménagement urbain, le bâtiment et les transports, la production de biens et services, et la recherche⁸¹⁵.

Ces objectifs présentent un caractère essentiel en précisant les orientations du système juridique international pour les prochaines décennies et en mettant en exergue les carences des instruments existants concourant à leur réalisation.

2) Des règles à renforcer

En posant les bases d'une « *communauté paneuropéenne de l'énergie* » et en fixant « *un cadre juridique destiné à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie* », le TCE se présente comme un instrument de référence pour mettre en œuvre les objectifs du droit international de l'énergie (a)⁸¹⁶. L'interrelation des droits de l'énergie et de l'environnement dans la réalisation de l'énergie propre conduit également à faire état du projet d'accord cadre sur le droit international de l'environnement (b).

a) Les dispositions environnementales du traité sur la Charte de l'énergie

Les dispositions environnementales du TCE figurent dans l'article 19 et dans le protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes. Bien que le concept d'énergie propre n'apparaisse pas expressément, l'article 19 promeut plusieurs de ses critères par référence aux principes du droit de l'environnement ou à leur contenu. Il requiert des « *mesures préventives pour empêcher ou réduire à un minimum les dommages à l'environnement* » et « *le support du coût de la pollution par le pollueur* ». Concernant l'information environnementale, les parties « *favorisent la sensibilisation du public à l'impact environnemental des systèmes énergétiques* ». L'article 19 se réfère également à « *l'évaluation transparente, à un stade précoce et préalable à toute décision, et le contrôle ultérieur de l'impact environnemental des projets d'investissement en matière d'énergie qui présente un intérêt significatif pour l'environnement* ». Il met en œuvre des critères spécifiques à l'énergie propre, en précisant que les États « *favorisent l'utilisation de ces technologies, services et pratiques de gestion dans l'ensemble du cycle énergétique* ». Le traité se réfère à l'intégration énergétique par l'obligation de réduire à un minimum « *tout impact nuisible à*

⁸¹² *Ibidem*, §127 et 128

⁸¹³ *Ibidem*, §129

⁸¹⁴ *Ibidem*, §127

⁸¹⁵ *Ibidem*, §128

⁸¹⁶ TCE, art. 2 ; "La politique énergétique dans l'Union européenne", *Énergie en Europe*, 1995, n°25, p.119

Le régime juridique de l'énergie propre

l'environnement » et « *une formation des prix axée sur le marché et une meilleure prise en considération des coûts et des avantages environnementaux sur l'ensemble du cycle énergétique* ». Ces critères doivent être pris en considération « *lors de la formulation et de la mise en œuvre [des] politiques énergétiques* ». Le TCE vise enfin « *l'amélioration de l'efficacité énergétique, le développement et l'utilisation des sources d'énergie renouvelable, la promotion de l'utilisation de combustibles plus propres et l'emploi de technologies et de moyens technologiques qui réduisent la pollution* ».

Le protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes promeut quant à lui un renforcement des cadres juridiques nationaux et la coopération internationale dans ce domaine, et prévoit la production de rapports nationaux sur la mise en œuvre de ces objectifs⁸¹⁷. En complément, certains États s'engagent volontairement dans la publication de rapports sur les bonnes pratiques nationales, eux-mêmes complétés par des rapports thématiques de la Conférence⁸¹⁸.

Le TCE semble donc concourir à des activités énergétiques respectueuses de l'environnement mais l'efficacité de ces mesures demeure apparente. Une lacune essentielle réside dans leur caractère incitatif révélé dans les termes « *promeuvent* », « *incitent* », « *encouragent* », manifestant une portée peu contraignante. Ce caractère tranche avec les dispositions impératives de la partie économique du traité, conduisant Walid Ben Hamida à déclarer que « *l'article 19, intitulé "aspects environnementaux", et le protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes ne formulent que des obligations de moyens, des simples déclarations de bonne volonté qui ne sont pas visées par l'arbitrage de l'article 26* »⁸¹⁹. De plus, lorsqu'un conflit normatif apparaît avec les règles du GATT, l'article 4 précise que ces dernières prévalent.

Par conséquent, en plus des renforcements précédemment préconisés en matière d'accès des ONG à la justice internationale, le TCE et son protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes pourraient être amendés afin de concourir aux objectifs du droit international de l'énergie avec davantage d'efficacité. En ce sens, les dispositions pourraient se référer explicitement à l'énergie propre et à l'obligation de réaliser un bilan énergétique pour tout projet d'activité est susceptible d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie. Il pourrait également intégrer des mesures incitatives et contraignantes proposées dans la seconde partie de cette section. Il pourrait enfin préciser les modalités de leur mise en œuvre en se fondant sur le principe de responsabilité commune mais différenciée, en faisant contribuer prioritairement les États développés tandis qu'une assistance dans cette reconversion pourrait être sollicitée par les États en développement.

En complément, la mise en œuvre des objectifs du droit international de l'énergie pourraient

⁸¹⁷ PEEEC, art. 10 al. 2 ; J. H. KEPPLER et C. SCHÜLKE, "Investir dans le secteur de l'énergie : une question de gouvernance", *préc.*, p. 154

⁸¹⁸ Voir également l'annexe du TCE: Liste illustrative et non exhaustive des domaines de coopération possibles, en vertu de l'art. 9 ; données disponibles sur www.encharter.org

⁸¹⁹ W. BEN HAMIDA, "La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements", *JDI*, n° 4, oct. 2008, doct. 10. ; sur le laconisme des dispositions environnementales : R. BABADJI, "Le Traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994)", *préc.* ; T. WÄLDE, "Sustainable development and the 1994 Energy Charter Treaty : Between Pseudo-action and the management of environmental investment risk", in F. WEISS, E. DENTERS et P. de WARRT, *International economic law with a human face*, Kluwer, 1998, p.244

être renforcée par l'adoption du projet d'accord cadre sur le droit international de l'environnement..

b) Le projet d'accord cadre sur le droit international de l'environnement

L'énergie propre implique l'action conjuguée des droits de l'énergie et de l'environnement. Or, cette réalisation se heurte à un problème de taille : le système organisationnel demeure morcelé, sectoriel et caractérisé par une persistance des organisations obsolètes⁸²⁰. Dès lors, le président de la Cour internationale de justice appelle un « *ordre juridique international* » et attire l'attention sur les risques liés à la fragmentation du système actuel. Ce phénomène se manifeste particulièrement dans le droit de l'environnement fondé sur plus de 500 traités internationaux, conduisant le directeur exécutif du PNUE, Achim Steiner, à considérer qu' « *il n'y a pas de pilote dans l'avion* »⁸²¹.

Ce constat est à l'origine du projet de convention internationale de l'UICN sur l'environnement et le développement visant à regrouper de multiples traités internationaux dans un instrument unique⁸²². Ce travail a bénéficié de trois révisions et se présente comme une codification des principes environnementaux acceptés par consensus depuis la conférence de Stockholm, des principes complémentaires visant un développement durable tels que le droit au développement et la protection des populations indigènes, des règles sectorielles sur la protection de l'environnement, et des dispositions sur l'application, le suivi et les recours applicables dans ce domaine.

Une rationalisation de ces dispositions dans un instrument unique renforcerait l'effectivité du droit international de l'environnement en disposant de règles claires, communes et justiciables. Elle servirait également l'énergie propre en encadrant les nuisances environnementales générées par les activités énergétiques. Elle renforcerait enfin la base juridique commune sur laquelle se développe un cadre substantiel sur l'énergie propre.

B. Un cadre matériel

Des règles propres au secteur environnemental de l'énergie émergent dans le système juridique international. Elles prennent la forme d'un principe d'évaluation énergétique des traités internationaux (1) et de normes techniques spécifiques à l'énergie (2).

1) Un principe d'évaluation énergétique des traités internationaux

Le droit international ne reconnaît pas explicitement de principe d'évaluation énergétique des traités internationaux. Néanmoins, celui-ci pourrait prochainement émerger dans le prolongement de la jurisprudence internationale, sous la forme d'une norme du droit impératif (a). Cette remarque amène à préciser la portée juridique qu'induirait cette qualification (b).

⁸²⁰ Sur les problèmes induits par l'absence de coordination de la gouvernance globale de l'énergie: T. WÄLDE, "Law, Contract & Reputation in International Business: What works?", *CEPMLP*, n°3, 1998 ; sur la survie des organisations énergétiques obsolètes: T. WÄLDE, "The role of selected international agencies in the formation of international energy law and policy towards sustainable development", *préc.*, p. 171 et s.

⁸²¹ "Trop de conventions sur l'environnement nuit à l'environnement disent les experts", *Le Monde*, 24/02/2011, www.lemonde.fr

⁸²² IUCN, Draft International Covenant on Environment and Development, Fourth Edition, Environmental Policy and Law Paper No. 31 Rev. 3, 2010 ; Pacte sur l'environnement et le développement, élaboré à l'occasion de la troisième réunion mondiale des juristes de l'environnement, 2011, www.cidce.org

a) Une norme du droit impératif ?

L'évaluation énergétique des traités internationaux constitue un enjeu fondamental pour une réalisation effective de l'énergie propre. La justification tient au nombre de ces instruments, l'étendue de leur champ d'application et leur impact énergétique potentiellement important, la libéralisation du commerce international étant susceptible d'accroître les déplacements à grande échelle. Cependant, pour être juridiquement contraignante en dehors de tout cadre conventionnel et revêtir un caractère obligatoire à l'égard des traités internationaux, l'obligation de procéder à un bilan énergétique préalablement à leur adoption devrait bénéficier d'une « *supra-conventionalité* »⁸²³. Ce fondement trouverait sa source dans le droit impératif ou *jus cogens* tel qu'il figure aux articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸²⁴. La Cour internationale de justice s'est référée à ce traité dans plusieurs affaires sans rechercher si les parties en présence y étaient membres, ce qui semblerait lui conférer une place dans la coutume internationale. Dans l'arrêt relatif au projet *Gabčíkovo-Nagymaros*, elle affirme « *qu'à plusieurs reprises déjà elle a eu l'occasion de dire que certaines des règles énoncées dans ladite convention pouvaient être considérées comme une codification du droit coutumier existant* »⁸²⁵. Or, selon la Convention de Vienne, « *une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* »⁸²⁶.

L'obligation de réaliser une évaluation énergétique des traités pourrait être rattachée à la catégorie des principes généraux du droit international qui trouvent leurs sources essentielles dans la jurisprudence et dans la diplomatie normative des États⁸²⁷. Ces principes constituent selon Pierre-Marie Dupuy « *des principes supérieurs du droit international général, validés davantage par leur légitimité sociale que par leur respect actif de la part des États* »⁸²⁸. Ils sont caractérisés par une autonomie vis à vis des principes coutumiers, disposent d'une vie propre et sont opposables aux

⁸²³ G. ANDERSON, *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, 2005

⁸²⁴ D. SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization*, Cambridge University Press, 2008 ; G. ZACCARDI CAPPALDO, *The Pillars of Global Law*, Ashgate, 2008 ; J. D'ASPREMONT, "Contemporary International Rulemaking and the Public Character of International Law", in New-York University, *IILJ Working Paper*, 2006 ; J.-B. AUBY, "Global Public Goods and Global Administrative Law", in G. ANTHONY, J.-B. AUBY, J. MORISON et T. ZWART (DIR.), *Values in Global Administrative Law*, Hart Publishing, 2010

⁸²⁵ Un tiers des États n'ont pas signé la dite convention dont la France et les États-Unis. Pour une critique de la légitimité de la convention de Vienne et le droit impératif : M.J. GLENNON, "De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*)", *RGDIP*, n°3, 2006. C.I.J Recueil 1997, p. 38, par. 46 ; K. ZEMANEK, « La Convention de Vienne sur le droit des traités », *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009, www.un.org/law/avl, p. 3

⁸²⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art. 53; Sur le même thème J.A. CARRILLO-SALCEDO, "Droit international et souveraineté des États", *RCADI*, n°IV, t. 258, 1996, p.135

⁸²⁷ V. SAINT JAMES, "Sujets et sources du droit international public: Les autres sources du droit international public", *UNJF*, sept. 2009 ; D. CARREAU, *droit international, préc.*, p. 289 et s.

⁸²⁸ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, 10è. éd., 2010, p. 380 ; P.-M. DUPUY, "L'unité de l'ordre juridique international", *RCADI*, n°297, 2002, p. 269-306 ; E. P. NICOLOUDIS, *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public*, Papazissis, Athènes, 1974, p. 207: « *Dans l'esprit de la Convention, bien que la thèse contraire a été vigoureusement soutenue au sein de la Convention, le caractère d'ordre public d'une norme ne dépend pas de la participation à son élaboration de tous les États membres de la communauté mondiale* ».

sujets de droit⁸²⁹. Robert Bolt indique qu' « *il est aussi des normes de nature structurelle consubstantielles à l'ordre social et juridique d'une époque et d'une société. Elles peuvent changer; mais à un moment donné elles se présentent comme impératives* »⁸³⁰. En ce sens, l'article 26§6 du TCE précise que le tribunal arbitral statue sur les questions litigieuses conformément aux dispositions du traité et aux « *règles et principes applicables de droit international* ».

La légitimité de l'évaluation énergétique tient à la prévalence de la protection de l'environnement, justifiée par Mahfoud Ghezali par le fait que « *sans un environnement de qualité suffisante et sans le développement durable, la déclaration universelle des droits de l'homme ne pourra jamais être mise en œuvre* »⁸³¹. Dans le prolongement, Alexandre-Charles Kiss appelait une codification des principes du droit international et « *la primauté de ces principes par rapport à toute autre règle internationale* »⁸³². Cette conditionnalité environnementale est reconnue par la Cour internationale de justice qui considère que « *l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée* »⁸³³.

Dès lors, l'obligation d'évaluer l'impact énergétique des traités internationaux pourrait s'inscrire dans le prolongement de cette jurisprudence, du droit positif contemporain de caractère humanitaire, et ainsi compléter le socle constitutionnel du système juridique international⁸³⁴. Cette exégèse conduit à s'interroger à la portée juridique de cette qualification.

b) La portée juridique de cette qualification

L'article 66-a de la Convention de Vienne donne compétence en matière de méconnaissance du droit impératif à la Cour internationale de justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de le soumettre à l'arbitrage. Son article 53 précise qu' « *est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général* ». Dès lors, un traité intervenant postérieurement au droit impératif serait sanctionné d'une nullité *ex tunc* paralysant l'accord dès son origine. En revanche, selon l'article 64 : « *si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin* ». Dans ce cas, il s'agit d'une nullité *ex nunc* « *stérilisant* » l'accord pour l'avenir. La nullité constitue la sanction la plus grave du droit international et se justifie par la gravité des valeurs éthiques transgressées⁸³⁵.

⁸²⁹ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, 9 ed, 2008, p. 355 à 363

⁸³⁰ R. KOLB, "Théorie du *ius cogens international*", *RBDI*, n° 1, 2003, p.5-55

⁸³¹ M. GHEZALI citant la directrice du PNUE dans "Les nouveaux droits fondamentaux de l'homme", *Vers un nouveau droit de l'environnement ? Réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement*, CRIDEAU, Université de Limoges et CIDCE, 2003, p.87, www.cidce.org ; J.-M. LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement*, *préc.*, p. 156-158

⁸³² A.-C. KISS, "Tendances actuelles et développements possibles du droit international conventionnel de l'environnement", *préc.*, p. 31

⁸³³ CIJ, *Affaire relative à l'usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *préc.*, §204 ; J. SOHNLE, "L'arrêt des usines de pâte à papier de la CIJ du 20 avril 2010: un mode d'emploi des obligations procédurales sans peine", *préc.*, p. 612

⁸³⁴ J. KLABBERS, A. PETERS et G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2009, p. 26; D. CARREAU, *Droit international*, Pedone, *préc.*, p.73-90

⁸³⁵ D. CARREAU, *Droit international*, *préc.*, p. 85

Le régime juridique de l'énergie propre

La menace de nullité qu'entraînerait le principe d'évaluation énergétique au regard de la sécurité juridique, notamment en cas d'apparition postérieure aux accords, justifie le régime juridique aménagé de l'article 63. En effet, la Commission du droit international, après de vives discussions, aboutit à un compromis acceptant la divisibilité de l'acte lorsque le cas tombe dans le cadre de l'article 64⁸³⁶. Cette divisibilité est soumise aux quatre conditions de l'article 44§3 : la cause de nullité doit être attachée à certaines seulement des clauses du traité, ces clauses doivent être quant à leur exécution séparables du reste du traité, elles ne doivent pas être considérées par l'autre partie au traité comme une base de ce dernier en ce sens qu'elle considérerait le traité en bloc comme non-conclu s'il arrivait que celles-ci se révélèrent être nulles, il ne doit pas être injuste de continuer d'exécuter ce qui subsiste du traité.

Cette solution peut être accueillie favorablement puisque les conventions n'ont en principe pas fait l'objet d'une évaluation énergétique. De plus, cette évaluation constituant un principe méthodologique, les parties ont en principe conclu des traités dans un but extérieur à celui-ci, ce qui justifierait la poursuite de l'accord. Inversement, les clauses qui s'avèreraient contraire au principe pourraient être annulées par le juge, les autres dispositions de l'accord demeurant valides. L'article 69§2b ajoute que les actes accomplis de bonne foi dans le cadre dudit accord demeurent valides. Enfin, selon l'article 71§1a, les mesures adoptées sur le fondement des dispositions annulées doivent être éliminées « *dans la mesure du possible* ».

En plus de l'annulation de l'accord, les États parties sont également susceptibles d'engager leur responsabilité⁸³⁷. En effet, conformément à l'article 1 du projet de codification du droit de la responsabilité de la Commission du droit international : « *tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale* », le fait illicite étant défini par l'article 3 comme un « *comportement* » attribuable à l'État qui « *constitue une violation d'une obligation internationale* », ce comportement pouvant être une action ou une omission. En complément, l'autre État doit avoir subi un « *dommage, soit directement, soit dans le chef de ses ressortissants* ». Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la Cour internationale de justice précise que la « *responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché, elle ne l'est que si un droit est violé* »⁸³⁸. Par conséquent, un État qui estimerait que l'absence d'évaluation énergétique d'un traité international lui porte un dommage direct pourrait en demander réparation devant la CIJ ou par voie d'arbitrage⁸³⁹. La Commission du droit international reconnaît également « *la faculté pour l'État lésé lui même ou pour d'autres sujets d'infliger à l'État coupable une sanction admise par le droit international* »⁸⁴⁰. Dès lors, l'État pourrait également obtenir réparation de son préjudice, en sanctionnant l'État coupable en dehors de la voie juridictionnelle, à condition que la sanction infligée soit reconnue en droit international⁸⁴¹.

La reconnaissance du concept d'énergie propre dans le système juridique international

⁸³⁶ ILC, *Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur*, n°11, 1953, p. 105 ; P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, Paris, 1969

⁸³⁷ R. ARGO, "Nouvelles réflexions sur la codification du droit international", *RGDIP*, 1988, p.539

⁸³⁸ CIJ, *Barcelona traction, light and power company, limited, préc.*

⁸³⁹ E. DECAUX, *Droit international public*, Dalloz, 6è. éd., 2008, n°98-100

⁸⁴⁰ *Annuaire CDI*, 1973, II, p. 178

⁸⁴¹ P.-M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international, préc.*, p. 354-398

pourrait donc faire émerger un principe d'évaluation énergétique des traités internationaux revêtant le caractère de règle du droit impératif. Cette reconnaissance s'inscrirait dans un mouvement de consolidation juridique de ce concept et conforterait le cadre structurel dans ce domaine. Il compléterait également une seconde série de sources résultant de la normalisation technique de l'énergie.

2) La normalisation technique de l'énergie

Une normalisation technique sur l'énergie propre s'affirme à l'échelle internationale, sous la forme d'un socle de règles spécifiques. Cette remarque conduit à faire état du dispositif applicable (a) et à préciser sa fonction de source supplétive du droit international (b).

a) Des règles propres à l'énergie

La normalisation technique correspond au processus de rédaction et de publication de standards destinés à l'industrie et aux activités de services. Elle établit un référentiel commun et documenté permettant d'harmoniser l'activité d'un secteur. Elle peut également être reprise par le droit comme un minimum à respecter, pour bénéficier d'une autorisation d'activité ou d'une mise sur le marché. Une normalisation technique audacieuse peut donc contribuer efficacement à la diffusion de technologies propres. En ce sens, l'article 19 du TCE promeut son recours en disposant que les parties contractantes « *encouragent la coopération dans la réalisation des objectifs environnementaux de la Charte et la coopération dans le domaine des normes environnementales internationales applicables au cycle énergétique, compte tenu des différences qui existent entre les parties contractantes quant aux effets néfastes et aux coûts de réduction* ».

Une originalité résulte de son processus d'adoption, puisqu'une norme est en principe établie « *avec la coopération et le consensus ou l'approbation générale de toutes les parties intéressées, fondé sur les résultats conjugués de la science, de la technologie et de l'expérience, visant à l'avantage optimal de la communauté dans son ensemble et approuvé par un organisme sur le plan national, régional ou international* »⁸⁴². Elle est principalement élaborée par l'Organisation internationale de normalisation (ISO), ONG bénéficiant du soutien de plus de 140 États. Fondée en 1946, l'ISO promeut la standardisation et les activités liées, en vue de faciliter l'échange international de biens et de services⁸⁴³. Ses travaux sont à l'origine de standards de performance énergétique sectoriels et s'étend désormais au management énergétique dans le cadre de la norme ISO 50001, susceptible de concerner plus de 60% de la demande énergétique mondiale⁸⁴⁴.

Un deuxième intérêt réside dans sa plasticité puisque si elle peut s'appliquer aux projets d'échelle micro-économique comme l'entreprise, les biens, et les services, elle peut également concerner les projets macro-économiques étatiques nationaux et internationaux. En ce sens, le Conseil Mondial de l'Énergie et l'ADEME travaillent depuis 1992 sur un projet commun de « *politiques et indicateurs d'efficacité énergétique* » dont l'objectif est de parvenir à un accord

⁸⁴² J. ARNAL, "Les normes éthiques comme biens publics : la question du développement économique", CNRS, *Cahiers de la MSE*, n° 73, 2005

⁸⁴³ A.S WAWRYK, "International Environmental Standards in the Oil Industry: Improving the Operations of Transnational Oil Companies in Emerging Economies", *CEPMLP*, n° 13, 2002

⁸⁴⁴ *Win the energy challenge with ISO 50001*, 2011, www.iso.org

Le régime juridique de l'énergie propre

mondial sur la mesure des consommations d'énergie des centres de données⁸⁴⁵.

La normalisation présente enfin l'originalité d'être progressivement appréhendée comme une source supplétive du droit international.

b) Une source supplétive du droit international

La normalisation internationale s'apparente à une réglementation internationale parce qu'elle précise et comble les vides juridiques du droit conventionnel. Le juge peut alors s'en saisir comme un instrument d'aide à la décision. En ce sens, des décisions judiciaires leur accordent une portée juridique croissante, condamnent parfois des compagnies pétrolières sur le fondement du manquement aux « *meilleures pratiques internationales* » alors même qu'elles n'y adhéraient pas⁸⁴⁶. A terme, ces normes pourraient également constituer le support d'une coutume internationale⁸⁴⁷.

Cette exégèse interpelle dans la mesure où les normes techniques sont adoptées par des organismes privés. De plus, bien que leur création soit ouverte aux ONG et aux collectivités territoriales, les principaux contributeurs se révèlent être des sociétés privées. Les personnes élaborant la norme technique sont également celles chargées de son application. La mise en œuvre des objectifs de l'énergie propre impliquant une action de l'ensemble du corps social, des remarques pourraient porter sur les moyens d'assurer une représentation plus large des acteurs. Un exemple en la matière provient de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale, initiée et réalisée par six groupes de parties prenantes : les consommateurs, les pouvoirs publics, l'industrie, les travailleurs, les ONG, la recherche et l'enseignement. Une telle ouverture s'avère souhaitable dans un domaine aussi fondamental que l'énergie propre, et par conséquent, des mesures incitatives pourraient être envisagées afin d'encourager ce pluralisme. Cet élargissement contribuerait à la pertinence des règles adoptées mais permettrait également d'accroître leur légitimité. Il renforcerait le cadre substantiel international sur l'énergie propre, sur lequel pourrait se greffer une législation internationale spécifique.

II. Une législation à construire

Le droit conventionnel international comprend peu de règles spécifiques à l'énergie propre. Ce constat conduit à proposer un ensemble de mesures nourries d'exemples du droit comparé, afin de consolider ce régime juridique universel. A cette fin, une distinction pourrait être réalisée entre des moyens obligatoires (A) et volontaires (B).

⁸⁴⁵ CONSEIL MONDIAL DE L'ÉNERGIE, *Les politiques d'efficacité énergétique: une vision mondiale*, 2007, www.worldenergy.org ; N. GUILLAUME, "Un accord mondial pour mesurer la consommation d'énergie des centres de données", *DataCenter Silicon*, 07/04/2010, <http://datacenter.silicon.fr>

⁸⁴⁶ Nova Scotia Supreme Court, *Canada, Murphy et al. v. Atlantic Speedy Propane Ltd.* (1979) 103 D.L.R. (3d) 545 (NSSC) ; Land and Environment Court of New South Wales, *EPA v. GreatSouthern Energy*, 1999, NSWLEC 192 ; D. WELLS, "Corporate Environmental Management Systems", *AMPLA Yearbook*, 1997, p.534-535 ; K. TRAINOR, "Taking the Myth Out of Environmental Management Systems", *AMPLA Yearbook*, 1997, p.561 ; Sur l'injonction de se conformer aux « *meilleures pratiques internationales* » : *State of Alaska v. BP Exploration (Alaska) Inc.*, Case 3AN-09-CI, US District Court in Anchorage, 1999 ; "BP Amoco Admits Environmental Lapse", *Oil and Gas Journal*, 04/10/1999, p.34-35 ; W. KERNAGHAN et A. MORRISON, "Voluntary Approaches, the Environment and the Law: A Canadian Perspective", International Conference organised by the Fondazione ENI Enrico Mattei and CERNA, held in Venice, 18-19/11/1996, p. 9, www.feem.it

⁸⁴⁷ APPEA, *Code of Environmental Practice*, 1996

A. Des moyens coercitifs

La norme offre une variété de possibilités pour concourir à l'exemplarité tant positivement par une orientation vers l'énergie propre (1), que de négativement par une éradication de l'impropre (2).

1) L'orientation vers le propre

Les législations nationales abondent de normes innovantes qui pourraient être reprises en droit international pour stimuler (a) ou contraindre (b) à l'adoption de comportements vertueux.

a) L'orientation par la stimulation

L'énergie propre peut être promue dans le cadre de programmes publics de démonstration. Avec une facture annuelle de dix milliards de dollars, le Gouvernement constitue le premier consommateur d'énergie des États-Unis⁸⁴⁸. En vue de diminuer celle-ci, il adopta le « *plan fédéral de gestion de l'énergie* », fixant une réduction de 30% entre 1985 et 2005 puis d'au moins 35% jusqu'en 2010, en recourant à des équipements de basse consommation⁸⁴⁹. Outre des bienfaits environnementaux, ce programme contribua à la diffusion d'équipements labellisés et à l'adoption de normes nouvelles dans les domaines de la construction et de la rénovation.

La stimulation peut également être mise en œuvre par des programmes publics d'équipement. La Chine développa entre 1982 et 1999, le plus grand programme de valorisation de la biomasse dénommé *programme national chinois de développement de cuisinières*, incluant une formation des individus, l'installation du matériel, et le suivi des mesures. Il a permis l'équipement de plus de 180 millions de foyers⁸⁵⁰.

La création d'agences de recherche et développement et de programmes peut également contribuer à cette stimulation. Par la mise en place du ministère des sources d'énergie non conventionnelles, une Agence pour le développement des énergies renouvelables (IREDA), un support étatique dans la recherche universitaire, et une collaboration avec l'institut de recherche en énergie Tata, l'Inde est devenue le leader mondial dans l'utilisation des énergies renouvelables⁸⁵¹.

L'incitation à l'énergie propre peut encore résulter de programmes éducatifs et de l'attribution de prix. En ce sens, le prix Ashden pour l'énergie durable est annuellement décerné en faveur de projets permettant d'accroître l'attention et la technique en faveur de systèmes énergétiques innovants permettant un usage local⁸⁵². Au niveau national, la Suède lança un concours récompensant le réfrigérateur qui permettrait une économie de la consommation électrique de plus

⁸⁴⁸ A.K. MCCANE et J. HARRIS, "Changing Government Purchasing Practices: Promoting Energy Efficiency on a Budget", Proceedings of the ACEEE Summer study Asilomar, 1996

⁸⁴⁹ National Energy Conservation Policy Act - Fully Amended, <http://www1.eere.energy.gov/femp/index.html>

⁸⁵⁰ R.L. OTTINGER, "Experience with Promotion of Renewable Energy: Successes and Lessons Learned", Parliamentarian Forum on Energy Legislation and Sustainable Development, Cape Town, South Africa, 05-07/10/2005, p. 6

⁸⁵¹ Ministry of Non-Conventional Energy Sources, India, <http://mnes.nic.in> ; www.ireda.in ; Tata Energy Research Institute, www.teriin.org

⁸⁵² www.ashden.org

Le régime juridique de l'énergie propre

de 30% par rapport au modèle le plus performant du marché⁸⁵³. Des initiatives similaires ont été réalisées aux États-Unis par le département de l'énergie, dans le cadre du programme *carotte dorée*⁸⁵⁴. Le prix d'excellence *Lighting Africa 2010* récompensait quant à lui les meilleurs produits d'éclairage fonctionnant en dehors des réseaux électriques⁸⁵⁵.

Des moyens d'incitations similaires pourraient donc intégrer le système juridique international dans un plan d'action en faveur de l'énergie propre. De manière complémentaire, cet objectif pourrait être concouru par la contrainte.

b) L'orientation par la contrainte

L'orientation vers l'énergie propre peut être effectuée par l'adoption d'objectifs quantitatifs. Des débats lors du sommet mondial sur le développement durable portaient sur la fixation d'une proportion internationale d'énergie produite à partir de sources renouvelables. Faute de consensus, elle fut réduite à l'objectif d' « *accroître substantiellement la part des sources d'énergie renouvelables* »⁸⁵⁶. Des objectifs quantitatifs ont d'ores et déjà été fixés dans une douzaine d'États des États-Unis tels que le Maine, la Californie et le Texas⁸⁵⁷. Le Brésil a adopté pendant la crise de l'électricité en 2001, un objectif de 3000 mégawatt d'énergie produite à partir de sources renouvelables d'ici 2016⁸⁵⁸.

Alors que les objectifs quantitatifs constituent une finalité, les certificats constituent un moyen de les mettre en œuvre. Leur objet diffère selon leur couleur. Les certificats blancs authentifient généralement des économies d'énergie sous la forme de titres négociables, valorisables sur le marché national voire international⁸⁵⁹. Les certificats verts constituent un document au porteur démontrant qu'un producteur a produit une quantité d'électricité à partir d'énergie renouvelable ou de récupération⁸⁶⁰. Ces instruments ont été adoptés au Royaume-Uni, en Belgique, en Australie, au Danemark, aux États-Unis pour un cumul représentant en 2002 plus de 1000 gigawatheures⁸⁶¹. Ils accompagnent généralement l'ouverture à la concurrence des secteurs énergétiques et permettent de promouvoir des sources d'énergie propre à un faible coût.

⁸⁵³ R.L. OTTINGER, "Experience with Promotion of Renewable Energy: Successes and Lessons Learned", *préc.*

⁸⁵⁴ M. LEDBETTER ET. AL, *US Energy-Efficient Technology Procurement Projects: Evaluation and Lessons Learned*, Pacific Northwest National Laboratory Report PNNL-12118, Feb. 1999

⁸⁵⁵ X. DUFAIL, "Prix d'excellence Lighting Africa 2010 pour les produits hors-réseaux électriques", *RIAED*, 2009, www.riaed.net

⁸⁵⁶ R.L. OTTINGER, "Legal frameworks for Energy for Sustainable Development", A. J. BRADBROOK, R. LYSTER, R.L. OTTINGER and W. XI, *The Law of Energy for Sustainable Development*, Cambridge University Press, 2005 ; Plan de mise en oeuvre du Sommet mondial pour le développement durable, 2002, p. 161

⁸⁵⁷ F. BECK et E. MARTINOT, "Renewable energy policies and barriers", *Encycl. Energy. San Diego*, Academic Press/Elsevier Sci., 2004

⁸⁵⁸ *Ibidem*

⁸⁵⁹ P. BAUDRY, "Le mécanisme des certificats blancs. Un catalyseur pour le développement du marché de l'efficacité énergétique", *Liaison énergie francophone*, n° 74, 2007, p.12s.

⁸⁶⁰ A. SANDRIN, "Les certificats verts: une méthode d'incitation à la production d'énergies renouvelables", *BDEI*, n° 6, 2006, p.33 s. ; "Les certificats verts", *Alternatives*, n° 13, 2007, p.12-14

⁸⁶¹ Belgique, Wallonie, décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, art. 2.14° et art. 38, *Moniteur Belge* du 01/05/2001, p. 14118 ; F. BECK et E. MARTINOT, "Renewable Energy Policies and Barriers", *Encyclopedia of Energy*, Cutler J. Cleveland, Academic Press/Elsevier Science, 2004

Le droit environnemental de l'énergie (droit international)

Avec la loi sur les industries électriques de 1995 complétée en 1998, l'État d'Alberta est devenu en janvier 2001, la première province canadienne à ouvrir son marché de l'électricité à la concurrence. Le contrat *EcoPack* proposé par la société EPCOR permettait dès juin 1999 au consommateur de choisir une fourniture d'électricité garantie en énergie renouvelable à hauteur de 10, 20, 50 ou 100% pour un surcoût compris entre 3,25 et 26 dollars américains⁸⁶². Un système australien similaire a permis de porter la production d'électricité verte entre 1999 et 2001 de 290 à 454 mégawattheures⁸⁶³. Le programme *Green Power for a Green LA* institué en 1999 par un fournisseur d'électricité municipal Californien offrait quant à lui la possibilité au consommateur par un surcoût de trois dollars sur la facture d'électricité, d'investir intégralement cette somme dans de nouvelles capacités de production. Une fois installées, leur fonctionnement contribuait à réduire la facture énergétique des investisseurs⁸⁶⁴.

Ces instruments pourraient servir de source d'inspiration à un cadre juridique international sur l'énergie propre et être complétés par des moyens d'éradication de l'impropre.

2) L'éradication de l'impropre

L'absence de régime juridique international mettant en œuvre l'énergie propre conduit à poursuivre la recherche dans des pratiques nationales pouvant insuffler l'ordre juridique international. En complément des moyens incitatifs susmentionnés, le droit international pourrait favoriser l'éradication des biens et des services non-conformes à l'énergie propre, par un encadrement des prix (a) et de la technique (b).

a) L'éradication par le prix

Parmi les mesures d'éradication de l'impropre, la suppression des subventions aux énergies minières est généralement considérée comme un objectif prioritaire⁸⁶⁵. Le montant global de ces subventions est évalué annuellement à plus de 300 milliards de dollars, cette estimation ne comprenant pas les dépenses militaires pour sécuriser les approvisionnements⁸⁶⁶. Elles produisent un effet de *lock-in*, consistant à freiner l'innovation en réduisant le coût des énergies nuisibles pour l'environnement, empêchant le développement de technologies novatrices et contribuant à un accroissement de la consommation énergétique. En réduisant de trois milliards de dollars par an ses subventions au charbon entre 1987 et 1994, la Pologne diminua sa consommation énergétique de 30%⁸⁶⁷. De manière générale, une suppression de ces subventions engendrerait une réduction des

⁸⁶² A.S. WAWRYK, "Green pricing and green power marketing Demand-side mechanisms for promoting "green power" in deregulated electricity markets", in A. J. BRADBROOK and R. L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, IUCN Environmental Policy and Law Paper n° 47, 2003

⁸⁶³ SUSTAINABLE ENERGY DEVELOPMENT AUTHORITY, "National Green Power Audit", www.greenpower.com.au

⁸⁶⁴ A.K. MCCANE et J. HARRIS, "Changing Government Purchasing Practices: Promoting Energy Efficiency on a Budget", Proceedings of the ACEEE Summer study Asilomar, 1996

⁸⁶⁵ R.L. OTTINGER, "Legal frameworks for Energy for Sustainable Development", A. J. BRADBROOK, R. LYSTER, R.L. OTTINGER and W. XI, *The Law of Energy for Sustainable Development*, Cambridge University Press, 2005

⁸⁶⁶ D. FINON, *Les subventions à l'énergie dans le monde: leur ampleur, leur efficacité et leur nécessaire recentrage*, Rapport au Conseil Français de l'Énergie, présenté au Conseil Scientifique du CFE le 19 octobre 2010, Centre international de recherche sur l'environnement et le développement, oct. 2010, p. 3

⁸⁶⁷ R.L. OTTINGER, "Legal frameworks for Energy for Sustainable Development", *préc.*

Le régime juridique de l'énergie propre

consommations de 14% et une baisse de 17% des émissions de gaz à effet de serre⁸⁶⁸. De plus, l'AIE prévoit que ce système pourrait accroître le PIB de chaque nation d'un point, par une valorisation de la technologie et de l'efficacité énergétique⁸⁶⁹.

Les prix de l'énergie n'intègrent que rarement les externalités, c'est-à-dire toute influence directe d'une action d'un agent économique sur les fonctions d'objectifs d'autres agents, extérieurement au marché⁸⁷⁰. Les externalités sociales et environnementales induites par l'utilisation de l'énergie sont dans la majorité des cas négatives. Or, des études démontrent qu'en les intégrant dans le prix de l'électricité produite à partir de charbon, celle-ci pourrait s'avérer plus onéreuse qu'une électricité produite à partir d'énergies propres⁸⁷¹. De plus, certaines technologies recourant à des technologies économes voire à une production d'énergie autonome sont plus onéreuses à l'achat que des biens nécessitant une alimentation constante en énergie minière. Par conséquent, les externalités pourraient être intégrées dans le coût des produits selon une analyse du cycle de vie afin de privilégier les biens respectueux de l'environnement⁸⁷².

Cette intégration pourrait être effectuée dans le cadre d'une taxe sur l'énergie, variable selon les externalités induites par chaque source. La taxation concourt à une utilisation prudente des énergies minières tout en réduisant l'impact environnemental⁸⁷³. Une imposition mondiale sur les énergies minières serait alors souhaitable afin de réduire les risques de *dumping* écologique et social induits par la diversité des droits d'accise. Une taxe mondiale permettrait une hausse de leur prix et contribuerait au développement de technologies propres. Son produit pourrait être affecté au développement de technologies énergétiques innovantes, à l'éducation, à la recherche, à la santé⁸⁷⁴...

L'éradication de l'impropre peut enfin être favorisée par des aides publiques, sous la forme de subventions temporaires aux énergies propres, le temps de leur émancipation. Cette méthode s'est révélée efficace au Danemark qui finançait en 1980, 35% du coût d'investissement des éoliennes, réduisant progressivement cette proportion. Les consommateurs danois payent désormais moins cher l'électricité d'origine éolienne que celle issue du charbon. De plus, 65% des éoliennes vendues dans le monde sont fabriquées par des compagnies danoises générant un revenu annuel de près d'un milliard de dollars⁸⁷⁵. Elles peuvent prendre différentes formes telles que des subventions directes, un crédit d'impôt, une prime à la casse ou une fiscalité réduite⁸⁷⁶. Elles s'additionnent aux

⁸⁶⁸ *Ibidem*

⁸⁶⁹ IEA, World Energy Outlook 1999 ; D. KOPLOW et J. DERNBACH, "Federal Fossil Fuel Subsidies and Greenhouse Gas Emissions", *Annual Review of Energy and Environment*, n° 26, 2001, p.361

⁸⁷⁰ F. BONNIEUX et B. DESAIGUES, *Economie et politiques de l'environnement*, Dalloz, 1998, p.20

⁸⁷¹ R. OTTINGER ET AL, *Environmental Costs of Electricity*, Oceana Publications, 1991

⁸⁷² F. BECK et E. MARTINOT, "Renewable energy policies and barriers", *Encycl. Energy. San Diego*, Academic Press/Elsevier Sci., 2004

⁸⁷³ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *International Pricing Mechanism for Oil and Gas: Taxation along the Oil and Gas Supply Chain*, 2008

⁸⁷⁴ C. KROLIK, Recommandations pour une transition vers l'énergie propre, élaborée lors de la troisième réunion mondiale des juristes de l'environnement, 2011, www.cidce.org ; J. LANG WEAVER, "Sustainable development in the petroleum sector", in A.J. BRADBROOK and R.L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, IUCN Environmental Policy and Law Paper n°47, 2003, p. 76

⁸⁷⁵ C. MOORE et J. IHLE, "Renewable Energy Policy Outside the United States", *Renewable Energy Policy project Issue*, n° 14, Washington, 1999

⁸⁷⁶ K. PERCEBOIS, "Les instruments d'internalisation des externalités", *Liaison énergie francophonie*, n° 74, 2007, p.7-

mesures concourant à une amélioration de la technique.

b) L'éradication par la technique

La norme juridique peut être utilisée pour imposer un seuil minimum de performance énergétique lors de la mise de biens ou de services sur le marché. Elle peut également exiger une certification par un organisme indépendant afin d'assurer la sincérité des performances. De nombreuses législations recourent à ce procédé afin d'interdire la mise sur le marché d'appareils obsolètes et promouvoir des technologies plus respectueuses de la santé et de l'environnement⁸⁷⁷. Dans ce sens, la législation internationale pourrait établir des standards de performance énergétique mondiaux régulièrement réévalués en vue d'éradiquer les appareils et les services obsolètes sur le plan énergétique.

Ces illustrations démontrent que le droit bénéficie d'un panel étendu d'instruments permettant d'orienter les comportements en faveur de l'énergie propre, pouvant être repris dans le système juridique international. Ceux-ci peuvent être complétés par des moyens volontaires.

B. Des moyens volontaires

La transparence énergétique des biens, des services et des sociétés peut constituer un moyen efficace de responsabiliser les populations. Sa mise en œuvre peut résulter d'un engagement des sociétés dans la transparence (1) et par une association des ONG aux activités énergétiques (B).

1) L'engagement des sociétés dans la transparence

L'information sur les caractéristiques énergétiques des produits demeure embryonnaire, mais des instruments novateurs émergent progressivement sous l'impulsion de législations nationales (a). En complément, la transparence des sociétés dans le domaine social et environnemental tend à devenir inévitable (b).

a) L'information sur la performance énergétique des produits

La labellisation consiste à apposer du texte et des images sur un support dans le but de mettre en valeur certaines de ses performances⁸⁷⁸. De nombreuses législations nationales disposent de leur propre label. Le plus emblématique est le label *Energy Star* (E*) créé aux États-Unis en 1992 par l'Agence de protection de l'environnement (EPA). Il prend la forme d'une étiquette apposée sur des produits présentant une efficacité énergétique supérieure à la moyenne du marché. La Suisse et la plupart des États australiens disposent d'instruments équivalents⁸⁷⁹. La labellisation énergétique peut être étendue à des domaines extérieurs aux biens tels que la construction et la planification publique⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ R.L. OTTINGER, "Legal frameworks for Energy for Sustainable Development", *préc.*

⁸⁷⁸ Concernant la labellisation : C. LEPAGE, "Label écologique", *JCL env.*, fasc.195, 09/07/2001

⁸⁷⁹ Programme Suisse énergie, 30/01/2001 ; R.L. OTTINGER et F. ZALCMAN, "Legal measures to promote renewable and energy efficiency resources", A.J. BRADBROOK and R.L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, IUCN Environmental Policy and Law Paper n° 47, 2003, p.78 s.

⁸⁸⁰ Concernant la Suisse : labels « cités de l'énergie » et « Minergie » : SUISSE ENERGIE, *Programme de partenariat en faveur de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables*, 2009

Le régime juridique de l'énergie propre

Il n'existe actuellement pas de règle internationale imposant un étiquetage de la performance énergétique des biens et de services. En revanche, ce système est mis en place dans des législations régionales et nationales. Le Canada fait le choix d'un affichage adapté à chaque produit pour une pertinence de l'information tandis que l'UE préfère une visualisation uniforme dans un but d'éducation et de lisibilité⁸⁸¹.

L'intégration des considérations énergétiques dans la publicité peut également constituer un moyen efficace de promouvoir l'énergie propre. Des législations nationales interviennent en ce sens comme la loi algérienne sur l'énergie qui prévoit la diffusion de messages publicitaires spécifiques concernant les économies d'énergie tandis que la France préfère prescrire aux entreprises qui vendent de l'énergie ou des services énergétiques, l'obligation de promouvoir une utilisation rationnelle de l'énergie et l'incitation aux économies d'énergie⁸⁸².

L'information sur la performance énergétique des biens et des services permet donc au consommateur faire des choix en connaissance de cause. Néanmoins, ces dispositions présentent un caractère confidentiel en droit international. En revanche, des normes prescrivant la divulgation d'informations sur les comportements sociaux et environnementaux des sociétés tendent à s'affirmer.

b) Les comptes-rendus sociaux et environnementaux des sociétés énergétiques

Les sociétés peuvent transmettre des informations sous la forme de compte-rendu ou *reporting*⁸⁸³. Ces obligations trouvent leurs sources dans les normes adoptées par l'*International Accounting Standards Board* (IASB), qui établit les normes comptables internationales regroupées dans l'*International Financial Reporting Standards* (IFRS)⁸⁸⁴. La publication de comptes-rendus environnementaux bénéficie d'une impulsion internationale, le secrétaire général de l'ONU ayant appelé le 29 janvier 2009, à un « *New Deal Vert* » pour sortir de la crise économique. Cette campagne est relayée dans des législations nationales telles que le Danemark qui impose aux plus importantes sociétés, aux entreprises publiques et aux investisseurs institutionnels de divulguer des informations sociales et environnementales⁸⁸⁵. Les sociétés sont ainsi encouragées à communiquer sur leurs politiques sociale, environnementale et de gouvernance.

Alors que les compagnies n'accordaient à l'origine que peu d'intérêt à ces publications, plus de mille sociétés produisent désormais des comptes-rendus de qualité⁸⁸⁶. Le problème réside à

⁸⁸¹ J. CLARK, *Energy Rating and Labelling Systems in Canada*, Office of Energy Efficiency Natural Resources Canada, Washington DC, dec. 2008 ; directive 92/75/CEE du Conseil, du 22 septembre 1992, concernant l'indication de la consommation des appareils domestiques en énergie et en autres ressources par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, JO L 297 du 13/10/1992, p. 16–19

⁸⁸² Algérie, loi n° 99-09 du 28 juillet 1999 relative a la maîtrise de l'énergie, art. 25 ; France, code de l'environnement, art. L224-1-II-3°, complété par le décret n° 2006-1464 du 28 novembre 2006 relatif à la promotion des économies d'énergie dans les messages publicitaires des entreprises du secteur énergétique, JORF n°276 du 29 novembre 2006 page 17905

⁸⁸³ Vocabulaire de l'économie et des finances (liste de termes, expressions et définitions adoptés), JORF, 26/20/2006 ; F. G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (1re partie). - mai 2008 / mai 2009", *préc.*

⁸⁸⁴ M. TELLER, *L'information communiquée par les sociétés cotées, analyse juridique d'une mutation*, préf. G. Martin, Bénévent, these droit, 2009

⁸⁸⁵ Danemark, Act amending the Danish Financial Statements Act - Årsregnskabsloven, 16/12/2008

⁸⁸⁶ GRI, "Number of companies worldwide reporting on their sustainability performance reaches record high, yet they

présent dans le fait que ces données ne font que rarement l'objet d'une vérification externe, elle-même généralement partielle et sélectionnée par les entreprises⁸⁸⁷. Ce constat conduit la doctrine à proposer une vérification par des firmes ou des ONG indépendantes, au même titre qu'en matière d'audit financiers, et l'attribution d'un « *label vert* » pour ces entreprises volontaires qui bénéficieraient en contrepartie de concours spécifiques des institutions financières internationales⁸⁸⁸.

La publication d'informations sur les sociétés constitue un outil d'aide à la décision pour le consommateur et participe au succès à long terme des investissements en s'attachant à des considérations non-immédiatement financières⁸⁸⁹. Elle peut être combinée à une association des ONG aux activités énergétiques.

2) L'association des ONG aux activités énergétiques

Les ONG accompagnent les compagnies du secteur de l'énergie par l'instauration de régimes de notation (a) et une collaboration dans des projets énergétiques (b).

a) La notation des sociétés

Une activité de notation sociale et environnementale des sociétés ou *rating* s'est développée dans le prolongement des comptes-rendus d'entreprises, et se présente comme un complément essentiel à l'analyse financière traditionnelle, de nombreuses études portant désormais sur des entreprises du secteur de l'énergie⁸⁹⁰. Alors que la méthode fut instituée par des ONG, cette activité est à présent réalisée par des agences de notation privées⁸⁹¹. Cette prééminence des agences dans ce domaine conduit les ONG à compléter leurs activités par une collaboration dans des projets énergétiques.

b) La collaboration aux projets énergétiques

Les ONG concourent à la propreté des projets énergétiques par un contrôle direct de celles-ci. En ce sens, Shell a pour la première fois accepté en 1997 d'être assistée et jugée par l'ONG *SustainAbility* sur sa politique économique, sociale et environnementale. Des codes de bonnes conduites applicables à l'ensemble de ses activités ont également émergé de cette collaboration⁸⁹².

remain a minority", 2009, www.globalreporting.org ; J. LANG WEAVER, "Sustainable development in the petroleum sector", in A.J. BRADBROOK and R.L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, IUCN Environmental Policy and Law Paper n°47, 2003, p.43 s.

⁸⁸⁷ B. MORTGAT, "La vérification des données environnementales et sociales gagne du terrain", *Environnement & technique*, n°278, juil./août 2008

⁸⁸⁸ T. WÄLDE, "Environmental Policies Towards Mining in Developing Countries", *Energy&Nat. Resources*, n°10, 1992, p.327-348

⁸⁸⁹ E. PERSAIS, *Le rapport de développement durable : un outil pour une gouvernance sociétale de l'entreprise?*, Sciences de Gestion et Pratiques Managériales, Economica « Gestion » éd, 2002

⁸⁹⁰ A. FUSTEC, "La notation sociale et environnementale des entreprises", Goodwill management, www.goodwill-management.com ; V. le *Oil Sector Report* sur www.sustainability.co.uk ; www.globalreporting.org ; www.unglobalcompact.org

⁸⁹¹ ORSE, "Guide des organismes d'analyse sociale et environnementale" », dec. 2007, www.orse.org

⁸⁹² J. LANG WEAVER, "Sustainable development in the petroleum sector", in A. J. BRADBROOK and R. L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 47, 2003, p.43 s.

Le régime juridique de l'énergie propre

Le projet pétrolier péruvien *Camisea* mené par Shell constitue un modèle en matière sociale, environnementale et de concertation. Il fut entrepris en collaboration avec les ONG locales et les populations indigènes. Un suivi des impacts sur la santé humaine fut entrepris par la *Royal Tropical Institute* d'Amsterdam et des agences de santé péruviennes tandis que le suivi des mesures environnementales relevait de l'ONG *Red Ambiental Peruana* regroupant un réseau de 35 organisations indépendantes⁸⁹³.

De manière moins pacifique, le différend opposant Greenpeace à Shell concernant l'avenir de la plate-forme pétrolière *Brent Spar* en Mer du Nord s'est traduit par un démantèlement à terre de l'installation et par un moratoire général sur le sabordage de plateformes pétrolières⁸⁹⁴. Il a servi de précédent pour les centaines d'installations similaires en activité⁸⁹⁵. De manière générale, les travaux de Sir Geoffrey Chandler démontrent que les projets énergétiques présentent une efficacité certaine lorsqu'ils sont menés en partenariat avec des ONG⁸⁹⁶.

L'action des ONG pour une énergie propre s'effectue encore par l'établissement de projets innovants. L'ONG *Grameen Shakti* finance par microcrédit l'acquisition et la formation de techniciens en énergies renouvelables⁸⁹⁷. Deux cent mille panneaux solaires ont ainsi été installés au Bangladesh par ce mécanisme⁸⁹⁸. Son succès a conduit la Fondation des Nations Unies à développer des projets similaires en Inde. En novembre 1997, l'ONG *Centre for Resource Solutions* établissait un programme volontaire de certification en Californie intitulé *Green-eRenewable Electricity Certification Program*⁸⁹⁹. Celui-ci encadrait l'apposition du label à la condition qu'au moins la moitié de l'électricité soit produite à partir d'énergie renouvelable, la part en énergie minière devant progressivement être réduite au profit de nouvelles unités en énergie renouvelable⁹⁰⁰.

De par leurs actions, les ONG contribuent donc à l'émergence d'un véritable *corpus* en faveur de l'énergie propre. Elles complètent ainsi un droit international embryonnaire dans ce domaine et pourraient servir d'instrument de référence en vue de sa consolidation⁹⁰¹.

Un droit environnemental de l'énergie s'affirme dans le système juridique international sous

⁸⁹³ *Ibidem*

⁸⁹⁴ E. GARLAND, "Démantèlement des plates-formes pétrolières", *Encyclopédie Universalis*

⁸⁹⁵ L'association "Offshore Operators" (UKOOA) estime le coût de la suppression des 219 installations pétrolières en mer du Nord à plus de sept milliards de dollars: Z. GAO, "Environmental Regulation of the Oil and Gas Industries", *CEPMLP*, n° 2, 1997 ; G. SAMPSON AKPAN, "Environmental and Human Rights problems in Natural Resources Development - Implications for Investment in Petroleum and Mineral Resources Sectors", *CEPMLP Journal*, n° 6, Janv. 2000

⁸⁹⁶ SIR G. CHANDLER, "The Responsibilities of Oil Companies", in A. EIDE, H. BERGESEN and P. GOYER, *Human Rights and the Oil Industry*, Intersentia 2000, p.14

⁸⁹⁷ www.gshakti.org

⁸⁹⁸ "Plus belle la vie avec l'énergie verte", *Courrier international*, n° 984, 10/09/2009

⁸⁹⁹ www.green-e.org

⁹⁰⁰ A.S. WAWRYK, "Green pricing and green power marketing Demand-side mechanisms for promoting "green power" in deregulated electricity markets", in A.J. BRADBROOK and R.L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, IUCN Environmental Policy and Law Paper n°47, 2003, p. 207 et s.

⁹⁰¹ E. DE CANNARD D'HAMALE, "La responsabilité sociale des entreprises, soft law ou hard law ?", *Le Journal des Tribunaux. Larcier*, n° 6269, 26/05/2007, p.413-420

Le droit environnemental de l'énergie (droit international)

le prisme de l'énergie propre. Ce standard juridique constitue une réponse à la crise environnementale de l'énergie et génère un ensemble d'institutions et de moyens chargés de l'annihiler. Cette production normative est assurée par des organisations intergouvernementales, non-gouvernementales, des sociétés financières et du secteur de l'énergie. Cette spécificité façonne un contenu juridique homogène complété par des dispositions du droit international de l'environnement qui participent à son effectivité. Le droit environnemental de l'énergie présente donc un caractère embryonnaire mais suffisant pour entrevoir une cohérence matérielle dont la création juridique dynamique comble progressivement les carences. Il complète les droits économiques et sociaux de l'énergie pour former un corps de règle propre à l'énergie poursuivant des finalités économiques, sociales et environnementales particulières. Son caractère transnational résulte de ses moyens généraux destinés à être transposés dans les systèmes juridiques régionaux et nationaux. Cette originalité invite à poursuivre l'analyse de ce contenu en étudiant leurs modalités de réception dans les systèmes juridiques européens et français qui assurent une fonction de modulation.

Titre 2 : La modulation des droits européen et français de l'énergie

Le titre précédent a mis en exergue l'existence d'un ensemble de règles dans le système juridique international fondé sur un objet commun et visant un accès à l'énergie dans des dimensions économiques, sociales et environnementales. En complément de cette cohérence matérielle, le droit de international l'énergie répond à la logique du droit international public en établissant un corps de règles uniformes que les Etats sont chargés de respecter et d'intégrer dans leurs systèmes juridiques⁹⁰². Les liens unissant le droit international de l'énergie aux droits européens et français de l'énergie mettent en exergue le caractère transnational de ce *corpus* par une transcription des droits, des principes, des objectifs et des standards internationaux dans des régimes juridiques spécifiques.

Ce second titre présente le contenu des droits européens et français de l'énergie et précise ainsi la forme du droit de l'énergie en étudiant les modalités de réception des règles internationales. L'analyse entend démontrer la modulation assurée par les droits européens et français qui complètent le droit international en établissant les moyens opérationnels de ces règles fondamentales et en compensent les carences. L'objectif est également de mettre en exergue les interrelations entre le droit de l'énergie et des instruments qui lui sont extérieurs, essentielles pour concourir à l'effectivité de ses finalités. Il est enfin de confirmer le rôle structurant de l'accès à l'énergie qui fédère le droit de l'énergie et lui garantit la cohérence de son contenu. Ces exigences conduisent à observer une reprise de la structure matérielle du système juridique international dans les systèmes européens et français, constituée d'un droit économique (Chapitre 1), social (Chapitre 2) et environnemental (Chapitre 3) de l'énergie.

⁹⁰² M. VIRALLY, "Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes", *Mélanges Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p.488 et s. ; D. CARREAU, *Droit international, préc.*, p.44 et s.

Chapitre 1: Le droit économique de l'énergie

« Plus le capitalisme et le système libéral progressent, plus le droit et son noble serviteur, le juge, prennent de l'importance »⁹⁰³.

Les thèses rédigées au début du XX^{ème} siècle sur la nature juridique des concessions d'énergie hydraulique, les distributions d'énergie et les tarifs de l'énergie électrique démontrent une intervention normative dans le secteur énergétique préalablement à sa crise. La découverte de nouvelles sources d'énergie se traduisait également par des règles spécifiques pour développer les usages et les concilier à d'autres intérêts généraux. Le coût élevé des recherches a notamment permis la création d'institutions spécifiques posant les bases des premiers traités communautaires. Cependant, la crise économique de l'énergie a provoqué une inflation du processus normatif. Robert Schuman précisait dans un discours du 9 mai 1950, que *« l'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord des solidarités de fait »*. La crise économique de l'énergie est à l'origine d'institutions et de normes spécifiques dans les droits français et de l'UE visant à garantir un prix abordable de l'énergie et sécuriser les approvisionnements, faisant ainsi écho au droit international de l'énergie. Elle engendre également des transferts de souveraineté au profit des instances européennes, conduisant à préciser les caractéristiques formelles du droit de l'énergie.

Ce chapitre formalise les principales dispositions du droit économique de l'énergie dans les systèmes juridiques européens et français d'établir un ensemble de règles juridiques fondées sur un objet commun et des finalités particulières. L'exposé entend également préciser la forme de ce *corpus* en présentant la transcription du socle énergétique international et en abordant les partages de compétences entre les droits français et de l'Union. Il propose enfin de confirmer la complémentarité de champs juridiques extérieurs au droit de l'énergie comme facteurs d'effectivité et d'intelligibilité de celui-ci. Ces exigences amènent à prolonger les deux branches du droit économique international de l'énergie en s'intéressant au marché intérieur de l'énergie (1/) et au régime juridique de la sécurité des approvisionnements énergétiques (2/).

1/ Le marché intérieur de l'énergie

L'ouverture à la concurrence du secteur énergétique fut initiée originellement au Royaume-Uni avant d'être reprise comme un élément directeur du droit de l'Union⁹⁰⁴. En effet, le législateur européen a progressivement mis en place un marché de l'énergie afin d'assurer une disponibilité des produits énergétiques à long terme, à un prix raisonnable, un accès ouvert et non-discriminatoire aux réseaux, et une fourniture sans interruption des biens et des services énergétiques, en dehors de guerres ou de crises graves⁹⁰⁵. Ce marché repose sur un cadre institutionnel (I) et un régime juridique innovant (II).

⁹⁰³ A. MINC, *Au nom de la loi*, Gallimard, 1998, p. 39

⁹⁰⁴ S.H. JACOBS, "The Golden Age of Regulation", *CEPMLP*, n°7, 13/11/2000 ; S. DOW, "Post-Privatisation Regulation of UK Energy Industries", *CEPMLP*, n°4, 1998

⁹⁰⁵ O. LOUIS, "L'Organisation mondiale du commerce peut-elle être un modèle de gouvernance pour le secteur de l'énergie ?", *préc.*

I. Le cadre institutionnel

Le marché intérieur de l'énergie résulte d'un transfert historique de compétence au profit des institutions européennes (A) conduisant à faire de celui-ci, un domaine de compétence partagée (B)⁹⁰⁶.

A. Un cadre historique

Alors que les traités fondateurs ont permis à l'Union d'intervenir dans le secteur énergétique (1), ceux-ci cèdent progressivement la place à un cadre juridique renouvelé (2).

1) Le fondement des premiers accords

L'Union européenne s'est historiquement construite dans le secteur énergétique avec le traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) (a), et le traité de la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEa) (b).

a) Le traité CECA

L'origine de la CECA remonte à une proposition de Jean Monnet, alors Commissaire général au plan de modernisation et d'équipement, et du ministre des affaires étrangères, Robert Schuman, en vue de régulariser les différends franco-allemands dans un cadre européen qui dépasserait le caractère intergouvernemental du Conseil de l'Europe. Dans une déclaration faite à Paris le 9 mai 1950, Robert Schuman appelait à dépasser le cadre classique de l'organisation internationale de coopération pour créer des « *solidarités de fait* », par une gestion en commun des productions de charbon et d'acier, dans le cadre d'une organisation européenne de caractère supranational⁹⁰⁷. Elle fut suivie par la conclusion du traité de Paris du 18 avril 1951 instituant la CECA, inaugurant les premières sources du droit européen de l'énergie.

La CECA reposait sur trois piliers : des institutions, des objectifs, et un marché communs. Les institutions de la CECA préfiguraient celles de l'Union contemporaine, constituées de la Haute Autorité devenue la Commission européenne par le traité de fusion des exécutifs, une Assemblée transformée en Parlement européen, un Conseil des ministres, et une Cour de justice⁹⁰⁸. Le traité avait pour originalité d'accorder des compétences supranationales à la Haute autorité, dont l'ampleur fut plus modeste dans les traités successifs. Elle disposait de prérogatives normatives et exécutives tandis que le Conseil n'exerçait en période normale que des fonctions consultatives⁹⁰⁹. Le Parlement ne participait quasiment pas à la création normative, ses compétences étant limitées à la faculté de voter une motion de censure, à la participation aux pouvoirs budgétaires, et à un pouvoir de

⁹⁰⁶ "Libéralisation du marché intérieur", *RDUE*, n° 2, 2003, p.491-503

⁹⁰⁷ La déclaration est disponible sur le site www.diplomatie.gouv.fr

⁹⁰⁸ Traité de fusion du 8 avril 1965, *JOCE* n° 152 du 13 juillet 1967 ; O. PIROTTE et P. GIRERD, "Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) À la recherche d'un développement nucléaire intégré. - Conditions d'élaboration et structure institutionnelle. - L'approvisionnement (chapitre VI). - Le contrôle de sécurité (chapitre VII). - Le régime de propriété (chapitre VIII)", *JCL Europe Traité*, n° 3, fasc. 5010, 1994

⁹⁰⁹ Selon l'article 5§1, la supranationalité de la Haute autorité est conditionnée à l'existence d'une conjoncture économique stable. En période de crise, cette compétence s'estompe, l'avis conforme ou une décision à la majorité absolue ou à l'unanimité du Conseil devenant requise pour bénéficier de moyens d'action directs.

Le marché intérieur de l'énergie

codécision en cas de « *petite révision* » du traité⁹¹⁰. Dès sa création, la CECA disposait de ressources propres alors que les traités de Rome ne bénéficièrent d'une autonomie financière qu'à partir de 1970⁹¹¹. L'article 49 du traité habilitait la Commission à se procurer les fonds nécessaires à l'accomplissement de ses missions, en établissant des prélèvements sur la production de charbon et d'acier, en contractant des emprunts, et en recevant à titre gratuit. A ces recettes expressément mentionnées par les traités, s'ajoutaient les amendes et astreintes infligées aux entreprises, les impôts sur les traitements et autres rémunérations versées par les Communautés, et les intérêts de capitaux placés sur des marchés financiers.

En sus de l'autonomie financière, la CECA disposait de la personnalité juridique lui permettant de conclure des accords internationaux⁹¹². Un dispositif de gestion de crise attribuait à la Commission l'instauration d'un régime de quotas de production assorti de mesures restrictives à l'importation de marchandises en provenance d'États tiers, en cas de réduction de la demande dont l'ampleur traduirait l'existence d'une période de crise manifeste. L'article 59 du traité CECA l'habilitait à adopter des règles visant à faire face à une situation de pénurie, que le Conseil ne pouvait rejeter qu'à l'unanimité. Elles permettaient de déterminer des priorités dans la répartition des ressources communes entre les entreprises, l'exportation, et les autres consommations.

La CECA établissait également un marché commun du charbon et de l'acier qui avait pour but de contribuer à l'expansion économique, au développement de l'emploi et au relèvement du niveau de vie des États membres⁹¹³. A ce titre, la Commission disposait du pouvoir de déterminer les prix minima et maxima, tant à l'intérieur du marché que pour l'exportation⁹¹⁴. Elle était investie d'un pouvoir de régulation en établissant des règles visant à assurer la transparence des prix et la concurrence. Elle pouvait sanctionner l'allocation de subventions, d'aides, et les protections ou discriminations contraires au traité. Elle finançait des activités conjointes et pouvait faciliter la réalisation d'investissements communs, dans le cadre de programmes d'action et l'allocation de prêts⁹¹⁵.

Le caractère innovant de la CECA résidait encore dans sa nature juridique, qui ne pouvait être rattachée ni à une zone de libre échange, ni à une union douanière tant le transfert de souveraineté à son profit était important et innovant⁹¹⁶.

Ses particularités se manifestaient enfin dans un contrôle juridictionnel assuré par la Cour de

⁹¹⁰ Respectivement traité CECA : art. 24, 78, et 95§3

⁹¹¹ Décision relative au remplacement des contributions étatiques par des ressources propres aux Communautés, *JOCE* n° L. 94, 28 avril 1970, p. 19

⁹¹² Traité CECA, art. 6 : « *La Communauté a la personnalité juridique. Dans les relations internationales, la Communauté jouit de la capacité juridique nécessaire pour exercer ses fonctions et atteindre ses buts* » ; CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, aff. 22/70, *Rec.* p. 263

⁹¹³ Traité CECA, art. 2

⁹¹⁴ Traité CECA, art. 61

⁹¹⁵ P. GIRERD, "Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) À la recherche d'un développement nucléaire concerté. - Réalisation d'un espace scientifique et technologique nucléaire. - Recherche (chapitre I) . - Diffusion des connaissances (chapitre II) . - Investissements (chapitre IV). - Entreprises communes (chapitre V). - Marché commun nucléaire (chapitre IX)", *JCL Europe Traité*, n°.9, fasc. 5020, 1994

⁹¹⁶ CJCE 28 juin 1984, *Mabanaft*, aff. 36/83 : *Rec.* p. 2497 P. GIRERD et P. MEUNIER, "*La communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). - droit institutionnel. - Caractéristiques. - Reconversion des industries charbonnières et sidérurgiques*", *JCL Europe Traité*, n° .05, fasc. 4000, 1993, p. 12 et s.

justice, dont les premières décisions posèrent les fondements du droit européen de l'énergie. En ce sens, le principe de libre circulation des marchandises sur le plan intra-communautaire, le caractère inconditionnel et l'applicabilité immédiate du traité furent reconnus dans l'arrêt *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises*⁹¹⁷.

Dès lors, la CECA constitue un modèle pour les partisans d'une supranationalité européenne, par la promotion d'un modèle de coopération inédit dans l'ordre international et dont de multiples innovations furent reprises pour l'énergie nucléaire dans le traité CEEA.

b) Le traité CEEA

Le traité CEEA prend sa source dans la volonté de recourir à un usage pacifique de l'énergie nucléaire, dont l'investissement initial massif impliquait de mettre des ressources en commun. Signé le 25 mars 1957, le traité instaure des institutions similaires au traité CECA, en y ajoutant une « *Agence d'approvisionnement* » dotée de la personnalité juridique, de l'autonomie financière et de compétences supranationales⁹¹⁸. Celle-ci a pour objet d'assurer un approvisionnement régulier et équitable des sources d'énergie nucléaire à tous ses utilisateurs. Pour ce faire, elle dispose d'un droit d'option sur les minerais, les matières brutes et les matières fissiles spéciales produits sur les territoires des États membres, ainsi que du droit exclusif de conclure des contrats portant sur leur fourniture. Concernant les ressources provenant des États tiers à la Communauté, elle bénéficie du « *droit exclusif [...] de conclure des accords ou conventions* »⁹¹⁹. Le Traité CEEA prévoit également que l'approvisionnement de la Communauté en minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales doit être assuré « *selon le principe de l'égal accès aux ressources, et par la poursuite d'une politique commune d'approvisionnement* », conférant un droit d'accès aux ressources nucléaires aux États membres de la Communauté⁹²⁰.

Un élément essentiel du traité réside dans l'établissement d'un marché commun, dont l'article 2 lui assigne l'objectif d' « *assurer de larges débouchés et l'accès aux meilleurs moyens techniques, par la création d'un marché commun des matériels et équipements spécialisés, par la libre circulation des capitaux pour les investissements nucléaires et par la liberté d'emploi des spécialistes à l'intérieur de la Communauté* ». Ce traité innove dans la mesure où il vise une élimination immédiate des obstacles aux échanges, là où le traité CEE ne prévoyait qu'une suppression progressive des droits de taxes d'effet équivalent. En ce sens, les articles 96, 97, 99 et 100 du traité instaurent la libre circulation des personnes, la suppression des restrictions relatives à la construction d'installations nucléaires, aux mouvements de capitaux et à certains paiements.

Afin de conclure des accords internationaux, la CEEA bénéficie de la personnalité juridique dont elle a fait usage concernant le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP), la convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire signée à Paris le 29

⁹¹⁷ CJCE 23 avril 1956, aff. 7 et 9/54 : *Rec.* 1955-1956, p. 53 ; jurisprudence confirmée et étendue à la libre circulation des marchandises en provenance des États tiers dans l'arrêt CJCE 14 juill. 1961, *Sté commerciale A. Vloeberghs c/ Haute Autorité*, aff. 9 et 12/60, *Rec.* p. 399.

⁹¹⁸ Traité CEEA, art. 52 et s.

⁹¹⁹ Traité CEEA, art. 64

⁹²⁰ Traité CEEA, art. 52, § 1 ; A. BETTE, "Enseignements de sept années d'application du régime d'approvisionnement institué par le Traité de l'Euratom", *AFDI*, 1965, p. 713 et 714

Le marché intérieur de l'énergie

juillet 1960, et dans de multiples coopérations avec l'AIEA⁹²¹. Selon Olivier Pirotte, ces compétences ont permis à la CEEA, de constituer un « *acteur majeur du jeu nucléaire civil mondial* »⁹²².

Un objectif essentiel de la Communauté consiste à développer des recherches conjointes et une mise en commun des résultats. Le premier alinéa de l'article 12 confère aux États membres, aux personnes et aux entreprises, le droit de « *bénéficiaire de licences non exclusives sur les brevets, titres de protection provisoire, modèles d'utilité ou demandes de brevet, qui sont la propriété de la Communauté* ». Des programmes communs de recherches et développement dans le domaine de l'énergie nucléaire ainsi qu'un Centre commun de recherches nucléaires ont ainsi été établis en ce sens⁹²³. Le traité permet également la création d' « *entreprises communes* » pour la réalisation des objectifs du traité⁹²⁴. Cette qualification destinée à développer l'industrie nucléaire vise à simplifier le regroupement et l'octroi de facilités énumérés à l'annexe III du traité, tels que des avantages fiscaux et la gestion de droits de propriété intellectuelle et industrielle. Le traité met encore en place une stratégie communautaire nucléaire structurée, amenant Pascal Girerd à considérer que le traité était en ce point en avance de 35 ans par rapport au traité CEE⁹²⁵.

La Cour de justice assure un contrôle juridictionnel similaire à l'UE et contribue à une jurisprudence parfois extensible aux autres traités, telle que le principe selon lequel « *la caducité des dispositions du traité ne se présume pas* » et la qualification de « *véritable service public européen* » concernant le monopole confié à l'Agence d'approvisionnement⁹²⁶.

Malgré ces innovations juridiques, les traités institutifs se caractérisent par une érosion graduelle.

2) L'effondrement des premiers accords

Les traités sectoriels s'effacent progressivement (a) au profit d'un cadre général sur l'énergie (b).

a) La déshérence de la CECA et de la CEEA

La récession houillère a conduit la CECA à réorienter ses actions en faveur de la reconversion des industries charbonnières, la Commission disposant d'une compétence exclusive en

⁹²¹ Traité CEEA, art. 101 al. 1, « *Dans le cadre de sa compétence, la Communauté peut s'engager par la conclusion d'accords ou conventions avec un État tiers, une organisation internationale ou un ressortissant d'un État tiers* ».

⁹²² O. PIROTTE, "Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom). À la recherche d'un développement nucléaire concerté. - Protection sanitaire. - Relations extérieures", *JCL Europe*, n° 9, fasc. 5021, 1994, p. 22

⁹²³ Traité CEEA, art. 8§1

⁹²⁴ Traité CEEA, art. 45, « *Les entreprises qui revêtent une importance primordiale pour le développement de l'industrie nucléaire dans la Communauté peuvent être constituées en Entreprises communes...* ».

⁹²⁵ P. GIRERD, "Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) À la recherche d'un développement nucléaire concerté. - Réalisation d'un espace scientifique et technologique nucléaire. - Recherche (chapitre I). - Diffusion des connaissances (chapitre II). - Investissements (chapitre IV). - Entreprises communes (chapitre V). - Marché commun nucléaire (chapitre IX)", *préc.*, p. 9

⁹²⁶ CJCE, 14 déc. 1971, aff. 7/71, pt. 18 ; CJCE, 14 nov. 1978, délib. 1/78 arrêtée en vertu de l'article 103, alinéa 3 du Traité CEEA : *Rec. CJCE*, p. 2158, point III A a ; P. BRINGUIER, "Le droit nucléaire : la sûreté", *Droit de l'env.*, n° 164, nov. 2010, p.374-378

matière d'assistance économique⁹²⁷. La persistance et l'ampleur de la crise ayant rendu la règle de l'interdiction des aides étatiques irréalisable, la situation aboutit à l'adoption d'un « *protocole relatif aux problèmes énergétiques* » dans lequel les gouvernements priaient la Commission de leur proposer les modalités juridiques requises, pour mettre en œuvre un régime communautaire d'aides d'États⁹²⁸. Dans un premier temps, la Commission admit l'octroi d'aides étatiques sur le fondement de l'article 95 du traité CECA sous certaines conditions, mais à partir de 1958, la crise charbonnière fut d'une ampleur telle qu'elle a conduit la Commission à déroger à l'article 65, afin de permettre des ententes et le regroupement d'entreprises pourtant contraires aux dispositions du traité selon la Cour de justice⁹²⁹.

A l'inverse, les mécanismes de gestion de crises en matière de réduction de la demande et de pénurie des articles 58 et 59 n'ont pas été mis en œuvre concernant le charbon. Ce constat est étonnant, notamment pendant la crise de Suez où les charbonnages européens ne parvenaient plus à satisfaire une demande nourrie par la crainte d'une rupture des approvisionnements énergétiques. A compter de 1958, le prix du charbon originellement fixé par les houillères européennes, fut indexé sur le charbon importé et les énergies concurrentes. Le rôle de la CECA dans l'allocation de crédits s'est ensuite dissipé, dans un premier temps par le recours aux fonds structurels de la CEE en réponse au concours insuffisant de la CECA, puis par l'adoption en 1988 du programme commun RECHAR sur la reconversion économique des bassins charbonniers⁹³⁰.

Contrairement au traité de Rome, le traité CECA fut conclu pour une période déterminée de cinquante ans et expira le 23 juillet 2002⁹³¹. Des réflexions lancées par la Commission dans une communication de mars 1991 ont conduit à son absorption dans l'Union européenne⁹³². Les vestiges de la CECA se limitent désormais à des concours financiers pour la reconversion des anciens sites miniers et la prolongation d'exemptions d'aides d'État en faveur de l'industrie houillère⁹³³.

La CEEA ne bénéficie guère d'un meilleur bilan parce que les dispositions conférant des compétences supranationales à l'Agence d'approvisionnement sont appliquées avec souplesse⁹³⁴.

⁹²⁷ La Cour reconnaît l'effet direct de la prohibition : CJCE 23 avril 1956, *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises* aff. 7 et 9/54, *Rec.* 1955-1956, p. 61

⁹²⁸ Protocole d'accord relatif aux problèmes énergétiques intervenu entre les gouvernements des États membres des Communautés européennes, à l'occasion de la 94^e session du Conseil spécial de ministres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier tenue le 21 avril 1964 à Luxembourg, *JOCE* n° 69 du 30/04/1964, p.1099- 1100 ; P. GIRERD et P. MEUNIER, "La communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). - droit institutionnel. - Caractéristiques. - Reconversion des industries charbonnières et sidérurgiques", *JCL Europe*, n° 05, Fasc. 4000, 1993, p. 22

⁹²⁹ Décision de la Commission 3/65 du 17 février 1965, *JOCE* 25/12/1965 ; complété par déc. 1/67, 21 févr. 1967, *JOCE* 28/02/1967/67 modifiée ; unifié par déc. 2064/86/CECA, 30/06/1986 : *JOCE* n° L. 177, 01/07/1986, p.1 ; CJCE, 13 déc. 1961, avis 1/61, *Rec.* p. 507 ; pour un exemple de fusion autorisée: *Bull. CE* 1991, n° 1/2 et point 1-2-56

⁹³⁰ Communication aux États membres fixant les principes directeurs des programmes opérationnels dans le cadre d'une initiative communautaire concernant la reconversion économique des bassins charbonniers que les États membres sont invités à élaborer, *JOCE* du 27 Janvier 1990

⁹³¹ Traité CECA, art. 97

⁹³² Commission européenne, XXVe Rapport général, 1991, pt. 264 ; complété par une seconde communication : *Bull. CE* 1992, n° 11, point 1-6-6 ; *Agence Europe Traité* n° 5861, 20 nov. 1992, p. 10

⁹³³ D. AB IAGO, "Aides d'État au charbon : la Commission prolonge l'exemption", *Europol. env.*, n° 793, 01/07/2010, p.13

⁹³⁴ O. PIROTTE et P. GIRERD, "Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) À la recherche d'un développement nucléaire intégré. - Conditions d'élaboration et structure institutionnelle. - L'approvisionnement

Le marché intérieur de l'énergie

Une de ces manifestations résulte d'un règlement du 5 mai 1960 établissant des modalités contractuelles et conduisant à réduire les pouvoirs de l'Agence quant à son droit exclusif de conclusion, les utilisateurs et les producteurs étant habilités à « *négozier directement et à signer les contrats* »⁹³⁵. Le droit d'option n'a quant à lui été mis en œuvre que de manière exceptionnelle. Par conséquent, l'Agence exerce selon Olivier Pirotte et Pascal Girerd le rôle « *d'officier d'état civil* », vérifiant les contrats sous un angle purement formel.

La recherche dans le domaine de l'énergie nucléaire fut progressivement substituée de la CEEA vers un cadre générique institué par l'Acte unique européen, concernant « *la recherche et le développement technologique* »⁹³⁶. Ces modifications structurelles menèrent à une réforme du Centre commun de recherche, désormais divisé en quatre pôles dont l'un est spécialisé dans les recherches relevant du programme-cadre général⁹³⁷. Le manque d'efficacité des recherches se manifeste dans le faible recours au statut d'entreprise commune, ce procédé n'ayant été employé qu'à sept reprises⁹³⁸.

Le traité CEEA contient certes des dispositions relatives à la sécurité nucléaire mais elles se limitent à la non-prolifération et à la protection sanitaire⁹³⁹. L'accident de Tchernobyl révéla les déficiences du dispositif d'alerte en cas de situation d'urgence radiologique, la nécessité d'un encadrement plus large des produits contaminés et le recours à des règles de sûreté des installations⁹⁴⁰. Ces insuffisances conduisent Marie-Béatrice Granet à considérer que le traité CEEA est « *conçu pour une énergie nucléaire des années cinquante* »⁹⁴¹. En effet, il n'a pas su s'adapter aux enjeux actuels car il ignore la question des déchets radioactifs, le retraitement du combustible irradié et les contrôles de sûreté. Des directives sur la sûreté des installations nucléaires et sur la gestion responsable du combustible usé et des déchets radioactifs n'ont été adoptées qu'en 2009 et 2011⁹⁴². De plus, la CEEA n'a pas suivi les multiples évolutions de l'UE, ne bénéficie pas des

(chapitre VI). - Le contrôle de sécurité (chapitre VII). - Le régime de propriété (chapitre VIII)", *JCL Europe*, fasc. 5010, 1994, p. 12

⁹³⁵ Règlement de l'Agence d'approvisionnement de la CEEA déterminant les modalités relatives à la confrontation des offres et des demandes de minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales, *JOCE* du 11/05/1960

⁹³⁶ Traité CE, art. 130 F à 130 Q

⁹³⁷ Résolution du Conseil, 29 juin 1988 concernant les activités devant être exécutées par le Centre commun de recherches (CCR), *JOCE* n° C 197/4, 27 juill. 1988.

⁹³⁸ Il s'agit de la société d'énergie nucléaire franco-belge des Ardennes ; déc. du Conseil, 9 sept. 1961 : *JOCE* du 9 Octobre 1961. - de la Kernkraftwerk RWE-Bayernwerk GmbH (KRB), déc. du Conseil, 18 juin 1963 : *JOCE* du 22 Juin 1963. - de la Kernkraftwerk Linggen GmbH ; déc. du Conseil, 12 déc. 1964 : *JOCE* du 24 décembre 1964. - de la Kernkraftwerk Obrigheim GmbH (KWO), déc. du Conseil, 28 juill. 1966 : *JOCE* du 9 Aout 1966. - de la Hochtemperatur-Kernkraftwerk GmbH (HKG), déc. du Conseil, 4 juin 1974, *JOCE* n° L 165/7, 20 juin 1974. - de la société belgo-française d'énergie nucléaire mosane (SEMO), déc. du Conseil, 26 nov. 1974 : *JOCE* n° L 325/9, 5 déc. 1974. - de la Schnell-Brüter-Kernkraftwerkgesellschaft mbH (SBK), déc. du Conseil, 20 mai 1975, *JOCE* n° L 152/8, 12 juin 1975)

⁹³⁹ Traité CEEA, Chap. VII ; la CEEA a ainsi pour objet de produire « *des normes de base relatives à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultant des radiations ionisantes* », art. 30

⁹⁴⁰ C. CHABANNES et V. LECOCQ, "L'aptitude de l'Europe à répliquer à un accident nucléaire majeur", *Rev. Marché commun*, n° 319, juill.-août 1988 ; C. BLUMANN, "L'impact de l'affaire de Tchernobyl sur la politique communautaire de l'énergie", *RTD eur*, janv.-mars 1989, p. 71-86 ; sur les du traité CEEA: voir les critiques émises par certains États dans la déclaration annexe n°44 au traité de Lisbonne (Allemagne, Irlande, Hongrie, Autriche, et Suède).

⁹⁴¹ M.-B. GRANET, "Principe de précaution et risques d'origine nucléaire : quelle protection pour l'environnement?", *JDI*, n°3, 1 juil. 2001, p. 755

⁹⁴² Directive 2009/71/Euratom du Conseil du 25 juin 2009 établissant un cadre communautaire pour la sûreté nucléaire

avancées du traité de Lisbonne et conserve une personnalité juridique distincte. La procédure législative ordinaire n'est ainsi pas applicable et le Parlement européen est simplement consulté sur les propositions législatives⁹⁴³.

Cette déshérence des fondements sectoriels de l'énergie s'est en contrepartie traduite par un intérêt croissant en faveur d'un régime juridique général.

b) L'émergence d'une politique commune sur l'énergie

Le droit communautaire ne comportait aucune disposition relative à une politique générale de l'énergie en dehors des traités sectoriels de la CECA et de la CEEA⁹⁴⁴. Cependant, dans l'arrêt de principe *Costa contre ENEL*, la Cour qualifie l'électricité de marchandise, ouvrant la voie à une intervention de l'Union sur le fondement du marché intérieur⁹⁴⁵. Un régime juridique européen relatif à l'énergie a alors pris son essor par la construction d'un marché intérieur de l'énergie⁹⁴⁶. Cette exégèse conférait au Parlement un rôle de co-législateur et un vote à la majorité qualifiée au Conseil. Elle a également permis d'appliquer au secteur énergétique le principe du droit d'établissement selon lequel toute entreprise établie dans un État membre peut étendre ses activités à l'ensemble du territoire de l'Union. Elle a encore contribué à harmoniser les règles sur l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures et à ouvrir à la concurrence un secteur jusque là marqué par des situations de monopoles⁹⁴⁷. Un droit dérivé relatif à l'énergie s'est alors développé sans toutefois bénéficier d'une base juridique autonome.

En complément, le législateur européen est intervenu à la marge dans le secteur énergétique, sur le fondement du rapprochement des législations de l'actuel article 114 du TFUE⁹⁴⁸. Des directives étaient adoptées pour harmoniser les spécifications techniques dans le domaine des produits pétroliers, notamment dans le secteur des transports avec une directive sur les émissions automobiles, la teneur en plomb des carburants, et le niveau maximal contenu en soufre dans les huiles légères ; puis s'est élargi à la promotion de l'efficacité énergétique des carburants, des chaudières, et des réfrigérateurs⁹⁴⁹. Les ancêtres de l'article 113 du TFUE furent également utilisés

des installations nucléaires, *JOUE* du 02/07/2009 ; directive 2011/70/Euratom du Conseil du 19 juillet 2011 établissant un cadre communautaire pour la gestion responsable et sûre du combustible usé et des déchets radioactifs, *JOUE* L 199/48 du 02/08/2011 ; D. AB IAGO, "Un cadre juridique européen pour les déchets radioactifs", *Europol. énerg.*, n° 788, 04/11/2010, p.1

⁹⁴³ *Europolitique*, n°3407, 7/11/2007, p.22

⁹⁴⁴ M. RUETE, "Une politique européenne de l'énergie", *LPA*, n° 84, 26/04/2007, p.5

⁹⁴⁵ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c./ ENEL*, aff. C-6/64, *Rec.* p.1141

⁹⁴⁶ C. VIAL, "Energie", *JCL Europe Traité, préc.*

⁹⁴⁷ Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures, JO L 164 du 30.6.1994, p. 3-8 ; CJCE, 10 juill. 1984, aff. 72/83, *Campus oil et autres c./ Ministère de l'énergie et de l'industrie*, *Rec.* p. 2727-2757

⁹⁴⁸ Directive 2000/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 janvier 2001 concernant les dispositions relatives à l'heure d'été, *JOCE* L.31 du 2 fév. 2001, p. 21

⁹⁴⁹ Directive 70/220/CEE du Conseil du 20 mars 1970 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux mesures à prendre contre la pollution de l'air par les gaz provenant des moteurs à allumage commandé équipant les véhicules à moteur, *JOCE* n° L. 76 du 6 avril 1970, p. 1 ; directive 85/210/CEE du Conseil du 20 mars 1985 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la teneur en plomb dans l'essence, *JOCE*, n°L. 96 du 3 avril 1985, p. 25 ; directive 75/716/CEE du Conseil du 24 novembre 1975 relative au rapprochement des législations des États membres concernant la teneur en soufre de certains combustibles liquides, *JOCE* n°L.307 du 27 nov. 1975, p. 22 ; directive 85/536/CEE du Conseil du 5 décembre 1985 concernant les économies

Le marché intérieur de l'énergie

en matière fiscale pour une harmonisation des droits d'accises des produits pétroliers et des taux de TVA sur les produits énergétiques⁹⁵⁰.

La normalisation technique constitue une voie complémentaire d'harmonisation du secteur énergétique, en permettant la compatibilité et l'interopérabilité des produits⁹⁵¹. Elle est élaborée par des entreprises en collaboration avec les pouvoirs publics. Les organismes nationaux de normalisation sont fédérés au niveau européen par le centre européen de normalisation (CEN) et le comité européen de normalisation électronique (CENELEC). Ces organismes élaborent trois types de documents : les normes européennes (EN), les documents d'harmonisation (HD) et les « *prénormes* ». La normalisation de l'énergie concerne essentiellement la production et le transport d'électricité, le secteur pétrolier, l'approvisionnement en gaz, les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique.

Des mécanismes d'observation des marchés institués par les traités CECA et CEEA puis repris dans le traité CE constituaient d'autres fondements pour une intervention dans le secteur énergétique, afin de régir la transparence dans la fixation des prix du charbon, du pétrole, du gaz et de l'électricité⁹⁵².

Ces bases légales ont permis l'émergence d'instances propres à l'énergie, en l'absence de fondement juridique spécifique⁹⁵³. Elles sont soit pérennes et généralistes comme la direction générale de l'énergie et des transports de la Commission européenne, le Conseil des ministres de l'énergie et la commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen (ITRE) ; soit sectorielles, voire temporaires comme l'observatoire de l'efficacité énergétique, le groupe de haut niveau de la Commission européenne sur la sûreté nucléaire et la gestion des déchets ou le forum consultatif sur l'éco-conception⁹⁵⁴. Cette multiplication de règles sectorielles a permis à la politique de l'énergie de devenir un domaine de compétence partagé entre l'UE et les Etats membres.

de pétrole brut par l'utilisation des composants de substitution dans l'essence, *JOCE* n° L.334 du 12 déc. 1985, p. 29 ; directive 92/42/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant les exigences de rendement pour les nouvelles chaudières à eau chaude alimentées en combustible liquide ou gazeux, *JOCE* n° L.167 du 22 juin 1992, p. 17

⁹⁵⁰ Directive 92/81/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant l'harmonisation des structures des droits d'accises sur les huiles minérales, *JOCE* n°L.316 du 31 oct. 1992, p. 12 ; Directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaire, *JOCE* n° L.145 du 13 juin 1977

⁹⁵¹ Directive 83/189/CEE du Conseil du 28 mars 1983 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et des réglementations techniques, *JOCE* n°L.109 du 26 avril 1983

⁹⁵² Décision 443/72/CECA du 22 décembre 1972 sur l'alignement des prix du charbon dans le marché commun, *JOCE* n° L.297 du 30 décembre 1972, p. 45 ; directive 76/491/CEE du Conseil du 4 mai 1976 concernant une procédure communautaire d'information et de consultation sur les prix du pétrole brut et des produits pétroliers dans la Communauté, *JOCE* n° L.140 du 28 mai 1976, p. 4 ; directive 90/377/CEE du Conseil du 29 juin 1990 instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité, *JOCE* n° L.185/16 du 17 juill. 1990

⁹⁵³ "Le marché intérieur de l'électricité chronique d'un débat", *CJEG*, mai 1997, p.166-173

⁹⁵⁴ Le groupe de haut niveau de la Commission européenne sur la sûreté nucléaire et la gestion des déchets fut institué le 17 juillet 2007 pour élaborer une analyse et renforcer les approches communes dans le domaine de la sûreté des installations nucléaires. *Europol. Env.*, 19/10/2007, n°732, p.18. ; décision 2008/592/CE de la Commission du 30 juin 2008 concernant le forum consultatif sur l'écoconception, *JOUE* n° L190 du 18 juillet 2008, p.22 ; pour une description détaillée des instruments d'harmonisation dans le secteur de l'énergie : M. AYRAL, *Droit communautaire de l'énergie*, GLN Joly Ed. , Paris, 1997, p. 27-41

B. Une compétence partagée

Lors du débat précédant l'adoption en première lecture, à l'Assemblée nationale, du projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, Christian Pierret remarquait l'absence d'une politique commune de l'énergie. Ces affirmations étaient corroborées par le Conseil de l'UE, affirmant dans sa résolution du 8 juillet 1996 que cette dernière se borne à mettre en place un processus de coopération entre la Communauté et les États membres, afin d'assurer une comptabilité entre les politiques énergétiques nationales et communautaires⁹⁵⁵. Le droit économique de l'énergie a depuis évolué par un encadrement du marché intérieur au profit de l'Union (1) et du secteur énergétique concernant les États (2)⁹⁵⁶.

1) Une compétence de l'Union relative au marché intérieur

Les dispositions du droit de l'UE s'imposent aux systèmes juridiques nationaux conformément au principe de primauté du droit de l'UE⁹⁵⁷. Celles-ci sont renforcées par un fondement unique sur l'énergie (a) mais demeurent encadrées par le principe de subsidiarité (b).

a) Des prérogatives renforcées par un fondement unique sur l'énergie

En instituant un article 194 au TFUE, le traité de Lisbonne innove par la reconnaissance d'un fondement spécifique à la politique de l'énergie. Quatre objectifs lui sont assignés : assurer le fonctionnement du marché de l'énergie ; assurer la sécurité de l'approvisionnement énergétique dans l'Union ; promouvoir l'efficacité énergétique, les économies d'énergie et le développement des énergies nouvelles et renouvelables ; promouvoir l'interconnexion des réseaux énergétiques. Ces mesures sont adoptées selon la procédure législative ordinaire, hormis celles de nature fiscale requérant l'unanimité au Conseil, après consultation du Parlement européen.

Bien qu'ayant peu d'incidence sur le strict terrain juridique, cette innovation pourrait produire des effets sur le plan politique par une légitimité renforcée de l'UE et une plus grande lisibilité pour le citoyen. Cette émancipation pourrait *in fine* aboutir à une « *Communauté européenne de l'énergie* », telle que prônée par Jacques Delors, Jerzy Buzek et Jean-Paul Fitoussi⁹⁵⁸.

Néanmoins, l'intervention européenne dans le secteur économique de l'énergie demeure circonscrite par le principe de subsidiarité.

⁹⁵⁵ Résolution du 8 juillet 1996 sur le Livre blanc de la Commission intitulé "une politique de l'énergie pour l'Union européenne", *JOCE* du 01/08/1996

⁹⁵⁶ P. BOGDANOWICZ, "Division of competences between the European Union and the Member States in the area of the European Union Energy Law", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.201-212 ; J.-M. CHEVALIER et J. PERCEBOIS, *Gaz et électricité: un défi pour l'Europe et pour la France*, la documentation française Rapport pour le Conseil d'analyse économique, 2008

⁹⁵⁷ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c./ ENEL*, *préc.*

⁹⁵⁸ C. LUCET, "Delors pour une "Communauté européenne de l'énergie"", *Sud ouest*, 30/11/2007 ; S. ANDOURA, L. HANCHER et M. VAN DER WOUDE, "Sur une proposition de Jacques DELORS: Vers une Communauté européenne de l'énergie : un projet politique", *Notre Europe*, n°.76, juil. 2010 ; "Jerzy Buzek plaide pour une Communauté européenne de l'énergie", *Euractiv*, 05/11/2009, www.euractiv.fr ; J.-P. FITOUSSI, "L'énergie pour relancer l' Europe", *Le Monde*, 07/11/2006 ; M. DERDEVET, "L'Europe en panne d'énergie", *Environnement & Société*, 18/05/2009, www.enviro2b.com

b) Des prérogatives encadrées par le principe de subsidiarité

L'UE en tant qu'organisation internationale n'est habilitée à intervenir que dans les domaines spécifiquement prévus par le droit originaire, selon les principes d'attribution des compétences, de subsidiarité et de proportionnalité. Le principe d'attribution des compétences familier des systèmes fédéraux, figure dans l'article premier du TFUE, disposant que « *le présent traité organise le fonctionnement de l'Union et détermine les domaines, la délimitation et les modalités d'exercice de ses compétences* »⁹⁵⁹. L'article 194 établit des prérogatives dans le domaine énergétique parmi lesquelles figure « *le fonctionnement du marché de l'énergie* », domaine d'intervention partagé, c'est-à-dire que les États membres peuvent légiférer dans la mesure où l'Union n'exerce pas sa compétence ou si elle décide de cesser de la mettre en œuvre⁹⁶⁰.

Conformément au principe de subsidiarité, l'Union est en droit d'intervenir « *seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États [...] mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* »⁹⁶¹. Selon une signification originale remontant à Aristote, chaque degré d'autorité doit exercer les attributions qui lui sont propres, sans avoir à recourir à une autorité d'un niveau supérieur⁹⁶². En ce sens, le préambule de la première directive sur l'électricité disposait que : « *conformément au principe de subsidiarité, un cadre de principes généraux doit être établi au niveau communautaire, mais (...) la fixation des modalités doit incomber aux États membres qui pourront choisir le régime le mieux adapté à leur situation propre* »⁹⁶³.

La mise en œuvre du principe de subsidiarité dans le marché intérieur de l'énergie repose sur deux volets devant être examinés lors de l'examen de justification d'une action normative de l'UE. D'une part, le « *test de nécessité* » exige d'examiner pourquoi les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être suffisamment atteints par les États membres⁹⁶⁴. D'autre part, « *le test de la valeur ajoutée de l'UE* », exige d'examiner si les objectifs de l'action proposée peuvent être mieux atteints grâce à une action au niveau de l'UE. Une fois légitimée, l'action de l'UE doit encore se conformer au principe de proportionnalité, selon lequel : « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* »⁹⁶⁵. Il conditionne le choix de l'instrument et le type d'action à mettre en œuvre. Tout projet d'acte législatif doit donc être motivé au regard de ces principes et leur respect fait l'objet d'un contrôle juridictionnel par la Cour

⁹⁵⁹ Le principe d'attribution des compétences figure à l'alinéa 2 de l'article 5 du TUE modifié par le traité de Lisbonne : « *en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ».

⁹⁶⁰ TFUE, art. 2§2

⁹⁶¹ TUE, art. 5§3

⁹⁶² C. ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre* (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni, LGDJ, Bibliothèque de droit public tome 242, thèse droit, Paris, 2006, p. 213

⁹⁶³ Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JO n° L 027 du 30/01/1997, p.20-29

⁹⁶⁴ I. PAPADOPOULOS, "L'usage stratégique des études d'impact dans la procédure législative européenne", in M. PHILIP-GAY (DIR.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p.16

⁹⁶⁵ TUE, art. 5§4 ; CJCE, 26 nov. 1956, aff. 8/55, *Fédération charbonnière de Belgique*, Rec. p.199 ; pour une analyse sur la mise en œuvre du principe C. F. DURAND, "La mise en œuvre du principe de subsidiarité", in F. DELPEREE (DIR.), *Le principe de subsidiarité*, LGDJ, Bruylant, 2002, p.368-373

de justice⁹⁶⁶.

Le principe de subsidiarité vise donc à limiter une réglementation européenne jugée trop abondante et trop détaillée⁹⁶⁷. Sa portée juridique doit pourtant être relativisée parce que son contrôle juridictionnel se limite généralement à un contrôle d'efficacité en termes de coûts et de bénéfices, et relève partiellement de considérations politiques, traduisant une prudence du juge de Luxembourg à son égard⁹⁶⁸. De plus, les dispositions relatives au marché de l'énergie comportent de par leur complexité, la spécificité d'une réglementation technique laissant parfois peu de libertés aux États quant à leur transposition. Dès lors, le fondement du marché intérieur confère une quasi omnipotence à l'Union, amenant Hervé Bribosia à le qualifier de « *compétence propre* », tandis qu'Alain Lamassoure propose son inclusion au sein des compétences exclusives de l'UE⁹⁶⁹.⁹⁷⁰

Ce phénomène semble se rattacher à l'observation que fait Mireille Delmas-Marty, d'une tendance du système juridique international à évoluer d'une compétence exclusivement étatique vers une compétence partagée avec ses institutions⁹⁷¹. Le contrôle renforcé du principe de subsidiarité par les Parlements nationaux instauré par le traité de Lisbonne pourrait limiter cette suprématie mais ses conditions de mise en œuvre restrictives présagent une efficacité limitée⁹⁷². Néanmoins, les États continuent de disposer de prérogatives spécifiques dans le secteur économique de l'énergie, tant pour des raisons historiques que stratégiques.

2) Une compétence nationale concernant l'énergie

Conformément à l'article 4 du TFUE, le marché intérieur de l'énergie demeure une compétence partagée entre l'Union et les États. Cependant, le droit national se borne dans les faits à fixer les modalités du marché intérieur de l'énergie (a) et à définir des obligations de service public (b).

⁹⁶⁶ Protocole n°2 au traité de Lisbonne sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, art. 5 et 8

⁹⁶⁷ H. BRIBOSIA, "Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne", *RDUE*, n°1, 2005, p. 26 ; sur le principe de subsidiarité: H. BRIBOSIA, "Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres - Commentaires sur l'article 3B du traité de Maastricht", in *Revue du Marché Unique européen*, n°4, 1992, p. 165 ; K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, "Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du traité CE", *CDE*, 1994, p. 3 ; R. DEHOUSSE, "Community competences: are there limits to growth?" in R. DEHOUSSE (ed.), *Europe after Maastricht - an ever closer Union?*, Munich, Law Books in Europe, 1994, p. 103 ; J.-B. AUBY, "Subsidiarité et droit administratif", *DA*, n°1, Repère 1, janv. 2005

⁹⁶⁸ J. VERHORVEN, "Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité", in F. DELPEREE (DIR.), *Le principe de subsidiarité*, LGDJ, Bruylant, 2002, p.375-385 ; P. SEGUIN, "Le principe de subsidiarité: la porte ouverte à l'extension illimitée du droit communautaire", *Libération*, 31/08/2009, p.4 ; J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, 1997, p. 116-126 ; R. DEHOUSSE, "Réflexions sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité", in F. DELPEREE (DIR.), *Le principe de subsidiarité*, LGDJ Bruylant, 2002, p. 364

⁹⁶⁹ A. LAMASSOURE, *La délimitation des compétences entre l'Union européenne et les États membres*, PE, 24/04/2002

⁹⁷⁰ Hervé Bribosia exerçait la fonction de rédacteur au sein du secrétariat de la Convention européenne et membre de la Task Force sur l'avenir de l'Union à la Commission européenne lors de la Conférence intergouvernementale 2003-2004 : H. BRIBOSIA, "Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne", *RDUE*, n°1, 2005, p. 41

⁹⁷¹ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, essais, 1998, p. 175

⁹⁷² Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, art. 7

a) La mise en œuvre du marché intérieur de l'énergie

Littéralement, l'article 4 du TFUE confère une marge de manœuvre aux autorités nationales dans la mise en œuvre du marché intérieur de l'énergie. Cependant, cette liberté d'action fut progressivement limitée par l'UE à compter de l'arrêt *British Telecom*, dans lequel la Cour condamne pour la première fois le cumul au sein d'une même entité des activités économiques et des fonctions d'autorité publique⁹⁷³. Elle fut ensuite restreinte par le droit dérivé qui impose une restructuration du marché, l'ouverture de certaines activités à la concurrence et l'établissement d'une autorité de régulation indépendante⁹⁷⁴.

Ces mesures s'inscrivent plus largement dans une évolution théorique et philosophique du droit de l'Union, dont le droit de l'énergie constitue un support essentiel, caractérisé par la notion de régulation, manifestant une transition d'instruments réglementaires classiques de première génération, à des instruments de deuxième génération fondés sur la volonté des parties et les échanges marchands⁹⁷⁵.

L'intervention nationale se prolonge dans la définition d'obligations de service public.

b) La définition d'obligations de service public

La transformation de l'environnement juridique du secteur énergétique s'est opérée au niveau européen par les directives 96/92/CE, 2003/54/CE et 2009/72/CE concernant le marché intérieur de l'électricité et par les directives 98/30/CE, 2003/55/CE et 2009/73/CE relatives au marché intérieur du gaz⁹⁷⁶. Les transpositions françaises figurent désormais dans le code de l'énergie, institué par

⁹⁷³ CJCE, 20 mars 1985, *Italie c./ Commission*, aff. 41/83, *Rec.* p. 873

⁹⁷⁴ LIVRE BLANC DU GOUVERNEMENT, *Vers la future organisation électrique française*, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, DGEMP, 1998 ; concernant les soutiens à une autorité sectorielle de régulation indépendante: J.L. DUMONT, *Réussir la future organisation électrique française*, Rapport au Premier Ministre, 02/07/1998 ; J. VALADE et H. REVOL, *La politique énergétique e la France: passion ou raison?*, Sénat, Rapport de la commission d'enquête chargée de recueillir des éléments relatifs aux conditions d'élaboration de la politique énergétique de la France et aux conséquences économiques, sociales et financières des choix effectués, vol. 439, 19/05/1998 ; Cons. Concu., avis 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE, *BOCC* du 16 juill. 1998, p. 383 ; J. BERGOUGNOUX, *Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Commissariat général du Plan, la documentation française, 2000, 347 p. ; la Commission de régulation de l'électricité fut instituée par l'article 28 de la loi no 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *préc.*

⁹⁷⁵ R. STEWART, "A New Generation of Environmental Regulation?" *Capital University Law Review*, n°29, 2001, p.21 ; M. TORRE-SCHAUB, "Gouvernance du climat: vieilles solutions pour nouveaux enjeux", *Cahiers droit Sciences & Technologies*, n°2, 2009, p.155

⁹⁷⁶ Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.* ; directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, *JOUE* L 176 du 15/07/2003, p. 37-56 ; directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *JOUE* n°L.211/55 du 14/08/2009 ; directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel *JOCE* L 204 du 21/07/1998, p. 1-12 ; directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *JOUE* L 176 du 15/07/2003, p. 57-78 ; directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *JOUE* n° L.211/94 du 14/08/2009

Le droit économique de l'énergie (droits européen et français)

l'ordonnance du 9 mai 2011⁹⁷⁷. Alors que les titres des dispositions européennes mettent l'accent sur la notion de marché intérieur, les transpositions législatives se focalisent sur la notion de service public, révélant une méfiance de la France lors de la négociation des premières directives, motivée par une place insuffisamment conférée au service public.

Le droit de l'Union prévoit la possibilité pour les États d'adopter des obligations de service public conformément au principe de subsidiarité. Cette notion présente un caractère historique dans le secteur énergétique national, apparaissant dès la loi du 25 juin 1895 concernant l'établissement des conducteurs d'énergie électrique, puis celles du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, et du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique⁹⁷⁸. Elle a considérablement évolué en un siècle, la transposition du droit de l'Union opérant une véritable « *modernisation* »⁹⁷⁹.

Des mesures peuvent être adoptées pour imposer aux entreprises des secteurs électriques et gaziers, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public pouvant porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat⁹⁸⁰. Pourtant, en 1980, la France fut contrainte d'aménager son monopole d'importation de pétrole régi par une loi du 30 mars 1928 et fondé sur les risques encourus pour l'approvisionnement pendant la guerre de 1914⁹⁸¹. A cet effet, la Cour de justice précise les modalités de mise en œuvre des obligations de service public en indiquant que des restrictions à la concurrence des opérateurs économiques doivent être admises « *dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une telle mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci* »⁹⁸². Elle ajoute qu'il faut que ces obligations présentent « *un lien avec l'objet du service d'intérêt économique général en cause et qu'elles visent directement à contribuer à la satisfaction de cet intérêt* »⁹⁸³.

L'implication croissante des instances européennes dans l'encadrement et le contrôle des obligations de service public a conduit les États à annexer au traité de Lisbonne, un protocole sur les services d'intérêt général, soulignant « *le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général* »⁹⁸⁴.

⁹⁷⁷ Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, *préc.*

⁹⁷⁸ Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, *JORF* du 17 juin 1906, p. 4105 ; loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, *JORF* du 18 octobre 1919 page 11523. Les concessions de service public sont qualifiées pour la première fois de « *concession de service public* » dans un avis du Conseil d'État du 15 novembre 1928, *bull. ch. Synd. Forc. Hydr., Rec.* 1929 p. 133

⁹⁷⁹ H. BONIFACY, *Le service public de la distribution de l'énergie*, thèse Droit, Paris, 1921 ; P. TESTE, *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Dalloz, Paris, 1940 ; E. BORDIER et S. DEGLAIRE, *Électricité, service public*, Berger-Levrault, Paris, 1963

⁹⁸⁰ *Ibidem.*, art 3§2

⁹⁸¹ Sur les aménagement de ce monopole : recommandation n°70-128 du 22 décembre 1969 à la République française, *JOCE*, n°L.31 du 9 février 1970 ; cf : Accord intervenu entre la France et la Commission: *Bull. CE*, 11/1979, pt 2.1.3.6

⁹⁸² CJCE, 27 avril 1994, *Cne d'Almelo e.a. c/ NV Energiebedrijf Ijsselmij.*, aff. C-393/92, pt. 49

⁹⁸³ CJCE, 23 oct. 1997, *Commission européenne c./ République française*, aff. C-159/94, *CJEG* févr. 1998, p. 68 ; S. RODRIGUES, "Marché unique et services publics : la Cour de justice poursuit sa quête de l'équilibre", *LPA*, n°20, 16/02/1998, p.9-16

⁹⁸⁴ Protocole sur les services d'intérêt général, art. 1 ; F. CHALTIEL, "Traité de Lisbonne : le service public", *LPA*,

Le marché intérieur de l'énergie

En plus de leur caractère émergent, les dispositions du marché intérieur de l'énergie se caractérisent par un contenu innovant.

II. Le régime juridique

Le marché intérieur de l'énergie présente la spécificité de reposer sur un corps de règles ordonné (A) instituant une régulation des activités (B).

A. Un corps de règles ordonné

Le marché intérieur de l'énergie est constitué de principes structurants (1) auxquelles s'adjoignent des règles de fonctionnement (2).

1) Des principes structurants

Les principes juridiques applicables sont composés des principes généraux du droit de l'Union (a) et de principes propres au marché de l'énergie (b).

a) L'applicabilité des principes généraux du droit de l'Union

Les principes généraux du droit de l'UE ne sont pas spécifiques au marché de l'énergie mais s'appliquent à lui et l'orientent. Ils sont consacrés par le juge qui les révèle en s'inspirant de nombreuses sources du droit, telles que les principes du droit international public et les principes communs à tous les systèmes juridiques⁹⁸⁵. Ils disposent d'une valeur juridique identique au droit originaire et priment sur le droit dérivé et les accords conclus avec des pays tiers de l'Union⁹⁸⁶.

Le principe de liberté constitue l'un des plus influant. Le juge de Luxembourg en a fait application à plusieurs reprises concernant la libre circulation des marchandises et s'applique pleinement au marché de l'énergie dans des déclinaisons propres⁹⁸⁷. Dans un recours en manquement intenté par la Commission contre l'Espagne pour illicéité d'un décret-loi, la Cour indique qu'en prévoyant un système d'autorisation préalable pour toute acquisition de parts supérieure à 10% ou toute autre acquisition conférant une influence significative dans une entreprise énergétique, ledit décret-loi méconnaît les « *principes de libre circulation des capitaux* » et de « *liberté d'établissement* »⁹⁸⁸.

Il en va de même du principe d'égalité, pour lequel le Tribunal rappelle dans une affaire relative à des contrats de promotion d'énergies renouvelables et d'économies d'énergies que : « *le principe d'égalité de traitement est violé lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente ou que des situations différentes sont traitées de manière identique, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié* »⁹⁸⁹. Le principe de non-discrimination est régulièrement employé dans la législation sur le marché de l'énergie et constitue « *une expression*

n° 109, 30/05/2008, p.6

⁹⁸⁵ L. CARTOU, J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 6 ed, 2006, p. 223

⁹⁸⁶ *Ibidem.*, p. 227

⁹⁸⁷ CJCE, 1er juill. 1969, *Commission c./ Italie*, aff. 24/68, *Rec.* p. 193

⁹⁸⁸ CJCE, 14 févr. 2008, *Commission c/ Espagne*, aff. C-274/06, *Europe*, 2008, comm. 115, obs. F. KAUFF-GAZIN ; L. IDIOT, "Actions spécifiques et secteur de l'énergie", *Agence Europe*, n° 10, comm 310, oct. 2008

⁹⁸⁹ CJCE, aff. C 558/07, 7 juillet 2009, *S.P.C.M. e.a.*

Le droit économique de l'énergie (droits européen et français)

spécifique du principe général d'égalité »⁹⁹⁰. Les conclusions de l'avocat général Stix-Hackl précisent la portée du principe concernant la directive électricité en indiquant qu'il ne peut être restrictivement appréhendé comme applicable aux simples dispositions techniques mais doit s'étendre à l'ensemble des choix du gestionnaire, et en tire les conséquences en considérant qu'une allocation prioritaire de capacités de transport doit être regardée comme contraire au principe de non-discrimination⁹⁹¹. La Cour précise que ce principe s'applique à toute forme de discrimination⁹⁹².

Le principe de sécurité juridique est un principe général du droit de l'UE depuis un arrêt Bosch du 6 avril 1962⁹⁹³. L'avocat général Stix-Hackl précise sa portée au regard de la protection de la confiance légitime dans le secteur de l'énergie, en reprenant une jurisprudence constante selon laquelle : « *les règles communautaires de droit matériel doivent être interprétées [...] comme ne visant des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur que dans la mesure où il ressort clairement de leurs termes, finalité ou économie, qu'un tel effet doit leur être attribué* »⁹⁹⁴. En ce sens, le juge admet la validité d'une période transitoire au terme de laquelle devra intervenir la cession anticipée d'une concession trentenaire de service public de distribution du gaz naturel⁹⁹⁵.

D'autres principes généraux précisent les dispositions du marché intérieur de l'énergie tels que le principe de proportionnalité pour lequel l'avocat général Stix-Hackl fait implicitement référence dans l'affaire *Vereniging voor Energie* ; le principe de solidarité entre les États membres qui reçoit une acception particulière à l'article 122 du TFUE relativement à la notion de solidarité énergétique ; le principe de concurrence effective pour les abus de position dominante et les ententes verticales, la prévention des financements étatiques distorsifs, et la protection de la qualité du service public⁹⁹⁶.

Ces principes ont une fonction de légitimation, de constitutionnalisation et de cohésion du droit de l'énergie⁹⁹⁷. Leur reprise conduit à préciser son contenu voire à consacrer des déclinaisons

⁹⁹⁰ Voir les directives gaz, électricité et le Règlement (CE) n° 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel, JO n° L 289 du 03/11/2005, p. 1-13, notamment le point 6 du préambule ; CJCE, 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water e.a. c./Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Énergie*, Aff. C-17/03, conclusions de l'avocat général Stix-Hackl, pt. 55

⁹⁹¹ CJCE, 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water e.a. c./Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Énergie*, Aff. C-17/03, conclusions de l'avocat général Stix-Hackl, pt. 55

⁹⁹² J.-P. LEHMAN, "L'accès prioritaire d'un opérateur historique à un réseau de transport intra-communautaire constitue une discrimination par rapport aux principes fondamentaux du Traité", *Lexbase hebdo Ed. affaires*, n° 173, 23/06/2005

⁹⁹³ CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, Aff. 13/61, *Rec. CJCE* 1962, p. 101

⁹⁹⁴ CJCE, 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water e.a. c./Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Énergie*, Aff. C-17/03, conclusions de l'avocat général, Mme Christine STIX-HACKL., pt. 64 ; selon une jurisprudence constante, la possibilité de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime est ouverte à tout opérateur économique dans le chef duquel une institution a fait naître des espérances fondées.

⁹⁹⁵ CJCE, 17 juill. 2008, *ASM Brescia SpA c/ Comune di Rodengo Saiano*, aff. C-347/06

⁹⁹⁶ CJCE, 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water e.a. c./Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Énergie*, aff. C-17/03, conclusions de l'avocat général, Mme Christine Stix-Hackl pt. 61 ; sur le principe de solidarité : CJCE, 7 fév. 1973, *Commission c/ Italie*, aff. 39/72, *Rec.* p. 101 ; sur le principe de concurrence effective : CJCE., 28 mars 1995, *Kleinwort Benson Ltd/ City of Glasgow District Council*, aff. C-346/93 ; D. N. TRIANTAFYLLOU, "De la libéralisation à la régulation des marchés", *RDUE*, n° 3, 2007, p.653-660

⁹⁹⁷ J. MOLINIER (DIR.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, IREDE FRE-CNRS, Université de Toulouse1 sciences sociales, mars 2004, p. 35-48

Le marché intérieur de l'énergie

spécifiques, et s'accompagne de principes propres au marché de l'énergie.

b) Les principes du marché de l'énergie

Le préambule de la directive électricité fait référence à la nécessité d'établir des conditions de concurrence équitables, l'accès non discriminatoire aux réseaux, et un accès effectif au marché. Laurent Richer remarque que l'adoption des directives sur la libéralisation du marché de l'énergie ne doit pas être appréhendée isolément mais dans une vision globale intégrant les directives relatives à la libéralisation des marchés des télécommunications, des transports ferroviaires, de l'électricité et du gaz. Il relève des principes communs qu'il qualifie de « *principes du droit des réseaux* »⁹⁹⁸. Complétant ces propos, Sophie Nicinski et Pierre Pintat remarquent que ces principes constituent des « *"lois" de la libéralisation des réseaux, qui s'articulent autour de deux grands axes : d'une part, substituer un marché concurrentiel à une exploitation monopolistique et, d'autre part, pourvoir à la régulation de ce secteur, autrement dit assurer une saine concurrence entre les opérateurs, grâce à l'intervention des autorités publiques* »⁹⁹⁹. La transposition de ces dispositions en droit français se traduit par la consécration d'un « *droit d'accès aux réseaux et aux installations* » à la charge des gestionnaires de réseaux et au profit des utilisateurs¹⁰⁰⁰.

Les directives sur les marchés intérieurs de l'électricité et du gaz prévoient un renforcement de l'indépendance des gestionnaires de réseaux par rapport aux activités de production et de fourniture. A cet effet, elles offrent trois options aux États membres : soit opérer une séparation patrimoniale des réseaux de transport, soit confier la gestion à une société tierce tout en conservant leur propriété (modèle dit ISO), soit renforcer l'indépendance des gestionnaires de réseaux sous le contrôle du régulateur (option dite ITO). Le code de l'énergie retient ce dispositif en instaurant un principe de séparation entre les activités de réseaux et les activités de production ou de fourniture¹⁰⁰¹.

Les articles L.111-35 et suivant du code de l'énergie déterminent les modalités de transparence dans la comptabilité des gestionnaires de réseaux d'électricité et de gaz afin d'éviter des discriminations, des subventions croisées et des distorsions de concurrence avec les activités de production et de fourniture. A ce titre, l'Autorité de la concurrence fait référence dans un avis du 20 octobre 2005 à des « *principes de séparation comptable* »¹⁰⁰².

Les articles L.342-7 et 8 du code de l'énergie prévoient ensuite des « *principes généraux de calcul de la contribution, due au gestionnaire du réseau public* » d'électricité, arrêtés par les

⁹⁹⁸ L. RICHER, "Droit d'accès et service public", *AJDA*, n°2, 16/01/2006, p.73-79

⁹⁹⁹ S. NICINSKI et P. PINTAT, "La libéralisation du secteur gazier", *AJDA*, 2003, p.223

¹⁰⁰⁰ C. éner., art. L.111.91 à 110 ; L. RICHER, "Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie", *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne - Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits*, Dalloz, juin 2004, p.397 ; L. IDOT, "Accès aux réseaux", *Europe*, n°1, comm. 14, janv. 2006

¹⁰⁰¹ C. éner., art. L.111-7 et L.111-57 à 60

¹⁰⁰² L.111-84 à 90 ; Cons. conc., avis n° 05-A-19 du 20 octobre 2005 relatif aux principes à respecter pour l'établissement par EDF d'une comptabilité séparée pour les clientèles éligibles et non éligibles ; CRE, Délibération du 14 juin 2006 relative aux principes, applicables à Électricité de France, de tenue de comptes séparés, pour les activités de fourniture aux clients éligibles et de fourniture aux clients non éligibles ; T. TUOT, "Régulations chronique", *Concurrences*, n°6, 2006, p.152-153

ministres chargés de l'économie et de l'énergie.

Au regard de leur énoncé, ces principes semblent revêtir une portée juridique prescriptive qu'il appartient au juge de préciser. Dans chacun des cas, ceux-ci contribuent à rationaliser le droit de l'énergie autour de concepts clés. Ils permettent d'accroître la lisibilité du droit et bénéficient d'une mise en œuvre dans une série de règles de fonctionnement.

2) Des règles de fonctionnement

En décidant d'ouvrir une partie des secteurs de l'électricité et du gaz à la concurrence, le droit dérivé de l'Union sectorise (a) et dissocie le marché de l'énergie (b).

a) Un marché sectorisé

Le droit de l'Union organise le marché de l'énergie en quatre secteurs relatifs à la production, au transport et à la distribution, au stockage, et au commerce d'énergie, chacun étant encadré par un régime juridique particulier¹⁰⁰³.

Les activités de production des hydrocarbures sont appréhendées par une directive du 30 mai 1994¹⁰⁰⁴. Elle ouvre à la concurrence l'accès à la ressource et établit des règles en matière de transparence et de non-discrimination¹⁰⁰⁵. Elle donne compétence aux États pour prescrire des mesures relatives à l'exercice et à l'arrêt des activités. L'article L.112-1 du code de l'énergie précise que sous réserve de dispositions particulières, le marché pétrolier s'effectue librement. Contrairement aux hydrocarbures, la production d'électricité était caractérisée par un quasi-monopole en faveur d'EDF depuis la loi de nationalisation de 1946¹⁰⁰⁶. Le droit de l'UE ouvre le secteur de la production électrique à la concurrence, l'accès au marché s'effectuant par le mécanisme de l'autorisation préalable et par des appels d'offre selon des critères objectifs, transparents et non-discriminatoires.

Les activités de transport et de distribution d'électricité et de gaz sont fédérées par la notion de « *droit des réseaux* » du fait de la similarité de leur régime juridique¹⁰⁰⁷. Elles se caractérisent par une absence de concurrence et des obligations de service public. La notion de « *réseau* » n'étant pas définie par les directives, il convient de se référer à la définition de transport d'électricité constitué du « *réseau à très haute tension et à haute tension interconnecté aux fins de fourniture à*

¹⁰⁰³ C. éner., art. L.111-1

¹⁰⁰⁴ Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures, JO L 164 du 30/06/1994, p. 3-8

¹⁰⁰⁵ V. BAUDOUIN, *L'action communautaire appliquée aux hydrocarbures minéraux*, Université de Poitiers. Faculté de droit et des Sciences Sociales, thèse, 1999, p. 172 et s.

¹⁰⁰⁶ Sur les exceptions à la nationalisation : P. SABLIERE, "La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz", *CJEG*, n°.hors série, févr. 1993, p. 103 et s. R. COION, "Le régime juridique de la production d'électricité en France dans la loi du 10 février 2000", *CJEG*, juill. 2001, p. 269 à 281 ; J. M AUBY et A. EKAM, "Évolutions juridiques récentes de la production autonome d'électricité", *LPA*, n°.32, 15/03/1995, p.16-20

¹⁰⁰⁷ L. RICHER, "Commentaire de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité", *préc.* ; C. LEMAIRE, *Énergie et concurrence: recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Université de Droit, d'économie et des sciences d'Aix Marseille, thèse droit, Faculté de droit et des Sciences Politiques, 2003, p. 100-103

Le marché intérieur de l'énergie

des clients finals ou à des distributeurs »¹⁰⁰⁸. La distribution d'électricité est quant à elle appréhendée comme « *le transport d'électricité sur des réseaux de distribution à haute, à moyenne et à basse tension aux fins de fourniture* »¹⁰⁰⁹. Ces définitions laconiques ont dans un premier temps conduit à se reporter aux cahiers des charges type, avant que le législateur n'intervienne en distinguant les installations d'une tension supérieure à 50 kilovolts constituant en principe un ouvrage du réseau de transport, tandis que celles d'une tension inférieure relèvent du réseau de distribution¹⁰¹⁰. Le problème est similaire concernant le gaz, un décret du 15 octobre 1985 précisant que les ouvrages de haute pression relèvent en principe du transport tandis que ceux de moyenne et de basse pression concernent la distribution¹⁰¹¹.

Les activités de stockage d'hydrocarbures font l'objet de concessions dans le cadre du livre II du code minier¹⁰¹²

La commercialisation correspond à la vente et à la revente d'électricité et de gaz naturel, englobant les activités de négoce¹⁰¹³. Cette activité est soumise à une autorisation préalable du ministre chargé de l'énergie¹⁰¹⁴. Nominative et incessible, elle est accordée selon des critères objectifs, transparents et non-discriminatoires fondés sur les capacités techniques, économiques et financières du candidat et sur sa capacité à remplir les obligations de service public afférentes. Alors que la Cour de justice reconnaissait la validité des monopoles d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz français, la libéralisation des marchés de l'énergie met un terme à cette prérogative¹⁰¹⁵.

Les règles de fonctionnement du marché de l'énergie sont également à l'origine d'une dissociation entre des activités concurrentielles et monopolistiques.

b) Un marché dissocié

Les dispositions relatives au fonctionnement du marché de l'énergie font évoluer les activités vers deux voies distinctes. D'une part, un mouvement de libéralisation s'observe concernant les activités périphériques de réseaux (production et commercialisation d'énergie) caractérisées par une liberté d'exercice encadrée par le code de l'énergie et une soumission aux règles générales du droit

¹⁰⁰⁸ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 2§3

¹⁰⁰⁹ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 2§5

¹⁰¹⁰ C. énerg., art. L.321-4 ; décret du 23 décembre 1994 approuvant le cahier des charges type de la concession à Électricité de France du réseau d'alimentation générale en énergie électrique, *JORF* n°300 du 28 décembre 1994, p. 18564

¹⁰¹¹ Décret n°85-1108 du 15 octobre 1985 relatif au régime des transports de gaz combustibles par canalisations, *JORF* du 17 octobre 1985 p. 12071 ; P. LOMBART, "Le régime juridique du transport et de la distribution de gaz", *CJEG*, 1989, p.3-19 ; la loi de 1946 a permis le maintien de distributeurs non nationalisés tant pour l'électricité que pour le gaz ; I. DAMAY, "Gas storage in France", *OGLTR*, n°5, 1999, p.117-124 ; décret n°61-1191 du 27 octobre 1961 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 37 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et celle du gaz, *JORF* du 3 novembre 1961 p. 9996

¹⁰¹² C. énerg., art. L.421-1

¹⁰¹³ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 2 ; directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *préc.*, art. 2

¹⁰¹⁴ C. énerg., art. L.333-1 et L. 443-1

¹⁰¹⁵ CJCE, 23 oct. 1997, *Commission c/ France*, *AJDA*, 1997, p. 991, note F. HAMON

de la concurrence.

A l'inverse, des situations de monopoles ou d'oligopoles s'appliquent à l'égard des gestionnaires de réseaux. Ce phénomène se vérifie également au niveau européen par un rapprochement organique des gestionnaires nationaux de réseaux de transport d'énergie, opéré par deux règlements du 13 juillet 2009, prolongeant un mouvement engagé il y a plus de cinquante ans¹⁰¹⁶. Il présente la particularité d'avoir été anticipé par les intéressés qui s'étaient préalablement regroupés au sein de l'*European Network of Transmission System Operators for Electricity* (ENTSO-E) et la *Gas Infrastructure Europe* (GIE)¹⁰¹⁷.

En sus d'une structuration du marché de l'énergie, l'innovation de la loi européenne réside dans une régulation du secteur énergétique.

B. Des activités régulées

La notion de régulation s'est affirmée dans l'affaire *République italienne contre Commission*, qui s'est traduite par une condamnation de l'entreprise publique British Telecom pour abus de position dominante, pour avoir établi une réglementation restrictive à l'encontre des agences britanniques de réexpédition des messages, afin d'éviter de lui faire concurrence dans certains services de télécommunication¹⁰¹⁸.

La régulation peut être définie selon deux acceptions. De manière sectorielle, elle est appréhendée comme la gestion d'un secteur économique selon un corps de règle qui lui est propre¹⁰¹⁹. Plus largement, elle est perçue comme un renouvellement de l'intervention publique, voire comme une réflexion sur les transformations du système juridique¹⁰²⁰. Dans les deux cas, les autorités de régulation jouent selon Jacques Chevallier, le rôle « *d'intermédiaires entre administration et justice, elles ne se substituent ni à l'une ni à l'autre, mais viennent compléter le dispositif d'encadrement de l'économie* »¹⁰²¹. Elles interviennent soit exclusivement en tant qu'instances nationales (1), soit sous la forme d'une co-régulation (2)¹⁰²².

1) Une régulation nationale

L'institution d'une autorité administrative indépendante (AAI) propre au marché de l'énergie tient à la technicité de la matière, justifiant l'intervention d'une « *administration* » ou d'un « *juge* »

¹⁰¹⁶ Règlement (CE) n°714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n°1228/2003, *JOUE* n° L.211/15 du 14/08/2009 ; Règlement (CE) n°715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) n°1775/2005, *JOUE* n° L.211/36 du 14/08/2009

¹⁰¹⁷ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM/2010/84 final, pt. 6: Régulation efficace par les régulateurs

¹⁰¹⁸ CJCE, 20 mars 1985, *République italienne c/ Commission*, aff. 41/83, *Rec.* 1985, p. 873, concl. DARMON

¹⁰¹⁹ M.-A FRISON-ROCHE, "La régulation, objet d'une branche du droit", in droit de la régulation : questions d'actualité, *LPA n° spécial*, 3/06/2002, p.3-7

¹⁰²⁰ J. CHEVALLIER, "La régulation juridique en question", *Droit et société*, n°.49, 01/09/2001, p.827-846

¹⁰²¹ J. CHEVALLIER, "Régulation et polycentrisme dans l'administration française", *Revue administrative*, n°.301, janv.-fév. 1998 p.43-53

¹⁰²² L. GRARD, "L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications", *Cahiers de droit de l'entreprise*, 06/05/2004, p.11-13

spécialisé considéré comme plus apte à exercer un contrôle approfondi. Elle confère à la Commission de régulation de l'énergie (CRE) une autorité (a) et des garanties d'indépendance (b)¹⁰²³.

a) La CRE autorité administrative

La CRE fut instituée par la loi du 3 janvier 2003 sous la forme d'une autorité administrative indépendante, suite à une évolution de la Commission de régulation de l'électricité, pour garantir un accès non-discriminatoire et transparent aux réseaux publics de transport, de distribution et de stockage de gaz et d'électricité¹⁰²⁴. Selon Marie-Anne Frison-Roche, elle symbolise une modernisation de l'intervention publique : « *dans la nouvelle régulation juridique qui se met en place, le régulateur sera alors contraint à de nouvelles règles procédurales, productives de sécurité : motivation des décisions, cohérence des décisions dans l'espace et dans le temps, système contraignant des précédents* »¹⁰²⁵. Elle est qualifiée d'autorité administrative indépendante par le Conseil d'État¹⁰²⁶. Cependant, dans son rapport de 2001 sur les AAI, celui-ci précise qu'« *aucune logique d'ensemble préétablie ne guide le mouvement de création des autorités administratives indépendantes ; le recours à la notion ne fait que répondre à chaque fois à un problème spécifique* », recensant en ce sens une trentaine d'autorités similaires. Selon Aude Rouyère, cette notion est dominée par l'empirisme, et constitutive d'un « *démembrement* » de l'État central pour Bertrand du Marais¹⁰²⁷.

La consécration d'une autorité indépendante de régulation se heurtait préalablement à deux principes de rang constitutionnel. D'une part et conformément aux articles 20 et 21 de la Constitution, le Gouvernement et le Premier ministre bénéficient en principe du monopole du pouvoir exécutif. D'autre part, le cumul du pouvoir exécutif avec un pouvoir de sanction pouvait sembler contraire au principe de séparation des pouvoirs, l'article 66 de la Constitution conférant la compétence de droit commun à l'autorité judiciaire. Dans sa décision relative à la liberté de la communication audiovisuelle et au CSA, le Conseil constitutionnel répondit à ces interrogations en reconnaissant la licéité de l'attribution d'un pouvoir réglementaire aux AAI, sous condition d'indépendance statutaire et organique, les décisions demeurant soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Il valide la compétence réglementaire attribuée par le législateur, sous réserve que cette « *habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée, tant par leur champ d'application que par leur contenu* » et que cette compétence demeure soumise à un contrôle

¹⁰²³ J.-F. BRISSON, "La réception en droit national des autorités de régulation", *Cahier de droit de l'entreprise*, n°2, 06/05/2004, p.14-21

¹⁰²⁴ Loi n°2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, *JORF* du 04/01/2003, p. 265

¹⁰²⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, "Droit de l'énergie, droit à l'énergie", *Revue de l'énergie*, n°509, 1999, p.615-618

¹⁰²⁶ CONSEIL D'ETAT, *Les autorités administratives indépendantes*, études et documents n°52, 2001, p 274 et s. ; V. LAMANDA, "Avant-propos", *RFDA*, 2010, p.873

¹⁰²⁷ J.-L. AUTIN, "Intervention des autorités administratives indépendantes", *JCL Libertés*, fasc. 300 01/05/2009 ; A. ROUYERE, "La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification?", *RFDA*, 2010, p.887 ; B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de sciences po et Dalloz, 2004, p. 513 ; S. TRAORÉ, "Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique?", *DA*, étude 16, août 2004

Le droit économique de l'énergie (droits européen et français)

ministériel, notamment par le mécanisme de l'homologation¹⁰²⁸. Le législateur peut ensuite confier un pouvoir de sanction aux AAI « *dans la limite nécessaire à l'accomplissement* » de leur mission, à condition qu'il soit assorti « *de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »¹⁰²⁹. Il doit également répondre à cinq principes que sont la légalité des peines et des infractions, l'absence de peines privatives de liberté, la proportionnalité, le non-cumul avec des sanctions pénales (*non bis in idem*), et la garantie des droits et des libertés comprenant notamment la possibilité d'un sursis à exécution ou d'un recours juridictionnel suspensif.

Dans ces conditions, les articles L.131-1 et suivant du code de l'énergie donnent compétence à la CRE pour concourir au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel, en veillant notamment au respect du droit d'accès aux réseaux, à la surveillance des transactions du secteur énergétique, et à l'assurance d'une cohérence des offres avec les contraintes économiques et techniques. A cet effet, elle est consultée lors de l'examen des projets de règlements qui lui sont obligatoirement soumis par le Gouvernement ou de sa propre initiative, sur les projets réglementaires relatifs à la tarification des énergies et à l'utilisation des réseaux d'énergie, sur les comptes des opérateurs chargés de mission de service public, sur les prescriptions techniques des réseaux, et sur les autorisations et projets de règlements relatifs à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'énergie. Elle peut également l'être par les commissions parlementaires compétentes en matière d'énergie, le Conseil supérieur de l'énergie, l'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz, l'Autorité de la concurrence et le Conseil économique, social et environnemental.

Elle dispose de pouvoirs de proposition concernant les tarifs d'utilisation des réseaux et des installations de gaz naturel liquéfié ; le montant des charges imputables aux missions de service public assignées aux producteurs d'électricité et le montant des contributions des redevables et des bénéficiaires qui s'y rapportent.

Elle approuve les programmes d'investissement des gestionnaires de transport d'énergie et agréé les organismes indépendants chargés de vérifier la comptabilité des opérateurs relevant des charges imputables aux missions de service public¹⁰³⁰.

Elle met en œuvre les appels d'offres dans les conditions décidées par le ministre chargé de l'énergie.

Ses prérogatives s'étendent régulièrement puisqu'elle est désormais compétente pour veiller à la bonne exécution des règles relatives à l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique et aux

¹⁰²⁸ Cons. Const., décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, CSA, *Rec.*, p. 18, consid. 27 ; Cons. const., 18 sept. 1986, déc. n° 86-217 DC, *loi relative à la liberté de communication*, *Rec.*, p. 141

¹⁰²⁹ Cons. const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC, *préc.*, consid. 27 et 61 ; Cons. const., 18 sept. 1986, déc. n° 86-217 DC, *préc.*, consid. 58 ; M. DEGOTTE, "Constitution et compétences normatives économiques des « autorités de régulation »", *LPA*, n° 16, 22/01/2009, p.18 ; C. TEITGEN-COLLY, "Les instances de régulation et la Constitution", *RDP*, 1990, p.153 ; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992

¹⁰³⁰ CRE délib., 21 déc. 2006 sur le programme d'investissement de RTE pour 2007 ; CRE déc., 12 déc. 2007, relative aux programmes d'investissements de GRT gaz et TIGF pour 2008

Le marché intérieur de l'énergie

réseaux de transport et de stockage géologique de dioxyde de carbone¹⁰³¹.

La CRE constitue donc une véritable autorité administrative et en subit également les conséquences, puisqu'en cas de dysfonctionnement, la responsabilité de l'État pourrait être recherchée sur le fondement de la faute lourde conformément à une jurisprudence constante du Conseil d'État¹⁰³². La seconde caractéristique de la CRE tient à son indépendance.

b) La CRE autorité indépendante

L'indépendance de la CRE trouve son origine dans les directives sur les marchés de l'électricité et du gaz¹⁰³³. Littéralement, la CRE est indépendante et impartiale, l'article L.133-6 du code de l'énergie disposant que « *les membres et agents de la Commission de régulation de l'énergie exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme* ». L'exigence d'indépendance se développe dans deux directions¹⁰³⁴. D'une part, une indépendance s'opère à l'égard des acteurs du secteur énergétique afin d'éviter toute tentative de « *capture* » par un groupe d'intérêt (un opérateur, des consommateurs, l'industrie...). D'autre part, une indépendance s'applique envers l'appareil de l'État, la justification se fondant essentiellement sur la persistance de compagnies publiques dans le secteur de l'énergie.

A cet effet, la CRE est composée de cinq membres nommés de manière irrévocable par le président de la république, le premier ministre et les président de l'Assemblée nationale et du Sénat¹⁰³⁵. Ceux-ci sont dégagés de toute tutelle ou autorité hiérarchique à l'égard du pouvoir exécutif, excluant toute possibilité d'ordre ou d'instruction émanant du Gouvernement¹⁰³⁶. Leur fonction est incompatible avec toute activité professionnelle, tout mandat, tout emploi public et toute détention d'intérêts dans une entreprise du secteur de l'énergie. Cette indépendance est renforcée par une forme collégiale au même titre que la plupart des AAI françaises bien que ce choix ne constitue pas la panacée dans l'UE, le Royaume-Uni étant caractérisé par un office indépendant de régulation dirigé par un directeur général. Elle est encore assurée par un traitement du président et de ses membres respectivement à la première et la deuxième échelle des deux catégories supérieures des emplois de l'État classés hors échelle.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser les critères de cette indépendance lors d'un recours intenté par *Greenpeace* contre la nomination de Jean Syrota par le président de la

¹⁰³¹ C. éner., art. L.336-1 ; c. env., art. L.229-48 à 51 ; T. GARANCHER, "Un exemple original de régulation dans le secteur de l'énergie : la loi NOME", *BDEI*, n°32, 2011, p.45 ; R. PEYLET, "La nouvelle organisation du marché de l'électricité", *RFDA*, mars-avril 2011, p.311-315

¹⁰³² CE, 24 janv. 1964, *min. fin. c/ A.* : *Rec.*1964, p. 43 ; CE, 22 juin 1984, *Sté Pierre et Cristal*, *Rec.* 1984, p.736 ; CE, ass., 30 nov. 2001, *min. Éco. c/ Épx Kechichian*, *AJDA*, 2002, p. 133 ; A. ROUYÈRE, "La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation", *Revue Lamy de la Concurrence*, n°4, 2005 ; J.-L. AUTIN, "Intervention des autorités administratives indépendantes", *JCL Libertés*, fasc. 300 01/05/2009

¹⁰³³ J. ZILLER, "Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne", *RFDA*, 2010, p.901

¹⁰³⁴ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de sciences po et Dalloz, 2004, p. 518-522

¹⁰³⁵ A. ROUYÈRE, "La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ?", *préc.*

¹⁰³⁶ J.-M. SAUVÉ, *Les autorités administratives indépendantes*, audition par MM. Christian Vanneste et René Dosière, Députés, rapporteurs de la mission mise en place par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les autorités administratives indépendantes, 11/02/2010

République¹⁰³⁷. Dans ce litige, l'ONG mettait en cause l'indépendance et l'impartialité de son président du fait de ses fonctions d'ancien directeur de la COGEMA, et de ses qualités de membre du Conseil d'administration de Total et du conseil de surveillance de Suez. Le Conseil rejeta la requête en considérant que la démission de ces fonctions suffisait pour remplir les conditions d'indépendances exigées légalement. Il précise ensuite qu'il n'opère qu'un contrôle restreint sur la nomination des membres des autorités administratives indépendantes¹⁰³⁸.

La CRE est également caractérisée par la présence d'un commissaire du Gouvernement qui dispose de compétences étendues telles que l'inscription à l'ordre du jour de toute question intéressant la politique énergétique, la sécurité et la sûreté des réseaux publics de transport et de distribution, le stockage de gaz naturel et les installations de GNL. Elle n'est pas dotée de la personnalité juridique et demeure un service de l'État, organisé par la loi au sein du pouvoir exécutif, bien que sans lien hiérarchique avec le Gouvernement¹⁰³⁹. Elle adopte son règlement intérieur, mais la publication d'un décret concernant les règles applicables devant la CRE a conduit à sa révision¹⁰⁴⁰. Elle ne dispose pas de l'autonomie budgétaire puisque les crédits nécessaires à l'accomplissement de sa mission font l'objet d'une dotation étatique¹⁰⁴¹. Afin de concilier « *les principes d'indépendance et de responsabilité auxquels elle est particulièrement attachée* », elle suggère de lui affecter des ressources assises sur le chiffre d'affaire des gestionnaires de réseaux ou de présenter ses demandes budgétaires directement devant les commissions compétentes du Parlement¹⁰⁴². Thierry Tuot propose l'instauration d'une ressource propre à l'instar de l'OFGEM en Grande-Bretagne, indexée par exemple sur les kilowattheures ayant transité sur le réseau en un an¹⁰⁴³.

La CRE bénéficie donc d'un ensemble de dispositions garantissant son indépendance pouvant être optimisées par ces aménagements proposés. Son action est complétée par des formes complémentaires de co-régulation.

2) Une co-régulation

Claude Mandil remarque que la régulation du marché de l'énergie s'oriente au niveau européen vers un rapprochement des régulateurs nationaux (a). En complément, le médiateur national de l'énergie contrôle la qualité du service en collaboration avec les usagers (b)¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁷ CE, 16 mars 2001, *Greenpeace et Acter*, n° 221255, 221392

¹⁰³⁸ A l'encontre de la nomination du président et des membres de l'ASN : CE, 19 déc. 2007, n° 300451, *Commission de recherche et d'information indépendantes sur la radioactivité* ; note P. TROULLY, *Env.*, n°2, fév. 2008, comm. 38 ; J.-L. AUTIN, "Le devenir des autorités administratives indépendantes", *RFDA*, 2010, p.875

¹⁰³⁹ J.-L. AUTIN, "Autorités administratives indépendantes", *JCL-A*, fasc. 75, pt. 18

¹⁰⁴⁰ Décret n° 2000-894 du 11 sept. 2000 relatif aux procédures applicables devant la Commission de régulation de l'électricité, *JORF* du 16 sept. 2000, p. 14519

¹⁰⁴¹ C. éner., art. L.133-5

¹⁰⁴² CRE, *Rapport d'activité*, juin 2001, 48 p.

¹⁰⁴³ T. TUOT, "La loi du 10 février 2000 un an après l'installation de la régulation du marché électrique - le point de vue de M. Thierry Tuot, directeur de la CRE", *CJEG*, n° 573, fév. 2001, p.51-57

¹⁰⁴⁴ C. MANDIL, "La régulation dans le cadre d'une politique sectorielle publique ", *LPA*, n° 82, 10/07/1998, p.11 ; Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* n°L.1/1 du 4/01/2003

a) Un rapprochement des régulateurs nationaux de l'énergie

Les directives sur le marché intérieur de l'énergie prévoient une coopération des autorités de régulation étatiques sur les questions transfrontières. Un rapprochement fut effectué par la décision 2003/796/CE instituant le « *groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz* » chargé d'accroître la coopération et la coordination des régulateurs nationaux¹⁰⁴⁵. La Commission européenne proposait de franchir un pas supplémentaire dans un livre vert en préconisant la création d'un régulateur énergétique européen¹⁰⁴⁶. Ce souhait est partiellement réalisé par le règlement du 13 juillet 2009 qui instaure une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie disposant de la personnalité juridique¹⁰⁴⁷.

Cependant, ses compétences demeurent limitées au prononcé d'avis et de recommandations destinés au Parlement européen, au Conseil, à la Commission, aux gestionnaires des réseaux de transport et aux autorités nationales de régulation. Elle ne peut statuer sur un litige transfrontalier que sur demande des autorités nationales de régulation où lorsque celles-ci ne sont pas parvenues à un accord dans un délai de six mois. Néanmoins, sa compétence pourrait s'affirmer sur le terrain de la prévention des manipulations de cours et des opérations d'initiés sur les marchés de gros de l'énergie, qui présentent un caractère de plus en plus transnational¹⁰⁴⁸.

Ces compétences limitées trouvent leur justification dans un problème juridique soulevé par Antonio Napolitano lors de son audition devant la commission parlementaire ITRE¹⁰⁴⁹. Les traités institutifs ne permettent pas à la Commission d'accorder des pouvoirs à une agence ou à d'autres organes qu'elle ne contrôle pas. Une telle évolution supposerait une régulation ou un contrôle direct par la Commission, soit une révision des traités. En complément, les régulateurs nationaux présentent la spécificité d'un rapprochement volontaire dans le cadre du *Conseil des régulateurs européens de l'énergie* (CEER), ONG constituée le 7 mars 2000 pour faciliter leur coopération. Cette solution également retenue concernant le regroupement des gestionnaires nationaux de transport d'énergie, conduit à un relâchement de la tutelle de l'Union.

Cette régulation macro-économique du secteur énergétique s'accompagne d'un soutien des particuliers sous la responsabilité du médiateur national de l'énergie.

b) Le médiateur national de l'énergie

Afin de renforcer l'efficacité du droit et simplifier les procédures, le législateur institua dans la loi du 7 décembre 2006, un médiateur national de l'énergie¹⁰⁵⁰. Il dispose du statut d'autorité administrative indépendante et a pour mission de recommander des solutions aux litiges entre les

¹⁰⁴⁵ Décision 2003/796/CE de la Commission du 11 novembre 2003 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, *JOUE* L.296 du 14/11/2003, p. 34-35

¹⁰⁴⁶ Livre vert de la Commission, une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable, 8/03/2006, COM(2006) 105 final, pt. 2.1.ii

¹⁰⁴⁷ Règlement (CE) n°713/2009 du parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, *JOUE* n° L.211/1 du 14/08/2009

¹⁰⁴⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'intégrité et la transparence du marché de l'énergie du 15 décembre 2010, COM(2010) 726 final

¹⁰⁴⁹ "Les régulateurs européens peu convaincus par l'agence de régulation de l'énergie", 29/01/2008, www.euractiv.fr

¹⁰⁵⁰ C. éner., art. L. 122-1 à 6 ; décret n° 2007-1504 du 19 octobre 2007 relatif au médiateur national de l'énergie, *JORF* n°245 du 21 octobre 2007 p. 17319

Le droit économique de l'énergie (droits européen et français)

consommateurs et les fournisseurs d'électricité ou de gaz naturel, et de participer à l'information sur les droits des usagers du service. Pour cela, il assure un rôle de médiation et a l'obligation d'émettre une recommandation dans les deux mois suivant sa saisine. Ses décisions ne faisant pas grief, elles demeurent insusceptibles de recours en excès de pouvoir devant la juridiction administrative¹⁰⁵¹. Les litiges portent le plus souvent sur le contenu de l'offre, la durée du contrat, les modalités de résiliation, et la possibilité de conclure un contrat unique pour la distribution et la fourniture d'électricité¹⁰⁵². Outre le caractère économique des dispositions, le médiateur est également habilité à se prononcer sur les règles sociales du droit de l'énergie.

Son institution permet une instruction amiable, rapide et efficace de nombreux litiges puisque ses recommandations sont suivies par les opérateurs dans près de neuf cas sur dix¹⁰⁵³. Leur caractère non-contraignant peut conduire en cas d'échec à une saisine du juge de proximité par les particuliers, lorsque le montant en cause n'excède pas 4 000 euros. Or, il est arrivé à plusieurs reprises qu'une juridiction se réfère explicitement à ces recommandations. Dans une décision d'août 2009, le juge a ainsi repris à son compte le raisonnement du médiateur, en enjoignant l'opérateur de régulariser une facturation, tandis que dans une décision d'octobre 2009, il reconnaissait sa responsabilité, ordonnant le remboursement de plaques de cuisson endommagées, suite à une coupure d'électricité¹⁰⁵⁴.

Le médiateur national de l'énergie conforte le constat médiateur de la République sur la dégradation du service public, le nombre de réclamations étant passé de 6 500 en 2008, à 14 000 en 2009, soit un décuplement des plaintes portant sur les factures d'énergie par rapport à 2007¹⁰⁵⁵. La situation trouve partiellement sa source dans le refus d'EDF d'accorder le tarif social à ses usagers¹⁰⁵⁶. Afin de faire face à cette inflation, l'autorité a su dépasser le strict cadre de la médiation par des actions préventives telles que la publication d'un comparateur des offres d'électricité et de gaz ou la publication de rapports thématiques¹⁰⁵⁷. Elle est également à l'origine d'une convention

¹⁰⁵¹ CE, 18 oct. 2006, n° 277597, *Miller*, Juris-Data n° 2006-070874, *DA*, n° 12, déc. 2006, comm. 181

¹⁰⁵² C. conso., art. L.121-86 à 94 ; La notion de consommateur s'entend selon la Cour de cassation comme les personnes « n'ayant pas de rapport direct » avec leur activité professionnelle : Cass. 1ère civ., 24 nov. 1993, *D.*, 1994, somm., p. 236, obs. PAISANT ; *Deffrénois*, 1994, p. 818, obs. D. MAZEAUD ; Cass. 1ère civ., 21 fév. 1995, *JCP G*, 1995, II, 22502, note PAISANT ; Cass. 1ère civ., 5 nov. 1996, *Contrats concu.consom.*, 1997, comm. 12 ; la notion de petits professionnels concerne les commerçants et professions libérales pour l'essentiel: V. LOY, "Réforme de la Commission de régulation de l'énergie et protection des consommateurs", *CJEG*, n° 641, avril 2007, p.150-161 ; Médiateur national de l'énergie, recommandation n°2009-159 relative à la saisine du 8 octobre 2008 de Mme R. en tant que tutrice de M. R. concernant un litige avec le fournisseur X ; Médiateur national de l'énergie, recommandation n°2010-361/PG en application de l'article 43-1 de la loi n°2000-108 et du décret n°2007-1504

¹⁰⁵³ MÉDIATEUR NATIONAL DE L'ÉNERGIE, *Rapport d'activité pour 2008, 2009*, p. 17

¹⁰⁵⁴ "Les juges de proximité s'appuient sur les recommandations du médiateur", *Decryptages*, n° 19, juill.-août 2010, p.4

¹⁰⁵⁵ "Le Médiateur de la République déplore un "service public dégradé"", *Le Monde*, 21/03/2011, www.lemonde.fr ; MÉDIATEUR NATIONAL DE L'ÉNERGIE, *Rapport d'activité pour 2009, 2010* ; "Forte hausse du nombre de réclamations sur les factures d'énergie", *Le Monde*, 16/12/2010, www.lemonde.fr ; "EDF devrait entre 5 et 10 millions d'euros à près de 4 millions de particuliers", *Le Monde*, 25/05/2011, www.lemonde.fr

¹⁰⁵⁶ E. BENEZET et M. LOMAZZI, "Comment EDF a privé des milliers d'usagers du tarif social", *Le Parisien*, 20/09/2010 ; "Électricité: EDF a indûment refusé le tarif social à des clients, selon le médiateur", *Le Parisien*, 20/09/2010, www.leparisien.fr

¹⁰⁵⁷ <http://comparateur-offres.energie-info.fr> ; MÉDIATEUR NATIONAL DE L'ÉNERGIE, *Rapport sur la facturation des fournisseurs d'énergie, l'information des consommateurs et le traitement des réclamations*, déc. 2010, www.energie-mediateur.fr

La sécurité des approvisionnements énergétiques

nationale signée avec la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies, visant à améliorer la protection des consommateurs. Celle-ci prévoit de porter tout litige afférent à la distribution ou à la fourniture d'électricité ou de gaz naturel à la connaissance de l'autorité organisatrice ; un transfert par celle-ci des dossiers susceptibles d'améliorer son information ; et l'organisation d'une concertation et d'un suivi, pour toute recommandation du médiateur de portée générale impactant les contrats de concession¹⁰⁵⁸. Ces efforts pourraient être poursuivis par des actions connexes à sa mission principale, afin de faire face aux limites inhérentes à la fonction de médiation¹⁰⁵⁹.

Un droit économique de l'énergie s'affirme donc dans les systèmes juridiques européen et français afin de concourir à un prix abordable de l'énergie. Cette finalité constitue une réponse à la crise économique de l'énergie et se traduit dans un ensemble d'institutions, de droits et de principes chargé de concourir à ce but. Ce *corpus* pallie les déficiences d'un droit international peu prescriptif dans ce domaine, au profit de normes contraignantes d'origine essentiellement européenne. Ce contenu se caractérise enfin par des règles propres à l'énergie, complétées par des instruments qui lui sont extérieurs mais contribuant à son efficacité comme les principes généraux du droit de l'Union, les règles sur les autorités administratives indépendantes, et des obligations de service public.

Le marché intérieur constitue le premier pilier du droit économique de l'énergie, complété par un encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques¹⁰⁶⁰.

2/ La sécurité des approvisionnements énergétiques

Au même titre que pour le marché intérieur de l'énergie, les Etats et l'Union agissent de concert pour assurer une sécurité des approvisionnements en Europe. Les régimes juridiques applicables concernent l'action intérieure (I) et transnationale (II).

I. L'action intérieure

Les développements qui suivent présentent les moyens juridiques permettant de garantir la sécurité énergétique par des actions au sein des frontières de l'UE. Ceux-ci comprennent des règles relatives à la politique de sécurité énergétique (A) et à la gestion de crise (B).

A. La politique de sécurité énergétique

L'orientation de la politique énergétique demeure une prérogative étatique (1) mais l'UE intervient désormais pour harmoniser les actions (2).

1) Une compétence nationale

Le droit national de la sécurité énergétique se caractérise par des dispositions relatives à la

¹⁰⁵⁸ "Protection des consommateurs : convention MNE-FNCCR", *Energie 2007*, 03/03/2011, www.energie2007.fr

¹⁰⁵⁹ Sur les limites constitutionnelles du rôle du médiateur : Cons. const., 1er mars 2007, n° 2007-551 DC, *DA*, n° 4, avril 2007, comm. 62

¹⁰⁶⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité, 11/03/2010, SEC(2010)251, COM/2010/0084 final

planification (a) et à l'encadrement des activités énergétiques (b). La fiscalité énergétique pouvant être appréhendée dans des considérations environnementales, elle fait l'objet de développements dans un prochain chapitre relatif au droit environnemental de l'énergie.

a) La planification énergétique

La planification énergétique comprend des instruments de programmation énergétique et de planification territoriale spécifiques à l'énergie¹⁰⁶¹.

Suite à un avis du Conseil de la Concurrence, le législateur a inscrit dans la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique (loi POPE), l'élaboration d'une programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité (PPIE)¹⁰⁶². Elle est encouragée par la directive sur le marché intérieur de l'électricité qui prévoit que : « *les États membres qui le souhaitent peuvent mettre en œuvre une planification à long terme* »¹⁰⁶³. Elle est arrêtée par le ministre chargé de l'énergie et fixe les objectifs en matière de répartition des capacités de production par source d'énergie primaire et, le cas échéant, par technique de production et par zone géographique¹⁰⁶⁴. Lorsque les capacités de production ne répondent pas aux objectifs de la PPIE, le ministre peut recourir à une procédure d'appel d'offres et soumissionner toute personne physique ou morale installée sur le territoire de l'UE ainsi que celles résidant dans des États ayant conclu des accords internationaux tels que le TCE¹⁰⁶⁵.

La PPIE bénéficie d'une portée juridique puisqu'elle a notamment servi de référence pour fonder le décret de suspension de l'obligation d'achat d'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil du 9 décembre 2010¹⁰⁶⁶. La question semble plus délicate concernant la programmation des investissements pour la production de chaleur de l'article 50 de la loi POPE, dont la mise en œuvre est assurée par les collectivités territoriales et dont la méconnaissance n'est pas encadrée légalement¹⁰⁶⁷. L'article 18 de la loi du 3 janvier 2003 prévoit quant à lui une programmation des capacités d'approvisionnement en gaz naturel, adoptée sous la forme d'un rapport et présente un caractère indicatif¹⁰⁶⁸.

La planification territoriale de l'énergie s'effectue dans des documents d'aménagement du

¹⁰⁶¹ M. PRIEUR, "Le droit public solaire en France", *RJE*, n° 4, 1979, p.275

¹⁰⁶² Cons. Concu., avis n° 98-A-05 du 28 avril 2002 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE

¹⁰⁶³ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 3§2

¹⁰⁶⁴ Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF*, n°35 du 11 février 2000, p. 2143, art. 6 ; arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité, *JORF*, n°8 du 10 janvier 2010, p.526 ; MEEDAT, *Rapport au Parlement - Programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité - Période 2009 - 2020*, 2009

¹⁰⁶⁵ C. éner., art. L.311-10 à 13

¹⁰⁶⁶ Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil, *JORF* n°286 du 10 décembre 2010 p. 21598 ; CE, 16 novembre 2011, n°344972, *Sté Ciel et terre e.a. AJDA* 2011 p. 2262, note R. GRAND ; *Code permanent environnement et nuisances*, bull. n°407, janv. 2012, p.22, note G. GUYARD ; *RJE*, 1/2012, note C. KROLIK

¹⁰⁶⁷ Arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production de chaleur, *JORF* n°8 du 10 janvier 2010, p.527 ; MEEDAT, *Programmation pluriannuelle des investissements de production de chaleur - Période 2009 - 2020*, 2009

¹⁰⁶⁸ MEEDAT, *Plan Indicatif Pluriannuel des Investissements dans le secteur du gaz - Période 2009-2020*, 2009

La sécurité des approvisionnements énergétiques

territoire spécifiques. La loi du 25 juin 1999 prévoit l'adoption « *schémas de services collectifs de l'énergie* » définissant dans le cadre de la politique nationale de l'énergie, les objectifs d'exploitation des ressources locales d'énergies renouvelables et d'utilisation rationnelle de l'énergie concourant à l'indépendance énergétique nationale, à la sécurité d'approvisionnement et à la lutte contre l'effet de serre¹⁰⁶⁹. Leur innovation tient au fait qu'ils constituent les premiers documents de planification nationale d'aménagement du territoire. Le schéma en vigueur relatif à l'énergie se fonde sur un décret du 18 avril 2002 mais sa portée doit être relativisée du fait de l'imprécision de son contenu¹⁰⁷⁰. En effet, le Conseil d'État rappelle que seules les dispositions suffisamment précises dans ce type de documents peuvent avoir des effets prescriptifs¹⁰⁷¹. De plus, l'application de ces schémas semble abandonnée pour des motifs politiques bien que demeurant en vigueur, conduisant Yves Jégouzo à remarquer qu'ils peuvent réserver des surprises sur le terrain juridique.

L'article L.321-7 du code de l'énergie prescrit l'obligation pour le gestionnaire de transport d'électricité de réaliser un schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables, dans lequel il mentionne les capacités d'accueil de production permettant d'atteindre les objectifs définis dans le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie (SRCAE). Il est arrêté par le préfet de région dans un délai de six mois à compter de l'établissement du SRCAE.

La compétence nationale se prolonge dans l'encadrement des activités énergétiques.

b) L'encadrement des activités énergétiques

Le régime juridique des activités énergétiques résulte d'une application des principes de la souveraineté nationale sur les ressources naturelles et de la sauvegarde de l'intérêt général. Ils permettent à l'État de porter atteinte à des droits traditionnels et se traduisent par la nécessité d'obtenir des droits d'exploitation et des titres d'occupations de l'espace¹⁰⁷². L'autorisation préalable qui restreint la liberté du commerce et de l'industrie doit être instituée par voie législative et l'autorité administrative doit évaluer sa compatibilité avec les nécessités de l'ordre public¹⁰⁷³. En application du principe selon lequel « *nul ne peut, sans autorisation délivrée par l'autorité compétente, occuper une dépendance du domaine public* », l'exploitation de l'énergie requiert le cas échéant, la détention d'un titre d'occupation du domaine public¹⁰⁷⁴. Deux catégories peuvent-être distinguées : les permissions de voirie constituant des autorisations unilatérales et les concessions de voirie, autorisations contractuelles signées entre le propriétaire ou le gestionnaire du domaine et

¹⁰⁶⁹ Loi n°99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi no 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n°148 du 29 juin 1999 page 9515, art. 22 ; B. BAILLY, "Le schéma de services collectifs de l'énergie : vers un principe de subsidiarité en matière énergétique", *Rev. éner.*, n°532, déc. 2001, p.627 ; Y. JEGOUZO, "Les schémas de services collectifs", *AJDA*, 09/09/2002, p.683 ; J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et Y. JEGOUZO, "Les schémas de services collectifs de la loi du 25 juin 1999: renouveau de la planification de l'aménagement du territoire ?", *Les cahiers du Griddauh*, n°7, 2002, p.160

¹⁰⁷⁰ Décret n° 2002-560 du 18 avril 2002 approuvant les schémas de services collectifs, *JORF* n°96 du 24 avril 2002 page 7316

¹⁰⁷¹ CE 5 mars 1999, *M. Rouquette et autres*, *RFDA* 1999, p. 357, concl. C. MAUGUE

¹⁰⁷² M. PRIEUR, "Le droit public solaire en France", *RJE*, n°4, 1979, p.275

¹⁰⁷³ CE, 22 juin 1951, *Daudignac*, req.n°00590 02551, *Lebon*, p. 362

¹⁰⁷⁴ C. dom. État, art. L. 28

l'utilisateur¹⁰⁷⁵. L'obtention d'une autorisation se traduit dans certains cas, tels que les énergies géothermique et hydraulique, par l'obtention de prérogatives exorbitantes au droit commun pour le détenteur, se manifestant par des servitudes temporaires ou permanentes d'occupation des terrains privés¹⁰⁷⁶. Elles peuvent également conférer un « *droit à l'expropriation* » concernant les énergies minières et hydrauliques, la renonciation au projet *a posteriori* se traduisant pour le propriétaire, par un droit à réparation du préjudice¹⁰⁷⁷.

Toute installation de production d'électricité d'une puissance supérieure à 4,5 mégawatts doit faire l'objet d'une autorisation du ministre chargé de l'énergie, les installations d'une puissance inférieure étant soumises à déclaration¹⁰⁷⁸. La production de chaleur de plus de 3,5 mégawatts doit faire l'objet d'une déclaration auprès du ministre chargé de l'énergie mais fait essentiellement l'objet d'un encadrement au titre des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE)¹⁰⁷⁹. L'énergie produite est en principe raccordée au réseau par autorisation dans les conditions prévues par les décrets des 13 mars et 27 juin 2003¹⁰⁸⁰. L'exploitation de certaines énergies obéit à des régimes juridiques particuliers, tels que la production d'énergie géothermique qui requiert l'obtention de titres miniers, l'exploitation de l'énergie hydraulique qui nécessite une concession ou une autorisation, et la production de biocarburants faisant l'objet d'un agrément fiscal au titre de l'article 265 bis A du code des douanes¹⁰⁸¹. La violation des dispositions législatives et réglementaires peut conduire à des sanctions administratives par le ministre de chargée de l'énergie tandis que l'exploitation d'une installation sans autorisation revêt un caractère pénal.

Ces dispositions mettent en exergue la prépondérance des prérogatives étatiques dans la politique de sécurité énergétique. Cependant, la compétence nationale tend à s'éroder par une intervention émergente de l'UE dans ce domaine.

2) Une compétence limitée par le droit de l'Union européenne

Le droit originaire de l'Union intervient de manière croissante dans la sécurisation des approvisionnements énergétiques en fixant des frontières à l'action étatique (a) et en limitant la marge nationale d'appréciation (b).

a) Des frontières établies par le droit originaire

Le droit national de la sécurité des approvisionnements énergétiques repose sur trois piliers

¹⁰⁷⁵ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *droit des énergies renouvelables*, préc., p.119

¹⁰⁷⁶ J. POIRET, *Droit de l'hydroélectricité*, *Economica*, nov. 2004, p.1132

¹⁰⁷⁷ CE, 23 sept. 1970, *EDF*, req. n° 73453

¹⁰⁷⁸ C. énerg., art. L.311-1 et s.

¹⁰⁷⁹ C. énerg., art. L.711-1 et s.

¹⁰⁸⁰ Décret n°2003-229 du 13 mars 2003 relatif aux prescriptions techniques générales de conception et de fonctionnement auxquelles doivent satisfaire les installations en vue de leur raccordement aux réseaux publics de distribution, *JORF* n°64 du 16 mars 2003 p. 4589 ; décret n° 2003-588 du 27 juin 2003 relatif aux prescriptions techniques générales de conception et de fonctionnement auxquelles doivent satisfaire les installations en vue de leur raccordement au réseau public de transport de l'électricité, *JORF* n°151 du 2 juillet 2003 p. 11110

¹⁰⁸¹ C. min., art. L.112-1 : « Relèvent du régime légal des mines les gîtes renfermés dans le sein de la terre dont on peut extraire de l'énergie sous forme thermique, notamment par l'intermédiaire des eaux chaudes et des vapeurs souterraines qu'ils contiennent, dits « gîtes géothermiques » ; C. énerg., art. L.511-1 : « Nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'État ».

La sécurité des approvisionnements énergétiques

constitués de la planification, de la fiscalité et de la contractualisation. Ces mesures sont établies par les Etats selon des frontières tracées par le droit originaire de l'UE.

En ce sens, les conditions d'exploitation des ressources énergétiques, le choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de l'approvisionnement demeurent selon le deuxième paragraphe de l'article 194 du TFUE de la compétence des États. Les mesures qui affecteraient sensiblement le choix d'un État membre entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement doivent quant à elles être arrêtées à l'unanimité au Conseil, selon une procédure législative spéciale¹⁰⁸². Ces dispositions ont été précisées par la loi POPE de 2005 qui fixe les orientations de la politique énergétique nationale¹⁰⁸³. Ces mesures visent à contribuer à l'indépendance énergétique nationale et garantir la sécurité des approvisionnements, assurer un prix compétitif de l'énergie, préserver la santé humaine et l'environnement, en particulier en luttant contre l'aggravation de l'effet de serre et garantir la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie¹⁰⁸⁴. La planification énergétique relève donc de la compétence étatique ou exige une procédure contraignante en droit de l'Union.

Les normes fiscales communes dans le secteur énergétique se sont jusqu'à présent limitées à une harmonisation fondée sur l'article 113 du TFUE concernant « *les dispositions touchant à l'harmonisation des législations relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, aux droits d'accises et autres impôts indirects* » en vue d' « *assurer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur et éviter les distorsions de concurrence* ». Elles se traduisent par une directive sur une taxation minimale des sources d'énergie dont les négociations ont duré plus de six ans¹⁰⁸⁵. Désormais, la fiscalité énergétique apparaît dans l'article 194§3 du TFUE mais l'unanimité demeure requise au Conseil, conduisant à considérer la fiscalité énergétique comme une compétence essentiellement nationale.

La contractualisation internationale de l'approvisionnement énergétique constitue le troisième moyen juridique pour sécuriser les approvisionnements et se traduit par la signature de contrats entre un importateur et un exportateur. Elle présente la particularité de reposer sur les sociétés énergétiques et se fonde sur des contrats contenant généralement des clauses de confidentialité concernant leur durée et les quantités négociées¹⁰⁸⁶. Alors que la législation élaborée au cours de la première moitié du vingtième siècle établissait une tutelle nationale sur ces entreprises, le marché intérieur de l'énergie la supprime¹⁰⁸⁷.

Les dispositions relatives à la sécurité énergétique relèvent donc principalement de la compétence étatique mais l'UE tend progressivement à s'immiscer dans ce domaine, réduisant alors

¹⁰⁸² TFUE, art. 192§2c)

¹⁰⁸³ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *JORF* n°163 du 14 juillet 2005

¹⁰⁸⁴ C. énerg., art. L.100-1 à 5

¹⁰⁸⁵ Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, *JOUE*, n° L.283 du 31/10/2003 p. 51-70 ; proposition du Conseil restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques, 12/03/1997, COM(97)30final 97/0111(CNS)

¹⁰⁸⁶ J. PERCEBOIS, *Economie de l'énergie*, Economica, Paris, 1989, p. 531 et s.

¹⁰⁸⁷ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *JORF* du 9 avril 1946 p. 2651 ; loi n°46-1072 du 17 mai 1946 relative à la nationalisation des combustibles minéraux, *JORF* du 18 mai 1946 p. 4272 ; loi du 30 mars 1928 relative au régime d'importation du pétrole, *JORF* du 31 mars 1928, p. 3675

la marge nationale d'appréciation.

b) Une marge nationale d'appréciation réduite

Dans l'affaire *Campus Oil*, la Cour accordait aux États la possibilité de déroger au principe de libre circulation des marchandises en se fondant sur des raisons de sécurité publique pour imposer des obligations permettant de renforcer la sécurité énergétique¹⁰⁸⁸. En l'espèce, la Cour reconnaissait la validité des obligations faites aux importateurs de pétrole, de couvrir un certain pourcentage de leurs approvisionnements auprès d'une raffinerie située sur le territoire national, et d'acheter ces matières à des prix fixés par le ministre compétent. Dans une seconde affaire, la Cour de justice saisie par la Commission aux fins de contester des droits exclusifs d'importation et d'exportation de gaz et d'électricité, confirme la validité desdits monopoles, au motif que ces entreprises étaient chargées d'une mission d'intérêt économique général n'affectant pas les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté¹⁰⁸⁹.

Cette jurisprudence s'inscrivait dans le contexte d'un recours modéré au principe de subsidiarité, la Communauté ne disposant pas de fondement spécifique pour intervenir dans l'énergie. Or, si le cadre juridique a peu évolué, le principe de subsidiarité a progressivement bénéficié d'une acception élargie dans le secteur énergétique, légitimant la légifération européenne, et rendant caduque l'arrêt du 23 octobre 1997 validant les monopoles français d'importation et d'exportation de gaz et d'électricité. Ce phénomène induit un dessaisissement progressif de la compétence étatique dans le domaine énergétique au profit de l'Union.

Cette interprétation se fonde essentiellement sur trois moyens : le principe de primauté du droit de l'UE, l'article 194 du TFUE relatif à l'énergie, et des législations sectorielles d'origine environnementale¹⁰⁹⁰. La primauté du droit de l'UE originellement consacrée par le juge dans les arrêts *Costa contre Enel* et *Van Gend en Loos* a pour effet de soumettre les dispositions nationales aux dispositions européennes¹⁰⁹¹. La consécration d'une politique énergétique à l'article 194 du TFUE au champ d'application étendu (fonctionnement du marché de l'énergie ; sécurité de l'approvisionnement énergétique dans l'Union ; promotion de l'efficacité énergétique et des économies d'énergie ; développement des énergies nouvelles et renouvelables et promotion de l'interconnexion des réseaux énergétiques) réduit la marge de manœuvre étatique par une implication croissante de l'Union. Des législations sectorielles consacrant une part minimale d'énergie renouvelable, l'élaboration d'un plan d'action pour l'efficacité énergétique et l'instauration

¹⁰⁸⁸ CJCE 10 juillet 1984. - *Campus Oil Limited et autres c./ ministre pour l'industrie et l'énergie et autres*. aff. 72/83 : « Les produits pétroliers, par leur importance exceptionnelle comme source d'énergie dans l'économie moderne, sont fondamentaux pour l'existence d'un État dès lors que le fonctionnement non seulement de son économie mais surtout de ses institutions et de ses services publics essentiels et même la survie de sa population en dépendent. (...) Le but d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers dépasse des considérations de nature purement économique - qui, en tant que telles, ne peuvent être invoquées dans le cadre de l'article 36 - et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique ».

¹⁰⁸⁹ CJCE, 23 oct. 1997, *Commission européenne c./ République française*, aff. C-159/94, *CJEG* févr. 1998, p. 39 à 87

¹⁰⁹⁰ TFUE, art. 194§2 al. 2. L'article 194, le TFUE réserve une compétence étatique concernant « les conditions d'exploitation de la ressource énergétique, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique »

¹⁰⁹¹ CJCE, 15 juill.1964, *Costa c./ Enel*, Aff. 87/85, *Rec.*, p. 1141 ; CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, Aff. 26/62, *Rec.*, p.1

d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, minimisent également les choix étatiques dans les approvisionnements énergétiques. L'intervention croissante de l'UE en matière de sécurité énergétique tend donc à réduire la marge nationale d'appréciation, dans la mesure où l'action nationale s'avère permise dans les conditions fixées par le droit de l'UE.

L'UE renforce ensuite la sécurité énergétique sur le plan intérieur en collaboration avec les Etats par des instruments spécifiques de gestion de crise.

B. La gestion de crise

La réduction des livraisons de gaz russe vers la Lituanie en juin 2010 témoigne des risques probables auxquels l'Europe doit faire face relativement aux ruptures d'approvisionnement¹⁰⁹². Par conséquent, des mécanismes sont mis en place afin d'assurer leur continuité, dans des moyens préventifs (1) et curatifs (2).

1) Des moyens préventifs

Le renforcement des mesures préventives s'inscrit dans une réflexion engagée par le livre vert de la Commission sur une stratégie européenne pour une énergie durable, compétitive et sûre¹⁰⁹³. Il s'articule autour d'un encadrement des stocks d'approvisionnement en hydrocarbures (a) et d'un renforcement des réseaux d'électricité (b).

a) L'encadrement des stocks d'approvisionnement en hydrocarbures

Les dispositions relatives aux stocks d'énergie tendent à répondre aux déficiences révélées par le livre vert sur la sécurité d'approvisionnement énergétique¹⁰⁹⁴. La directive 2006/67/CE fondée sur la politique économique de l'Union fait obligation aux États de constituer et de maintenir constamment un niveau minimum de stocks de produits pétroliers, équivalant au moins à 90 jours de la consommation intérieure journalière moyenne pendant l'année civile précédente¹⁰⁹⁵. Le stockage peut reposer sur un système de délégation partielle ou totale à un organisme ou à une agence de stockage, et les matières peuvent être conservées dans un autre État membre de l'UE. Les États sont tenus d'en assurer la surveillance administrative, de veiller à leur transparence, ainsi qu'à leur accès équitable et non-discriminatoire. Ils ont l'obligation d'adopter des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives en cas de manquement dans la mise en œuvre des dispositions et communiquent à la Commission un relevé statistique des stocks à la fin de chaque mois, en précisant le nombre de jours de consommation moyenne de l'année civile précédente qu'ils représentent.

En cas de crise d'approvisionnement, une action coordonnée peut être mise en place par la Commission qui organise une consultation entre les États membres, de sa propre initiative ou à la demande de l'un d'entre eux. La directive met en œuvre les dispositions de l'AIE relatives aux

¹⁰⁹² "L'Union européenne veut éviter une nouvelle crise du gaz", *Le Monde*, 23/06/2010, www.lemonde.fr

¹⁰⁹³ Commission européenne, Livre vert - Une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable, 08/03/2006

¹⁰⁹⁴ Commission européenne, Livre vert - Vers une stratégie européenne de sécurité d'approvisionnement, 29/11/2000

¹⁰⁹⁵ Directive 2006/67/CE du Conseil du 24 juillet 2006 faisant obligation aux États membres de maintenir un niveau minimal de stocks de pétrole brut et/ou de produits pétroliers, *JOUE L 217* du 8/08/2006, p. 8-15

stocks de réserve et de mesures de crises adoptées dans le cadre de l'accord du 18 novembre 1974 établissant le programme international pour l'énergie, auquel l'UE n'est pas partie. Ces dispositions obligent les sociétés pétrolières des parties contractantes à se concerter pour mettre en œuvre le système de répartition d'urgence en cas de crise, et leur affectation sur le marché intérieur requiert un suivi comptable dans les conditions fixées par les articles 101 et suivants du TFUE.

En complément, le règlement 994/2010 vise à prévenir les ruptures d'approvisionnement en gaz, par la mise en place d'un plan d'action préventif au niveau de chaque État. Celui-ci doit prévoir les modalités d'un accès continu à tous les ménages connectés à un réseau de distribution de gaz en cas de rupture des approvisionnements¹⁰⁹⁶. Il est complété par un plan d'urgence en cas de réalisation de l'aléa, précisant les conditions de sa réalisation et les mécanismes de coopération applicables entre les États membres.

Ces dispositifs sont complétés par des règles visant à renforcer les réseaux d'électricité.

b) L'obligation de renforcer les réseaux d'électricité

La directive 2005/89/CE énonce des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement électrique en exigeant des gestionnaires de réseaux qu'ils fixent et atteignent des objectifs en matière de performance et de sécurité¹⁰⁹⁷. Elle prévoit l'encouragement à l'économie d'énergie, aux technologies de gestion de la demande en temps réel, et une consultation des gestionnaires de transport en cas de restriction dans l'approvisionnement¹⁰⁹⁸. Cependant, contrairement aux stocks d'hydrocarbures, la directive se limite à des règles minimales conduisant Laurence Idot à affirmer qu'elle constitue « *un premier pas non négligeable vers l'amorce d'une politique énergétique européenne* » mais demeure « *un tout petit pas* » en faveur de la sécurité énergétique¹⁰⁹⁹.

L'origine de cette prudence tient à son fondement juridique qui ne permet qu'une harmonisation des dispositions. Dès lors, l'Union pourrait prendre la voie du règlement 994/2010 qui se fonde désormais sur l'article 194 du TFUE relatif à l'énergie, afin d'établir une politique ambitieuse dans ce domaine.

En complément, l'UE se dote d'instruments curatifs en vue de faire face aux ruptures d'approvisionnement.

¹⁰⁹⁶ Règlement (UE) n° 994/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel et abrogeant la directive 2004/67/CE du Conseil, *JOUE*, L.295/1 du 12/11/2010 ; D. AB IAGO, "Le PE va avaliser l'accord sur la sécurité d'approvisionnement", *Europol. énerg.*, n° 782, 07/07/2010, p.8 ; D. AB IAGO, "Sécurité d'approvisionnement en gaz : le règlement adopté", *Europol. énerg.*, n° 787, 20/10/2010, p.7

¹⁰⁹⁷ Directive 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les investissements dans les infrastructures, *JOUE* n°L.32/22 du 4/02/2006

¹⁰⁹⁸ M. LONG, "Gaz", *JCLA*, Fasc. 153, 8/02/2007 ; A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n° 5, 01/02/2007

¹⁰⁹⁹ L. IDOT, "Brefs propos sur le « patriotisme économique »", *Europe*, n° 4, repère 6, avril 2006 ; L. IDOT, "Énergie : adoption d'une directive visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité", *Europe*, n° 4, comm. 118, avril 2006

2) Des moyens curatifs

Le traité de Lisbonne a introduit un dispositif de réaction commune en cas de crise énergétique se traduisant par des actions concertées (a) et des mesures de solidarité (b)¹¹⁰⁰.

a) L'action concertée

L'article 347 du TFUE dispose que « *les États membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires pour éviter que le fonctionnement du marché intérieur ne soit affecté par les mesures qu'un État membre peut être appelé à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale* ». Ces dispositions sont mises en œuvre par une directive du 24 juillet 1973 prévoyant qu'en cas de difficulté d'approvisionnement des mesures seront prises par les États membres selon un plan concerté¹¹⁰¹. Elles peuvent se traduire par un prélèvement dans les stocks de sécurité, des restrictions de la consommation, et une réglementation des prix, selon une procédure relevant de l'autorité de la Commission et fondée sur des plans d'intervention étatiques.

Une décision du 14 février 1977 vise à prévenir les dysfonctionnements que les États seraient susceptibles d'engendrer en cas de menace sur la sécurité des approvisionnements¹¹⁰². Elle donne compétence à la Commission pour placer sous surveillance les exportations de pétrole et prévoir des exceptions au principe de libre circulation.

Une décision du 7 novembre 1977 prévoit que si des difficultés d'approvisionnement surviennent dans un ou plusieurs États membres, la Commission peut imposer une réduction de la consommation de 10% pour l'ensemble de l'Union pendant deux mois renouvelables, selon une répartition équitable¹¹⁰³.

L'action concertée se présente comme un instrument complémentaire aux règles de prévention sur la sécurité des approvisionnements. Elle est complétée par des mesures de solidarité énergétique.

b) La solidarité énergétique

En figurant dans la déclaration de Robert Schuman du 9 mai 1950, la solidarité apparaît comme une notion pionnière de l'UE. Elle constitue une « *valeur commune* » et trouve ses sources dans la Charte des droits fondamentaux et la jurisprudence de la Cour de justice. Dans un arrêt de 1973, la Cour affirme que le devoir de solidarité est inhérent à l'adhésion des États à l'Union¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁰ A. FERRON, "Traité modificatif (de Lisbonne) et perspectives énergétiques européennes", Intervention d'André Ferron au Colloque CFA- IFRI, 2007, www.ifri.org

¹¹⁰¹ Directive 73/238/CEE du Conseil, du 24 juillet 1973, concernant les mesures destinées à atténuer les effets de difficultés d'approvisionnement en pétrole brut et produits pétroliers, *JOCE* n°L.228 du 16/08/1973 p. 1-2 ; L. CARTOU, J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 6. éd., 2006, p.612-613

¹¹⁰² Décision 77/186/CEE du Conseil relative à l'exportation de pétrole brut et de produits pétroliers d'un État membre à un autre en cas de difficultés d'approvisionnement, *JOCE* n° L.61 du 05/03/1977

¹¹⁰³ Décision du Conseil, du 7 novembre 1977, fixant un objectif communautaire de réduction de la consommation d'énergie primaire en cas de difficultés d'approvisionnement en pétrole brut et produits pétroliers, *JOCE* L.292 du 16/11/1977, p. 9-10

¹¹⁰⁴ CJCE, 7 fév. 1973, *Commission c/ République italienne*, aff. 39/72. La Cour fait référence aux « *devoirs de*

Le droit économique de l'énergie (droits européen et français)

Elle précise que ceux-ci ont le devoir de prendre toutes les dispositions nécessaires afin d'exécuter leurs obligations et sanctionner les comportements contraires au droit de l'UE, avec la même diligence que celle dont ils usent dans la mise en œuvre des dispositions nationales.

La solidarité s'est historiquement affirmée dans le secteur de l'énergie et constitue peut-être la première application du principe. En ce sens, le traité CECA la transposait au secteur charbonnier par la reconnaissance d'un égal accès aux sources de production, confirmé à de multiples reprises par le juge communautaire¹¹⁰⁵.

Elle fait également partie intégrante du traité CEEA dans le cadre de l'Agence d'approvisionnement qui dispose d'un droit d'option sur les matières fissiles des territoires des États membres et d'un droit exclusif dans la conclusion des contrats portant sur la fourniture, en vue d'un partage équitable de la ressource¹¹⁰⁶.

Le juge de l'Union reconnaît encore la pleine applicabilité du principe de solidarité dans le cadre du marché intérieur de l'énergie¹¹⁰⁷. Le livre vert sur une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable propose quant à lui de le mettre en œuvre par la création d'un observatoire européen de l'approvisionnement énergétique.

Cependant, une innovation majeure provient du traité de Lisbonne qui introduit à l'article 222 du TFUE une clause de solidarité, lorsqu'un État membre fait l'objet d'une attaque terroriste ou est victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine. Elle peut conduire à la mise en œuvre de mesures de prévention et d'assistance par l'Union et ses États membres, ce cas pouvant notamment se produire en cas d'atteinte des installations énergétiques.

En complément, la politique énergétique de l'UE doit être élaborée « *dans un esprit de solidarité entre les États membres* »¹¹⁰⁸. A cette fin et à la demande de la Pologne, le traité de Lisbonne introduit la clause de solidarité énergétique à l'article 122 du TFUE, en prévoyant que « *le Conseil, sur proposition de la Commission, peut décider, dans un esprit de solidarité entre les États membres, des mesures appropriées à la situation économique, en particulier si de graves difficultés surviennent dans l'approvisionnement en certains produits, notamment dans le domaine de l'énergie* ». De plus, le second alinéa dispose que « *lorsqu'un État membre connaît des difficultés ou une menace sérieuse de graves difficultés, en raison de catastrophes naturelles ou d'événements*

solidarité acceptés par les États membre du fait de leur adhésion à la Communauté » ; CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, *Van Colson et Kamann c./ Land Nordrhein-Westfalen*, Rec. p. 1892 ; CJCE, 21 sept. 1989, aff. 68/88, *Commission c./ Grèce*, Rec. 2979

¹¹⁰⁵ Traité CECA, art. 3b) ; TPI, 11 mars 1999, *Arbed SA c./ Commission*, aff. T-137/94, pt. 13 ; TPI, 11 mars 1999, *Cockerill-Sambre SA c./ Commission*, aff. T-138/94, pt. 13 ; TPI, 11 mars 1999, *Thyssen Stahl AG c./ Commission*, aff. T-141/94, pt. 13 ;

¹¹⁰⁶ Traité CEEA, art. 52 ; voir la communication de la Commission européenne, Une stratégie énergétique pour la Communauté : le volet nucléaire : Doc. COM. [82] 36 final, 9 févr. 1982. Elle propose de mettre en œuvre le principe de solidarité communautaire une politique de stockage adaptée aux circonstances et par la préférence donnée à la production communautaire en cas de d'abondances de matières fissiles. Concernant les propositions de relance du processus de révision du traité Euratom et le principe de solidarité : O. PIROTTE et P. GIRERD, "Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) À la recherche d'un développement nucléaire intégré. - Conditions d'élaboration et structure institutionnelle. - L'approvisionnement (chapitre VI). - Le contrôle de sécurité (chapitre VII) . - Le régime de propriété (chapitre VIII)", *préc.*, p. 19 et s.

¹¹⁰⁷ CJCE, 28 nov. 2006, *Parlement européen c./ Conseil de l'UE*, aff. C-413/04, pt. 68

¹¹⁰⁸ TFUE, art. 194

exceptionnels échappant à son contrôle, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut accorder, sous certaines conditions, une assistance financière de l'Union à l'État membre concerné. ». Elle est mise en œuvre au niveau régional dans la troisième directive sur le marché intérieur du gaz, en cas de situation susceptible d'entraîner à court terme une rupture grave des approvisionnements¹¹⁰⁹.

Selon Yves Petit, la solidarité énergétique en Europe constitue une « *affaire d'État* » et témoigne du caractère essentiel de l'approvisionnement¹¹¹⁰. Cette notion trouve sa source dans le développement récent de fondements juridiques innovants, dont l'origine coïncide avec une dépendance énergétique croissante et un risque accru de rupture d'approvisionnement. Son développement tend également à enrichir le contenu et la portée du principe général de solidarité. Elle renforce la cohésion étatique sur le territoire européen et complète les dispositions relatives à l'action transnationale.

II. L'action transnationale

Le droit originaire donne certaines compétences à l'UE pour renforcer la sécurité énergétique au niveau transnational (A) tandis que d'autres prérogatives relèvent d'un domaine de compétence partagé (B).

A. Les compétences de l'Union européenne

L'Union dispose de compétences croissantes dans la sécurité des approvisionnements sur le territoire européen. Celles-ci concernent principalement les réseaux transeuropéens d'énergie (1) et la conclusion d'accords internationaux (2).

1) Les réseaux transeuropéens d'énergie

La compétence européenne dans les réseaux transeuropéens d'énergie demeure limitée (a) mais présente l'intérêt d'être à l'origine de la notion de « *projet d'intérêt européen* » (b).

a) Une prérogative encadrée

Les réseaux transeuropéens d'énergie sont des « *infrastructures permettant de transporter l'électricité, le gaz, le pétrole et d'autres combustibles des producteurs aux consommateurs* »¹¹¹¹. Ils renforcent la sécurité énergétique en améliorant l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux. L'UE dispose de prérogatives dans ce domaine depuis le traité de Maastricht. Fondés sur les articles 170 à 172 du TFUE, ces réseaux constituent un domaine de compétence partagée, soumis au principe de subsidiarité en vertu de l'article 4g du TFUE. Leur rôle essentiel fut mis en valeur lors de l'hiver 2009 lorsque la France fut contrainte d'importer pour la première fois son

¹¹⁰⁹ Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *préc.*, art. 6

¹¹¹⁰ Y. PETIT, *Invité extérieur*, colloque sur les défis énergétiques à la lumière du droit international au 21^e siècle, Université Jean Moulin, Lyon 3, 09/12/2010

¹¹¹¹ Livre vert - Vers un réseau d'énergie européen sûr, durable et compétitif, 13/11/2008, introduction ; L. CARTOU, "Le développement des réseaux transeuropéens dans le secteur de l'énergie", *LPA*, n° 137, 13/11/1996, p.16 ; D. AB IAGO, "La Commission fait le point sur la mise en oeuvre du RTE -E", *Europol. énerg.*, n° 780, 09/06/2010, p.8

l'électricité depuis 1982¹¹¹². Pour ces raisons, la Commission européenne a pour objectif de réaliser « un réseau d'énergie européen totalement interconnecté »¹¹¹³.

L'article 171 du TFUE permet à l'Union de coopérer avec les États tiers pour promouvoir des projets d'intérêt commun et assurer l'interopérabilité des réseaux. Le livre vert intitulé « *vers un réseau d'énergie européen sûr, durable et compétitif* » révèle pourtant les carences du dispositif. Alors que les orientations stratégiques et l'allocation de moyens financiers relèvent de compétences communes, les autorités nationales conformément au principe de subsidiarité sont chargées de mettre en œuvre ces orientations. Or, le livre vert démontre les difficultés résultant de l'absence d'harmonisation des procédures, des planifications stratégiques insuffisantes et un dialogue avec le public « *inadéquat* » dans un processus nécessairement transnational. L'absence de compétence spécifique en matière de planification territoriale conduit l'UE à intervenir à la marge par des mesures *ad hoc* telles que la nomination d'un médiateur pour la ligne électrique France-Espagne ; ou d'un coordinateur chargé d'évaluer les progrès réalisés dans la mise au point des connexions de réseaux, entre les éoliennes situées en mer du Nord et en mer Baltique et le principal réseau à terre. La coordination des instruments nationaux de planification concernant les projets transfrontaliers semble donc difficilement concevable sans harmonisation commune.

En ce sens, le Conseil européen invitait la Commission dans les conclusions du sommet des 8 et 9 mars 2007, à « *présenter des propositions visant à rationaliser les procédures d'approbation* » des projets relatifs aux réseaux¹¹¹⁴. Il l'a également sollicité le 16 octobre 2008 afin de « *renforcer et achever des infrastructures essentielles* ». Cependant, la Commission indique dans son livre vert que l'UE n'est dotée d'aucune compétence en matière de planification territoriale. Cette position semble contestable juridiquement puisque plusieurs fondements du TFUE permettraient de justifier une action commune, afin de rendre plus efficace les orientations relatives aux réseaux transeuropéens d'énergie.

Une première voie repose sur le postulat selon lequel la politique des réseaux transeuropéens d'énergie tend progressivement à intégrer la politique énergétique de l'Union¹¹¹⁵. Évoqué dans le livre vert, ce rapprochement se concrétise dans l'article 194 du TFUE disposant que « *la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie vise (...) à promouvoir l'interconnexion des réseaux énergétiques* ». Dès lors, l'harmonisation de la planification territoriale concernant les réseaux transeuropéens pourrait être interprétée comme une composante de la politique énergétique.

L'intervention pourrait également se fonder sur la politique des réseaux transeuropéens de l'article 170 du TFUE disposant que « *l'action de l'Union vise à favoriser l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux* », et qu'il convient de relier à l'article 171§2 selon lequel « *les États membres coordonnent entre eux, en liaison avec la Commission, les politiques menées au niveau national. (...) La Commission peut prendre, en étroite collaboration avec les États membres,*

¹¹¹² M. SAGE, "La France déjà contrainte d'importer de l'électricité", *Univers nature*, 18/11/2009, www.univers-nature.com

¹¹¹³ *Ibidem.*, pt. 3.2

¹¹¹⁴ Conclusions de la présidence, Conseil européen 8-9 mars 2007

¹¹¹⁵ M.L. BASILIEN-GAINCHE, "La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz, une reconfiguration des obligations de service public", *RFDA*, 2007, p.74

La sécurité des approvisionnements énergétiques

toute initiative utile pour promouvoir cette coordination ». Cette politique concourt à l'objectif de l'article 174 selon lequel : « *afin de promouvoir un développement harmonieux de l'ensemble de l'Union, celle-ci développe et poursuit son action tendant au renforcement de sa cohésion économique, sociale et territoriale* ».

Un troisième fondement trouverait sa source dans la politique de cohésion de l'Union. Les ministres européens de l'aménagement du territoire en adoptant le schéma de développement de l'espace communautaire (SDEC) ont souligné que « *des principes directeurs clairs et qui transcendent l'espace sont indispensables tant à l'élaboration des politiques nationales de développement spatial qu'à l'élaboration des politiques sectorielles communautaires* »¹¹¹⁶. En ce sens, l'article 192-2-b du TFUE permet par une procédure législative spéciale l'adoption de mesures affectant l'aménagement du territoire.

Une intervention pourrait encore se baser sur la politique de cohésion économique, sociale et territoriale, le troisième alinéa de l'article 175 disposant que « *si des actions spécifiques s'avèrent nécessaires en dehors des fonds, et sans préjudice des mesures décidées dans le cadre des autres politiques de l'Union, ces actions peuvent être arrêtées par le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions* ».

Enfin et de manière générale, l'article 352 du TFUE dispose que « *si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévus les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées* ».

L'UE n'a pas attendu de bénéficier d'un fondement explicite pour développer une politique de l'énergie et l'harmonisation d'une planification territoriale en matière énergétique pourrait s'inscrire dans ce prolongement. Elle aurait pour objet, non de constituer une politique d'aménagement mais de garantir l'efficacité de la politique des réseaux transeuropéens d'énergie.

Un enjeu du droit des réseaux transeuropéens d'énergie concerne donc dans la délimitation des compétences entre les autorités européennes et étatiques. Un second intérêt juridique réside dans le fait qu'il est à l'origine de la notion de « *projet d'intérêt européen* ».

b) La source de la notion de « projet d'intérêt européen »

Originellement employée par le traité de Rome en matière de concurrence, la notion de « *projet d'intérêt commun* » apparaît dans le traité de Maastricht au titre XII relatif aux réseaux transeuropéens. Elle figure désormais à l'article 171 du TFUE selon lequel : « *afin de réaliser les objectifs visés à l'article 170, l'Union établit un ensemble d'orientations couvrant les objectifs, les priorités ainsi que les grandes lignes des actions envisagées dans le domaine des réseaux transeuropéens ; ces orientations identifient des projets d'intérêt commun* ». L'identification des

¹¹¹⁶ Schéma de Développement de l'Espace Communautaire Vers un développement spatial équilibré et durable du territoire de l'Union européenne, approuvé au Conseil informel des Ministres responsables de l'aménagement du territoire à Potsdam, mai 1999, p. 7

« *projets d'intérêt commun* » permet par une décision du Conseil et du Parlement selon une procédure législative ordinaire, l'octroi de financements européens pour des études de faisabilité, des garanties d'emprunt et des bonifications d'intérêts¹¹¹⁷.

La décision 1364/2006/CE innove en introduisant la notion de « *projet d'intérêt européen* »¹¹¹⁸. Elle instaurant une hiérarchie comprenant par importance croissante les « *projets d'intérêt commun* » qui doivent présenter des perspectives de viabilité économique potentielle ; les « *projets prioritaires* » composante des « *projets d'intérêt commun* » et caractérisés par leur impact significatif sur le bon fonctionnement du marché intérieur, sur la sécurité d'approvisionnement ou sur la valorisation des énergies renouvelables ; et les « *projets d'intérêt européen* », prioritaires pour l'obtention d'un financement commun et bénéficiant d'une attention particulière¹¹¹⁹. Cette qualification permet d'accéder aux prêts de la Banque européenne d'investissement (BEI) et au fonds européen d'investissement (FEI)¹¹²⁰. Elle ouvre la voie à des soutiens sous la forme de cofinancement d'études, de bonification d'intérêts sur les prêts accordés à la BEI, d'une contribution aux primes de garantie d'emprunts du FEI et des subventions directes¹¹²¹. De plus, ces financements peuvent être complétés par une participation au titre des fonds structurels.

Le droit de l'énergie est donc à l'origine de la notion de « *projet d'intérêt européen* », précisée par la Cour de justice qui considère qu'« *un projet ne peut être qualifié d'intérêt commun européen au sens (du traité) que lorsqu'il fait partie d'un programme transnational européen soutenu conjointement par différents gouvernements d'États membres, ou lorsqu'il relève d'une action concertée de différents États membres en vue de lutter contre une menace commune, comme par exemple la pollution de l'environnement* »¹¹²². Cette reconnaissance démontre que si le droit de l'énergie est en mesure d'intégrer des notions générales du droit de l'Union, il est également capable d'en créer et d'irriguer le système juridique de l'UE de celles-ci. Cette caractéristique met en exergue l'interdépendance et l'interconnectivité du droit de l'énergie avec les autres champs juridiques.

Un second domaine d'intervention des autorités européennes dans l'action transnationale en matière de sécurité énergétique concerne la conclusion d'accords internationaux.

2) La conclusion d'accords internationaux

Deux catégories d'accords internationaux concourent au renforcement de la sécurité énergétique de l'Union. L'accord de coopération est destiné à favoriser les relations commerciales

¹¹¹⁷ TFUE, art. 171§1 al. 3

¹¹¹⁸ Décision n°1364/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 établissant des orientations relatives aux réseaux transeuropéens d'énergie et abrogeant la décision 96/391/CE et la décision n°1229/2003/CE, JOUE L.262 du 22/9/2006, p. 1-23

¹¹¹⁹ DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ÉNERGIE ET DES TRANSPORTS COMMISSION EUROPÉENNE, *Réseaux transeuropéens de l'énergie : projets prioritaires pour les RTE-E*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2004

¹¹²⁰ Institué en 1993 dans le cadre des activités de la BEI, le fonds européen d'investissement vise à soutenir le développement des projets d'intérêt commun dans le domaine des réseaux d'énergie, des télécommunications et des transports.

¹¹²¹ Règlement (CE) n°2236/95 du Conseil du 18 septembre établissant les règles générales pour l'octroi d'un soutien financier communautaire dans les domaines des réseaux transeuropéens, JOCE n°L.228 du 23/09/1995, p. 1

¹¹²² CJCE, 8 mars 1988, aff. jtes 62/87 et 72/87, *Exécutif régional wallon et SA Glaverbe* : Rec. p. 1573

entre l'UE et des États tiers et concerne toute forme de collaboration dans le domaine économique (a)¹¹²³. L'accord d'association se caractérise par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières entre l'UE et un État tiers ou une organisation internationale. Il se distingue par l'intensité, la permanence des liens et la création d'institutions paritaires assurant son fonctionnement (b).

a) Des accords de coopération

Les accords de coopération sont adoptés sur le fondement de la politique commerciale commune sur décision du Conseil¹¹²⁴. Nombre d'entre eux résultent de la CEEA sous la forme de traités bilatéraux instituant des cadres de coopérations dans le domaine de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire¹¹²⁵. Ils encadrent généralement des domaines relevant de la sûreté nucléaire, la recherche et développement, le commerce de matières nucléaires, la fourniture de services liés au cycle du combustible, et la prévention du détournement de matières à des fins militaires¹¹²⁶. Les plus nombreux concernent la recherche, l'intérêt portant désormais sur l'établissement de l'organisation internationale ITER ayant pour objet de développer la technologie de la fusion nucléaire¹¹²⁷. Ils se limitent généralement à un objet spécifique mais peuvent concerner l'adhésion de la CEEA à des instances internationales telles que l'organisation pour le développement énergétique de la péninsule Coréenne ou la participation à des conventions multilatérales relatives à la sécurité nucléaire¹¹²⁸.

Au niveau de la politique énergétique générale de l'Union, de multiples accords bilatéraux sectoriels sont mis en œuvre tels que la coordination de programmes d'étiquetage concernant l'efficacité énergétique des équipements de bureau¹¹²⁹. Le « *processus de Barcelone: Union pour la*

¹¹²³ J. SALMON (DIR.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, AUF, Bruxelles 2001

¹¹²⁴ TFUE, art. 207§4 et 5

¹¹²⁵ *Inter Alia.*, accord entre le gouvernement du Japon et la Communauté européenne de l'énergie atomique sur la coopération dans le domaine des utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire JO L 32 du 6.2.2007, p. 65-75

¹¹²⁶ Décision 96/314/Euratom de la Commission du 12 avril 1996 concernant l'entrée en vigueur de l'accord de coopération entre la Communauté européenne de l'énergie atomique et les États-Unis d'Amérique dans le domaine des utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire, JO n°L.120 du 20 mai 1996, p. 1

¹¹²⁷ Accord sur l'établissement de l'organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER, JO L 358 du 16/12/2006, p. 62-80 ; Accord de coopération entre la Communauté européenne de l'énergie atomique, le gouvernement du Japon, le gouvernement de la fédération de Russie et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les activités ayant trait au projet détaillé du réacteur thermonucléaire expérimental international - Déclaration de la délégation de la Communauté européenne de l'énergie atomique lors de la dernière réunion de négociation quadripartite sur la coopération relative aux activités ayant trait au projet détaillé du réacteur thermonucléaire expérimental international (ITER), JO L 244 du 26.8.1992, p. 14-31

¹¹²⁸ Accord de coopération entre la Communauté européenne de l'énergie atomique et le Cabinet des ministres de l'Ukraine dans le domaine de la sécurité nucléaire, JOCE L 322 du 27/11/2002, p. 33-39 ; Accord-cadre pour un programme multilatéral environnemental dans le domaine nucléaire dans la Fédération de Russie (PMENR), JO L 155 du 24/06/2003, p. 37-42 ; accord sur les modalités de l'adhésion de la Communauté européenne de l'énergie atomique à l'organisation pour le développement énergétique de la péninsule Coréenne, JOCE L 70 du 10/3/1998, p. 10-22 ; Convention sur la protection physique des matières nucléaires et des installations nucléaires, JO L 34 du 8/02/2008, p. 5-18 ; décision 1999/819/Euratom de la Commission, du 16 novembre 1999, concernant l'adhésion de la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) à la convention de 1994 sur la sûreté nucléaire, notifiée sous le numéro C(1999) 3223, JOCE L 318 du 11/12/1999, p. 20

¹¹²⁹ Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Communauté européenne concernant la coordination des programmes d'étiquetage relatifs à l'efficacité énergétique des équipements de bureau, JOUE L 381 du 28/12/2006, p. 26-104 ; C. MIGAZZI, "La sécurité énergétique et le droit international de l'environnement", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.291-308

Méditerranée » établi suite au Conseil européen des 13 et 14 mars 2008, vise à créer « *des conditions-cadres adéquates pour les investissements et les activités des compagnies d'énergie, en coopérant pour créer les conditions permettant à ces compagnies d'étendre les réseaux énergétiques et de promouvoir les interconnexions* »¹¹³⁰. L'UE envisage dans le cadre du « *plan solaire méditerranéen* » l'importation d'énergie produite dans des États du sud de la méditerranée¹¹³¹. L'article 9 de la directive 2009/28/CE favorise la réalisation de ce type de projets en offrant la possibilité aux États de développer des projets communs de production d'électricité à partir de sources renouvelables et de comptabiliser cette énergie au titre des objectifs fixés par la directive en terme de quota d'énergie renouvelable¹¹³². De plus, la conclusion d'accords de coopération permet l'allocation de financements européens tels que le programme Thermie destiné à stimuler la compétitivité industrielle et l'émergence de technologies non-polluantes.

La coopération s'effectue également dans le cadre d'organisations internationales telles que l'AIE, où l'UE dispose d'un statut d'observateur permettant ainsi de coordonner le système de répartition d'énergie en cas de crise avec le droit dérivé relatif à la solidarité énergétique. Le Programme international de l'énergie qui a donné naissance à l'AIE prévoit la possibilité pour l'UE de devenir partie à l'accord mais les propositions de la Commission en ce sens se heurtent à une hostilité des États membres. Les relations entre l'UE et l'AIEA sont quant à elles régies par un accord cadre de coopération signé en 1975, la Commission participant à l'élaboration des règles internationales de sûreté et à des accords internationaux tels que le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires¹¹³³. La Commission dispose encore d'un statut d'observateur au sein de l'Agence nucléaire de l'OCDE (AEN) qui vise à promouvoir la coopération de ses membres dans le domaine de l'énergie nucléaire. L'UE a enfin rejoint l'Agence internationale pour les énergies renouvelables dans une décision du 24 juin 2010¹¹³⁴.

Les accords de coopérations permettent une collaboration temporaire ou pérenne, sur des sujets sectoriels. De manière complémentaire, les accords d'associations offrent un cadre généralement plus complet dans des domaines d'action étendus.

¹¹³⁰ Sommet de l'union pour la méditerranée, déclaration commune, Paris, 13/07/2008 ; Déclaration finale de la Conférence ministérielle euro-méditerranéenne de Barcelone du 27 et 28 novembre 1995 et son programme de travail ; A. BOUHAFS, "L'énergie et le partenariat euro-méditerranéen", *Revue de l'énergie*, n°489, 1997, p.448-460 ; F. PERRIN, "Partenariat euro-méditerranéen dans le domaine de l'énergie", *Le Pétrole et le gaz arabes*, n°654, vol. 28, 1996, p.39-45

¹¹³¹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - Le processus de Barcelone: Union pour la Méditerranée, 20/05/2008 ; J. M. CHARPIN, M. LAFFITT, F. MASSOU, C. TRINK et P. PALAT, *Rapport sur le plan solaire méditerranéen*, Inspection générale des finances, mai 2009, 143 p. ; C. MALHÈRE, "Un projet clé qui doit vaincre des défis financiers et stratégiques", *Europol. énerg.*, n°766, 04/11/2009, p.7 ; G. SEBAG, "Plan solaire méditerranéen: un pari pour remplir les engagements énergétiques à long terme", *Europol. env.*, n°791, 03/06/2010, p.20

¹¹³² Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *préc.*, art.9

¹¹³³ Décision 75/780/Euratom de la Commission portant conclusion d'un accord de coopération entre la Communauté européenne de l'énergie atomique et l'Agence internationale de l'énergie atomique, *JOCE* n°L.329 du 23 déc. 1975, p. 28

¹¹³⁴ Décision du Conseil du 24 juin 2010 sur la conclusion du statut de l'Agence internationale pour les énergies renouvelables (IRENA) par l'Union européenne, *JOUE* L178 du 13/07/2010, p.17 ; D. AB IAGO, "L'UE rejoint l'Agence internationale pour les renouvelables", *Europol. énerg.*, n°768, 02/12/2009, p.8

b) Des accords d'association

Les accords d'association sont adoptés conformément à l'article 218 du TFUE, par le Conseil après approbation du Parlement. Ils contribuent à l'objectif du livre vert de 2006 visant à établir une « communauté paneuropéenne de l'énergie » dotée d'un espace réglementaire commun¹¹³⁵.

En ce sens, la « Communauté de l'énergie » constitue un accord novateur méritant une attention particulière¹¹³⁶. Entérinée par une décision du Conseil du 29 mai 2006, elle est conclue pour une période de dix ans renouvelable et instaure un marché intérieur de l'énergie rassemblant les États membres de l'UE et neuf pays d'Europe du sud-est¹¹³⁷. Cette initiative s'inscrit dans le cadre du « processus d'Athènes », lancé en 2002 pour resserrer les liens entre l'Union et la région des Balkans en renforçant la sécurité des approvisionnements par une extension du marché de l'énergie. Elle crée un espace de régulation unique pour les échanges d'énergie de réseaux et reprend les règles concurrentielles de l'UE.

Le traité étend à la Communauté l'« acquis communautaire en matière d'énergie » mais cette notion est entendue strictement puisqu'elle se limite aux directives sur le marché de l'énergie, au règlement 1228/2003 et n'intègre pas *ipso facto* les dispositions nouvelles, nécessitant une adoption explicite des États¹¹³⁸. Conclu par l'UE, l'accord s'applique également à l'ensemble des États membres. Il institue un Conseil des ministres, organe décisionnel composé d'un représentant par État membre et de la Commission européenne. Un groupe permanent de haut niveau est chargé de préparer et d'exécuter les décisions du Conseil. Un conseil de régulation a pour mission d'éclairer le Conseil des ministres et le groupe de haut niveau, d'émettre des recommandations dans les différends transfrontaliers, et d'adopter des mesures si le Conseil lui en donne compétence. Deux forums sur l'électricité et le gaz conseillent la Communauté et se composent de représentants des parties intéressées, comprenant des entreprises, des régulateurs et des organismes représentant les consommateurs.

La Communauté de l'énergie constitue une organisation internationale d'intégration dans le sens où les décisions sont adoptées au sein du Conseil des ministres à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, l'UE disposant d'un droit de veto¹¹³⁹. Bien que les dispositions issues du droit de l'UE doivent être interprétées conformément à la jurisprudence de la CJUE, l'accord se limite à un règlement politique des différends devant le Conseil des ministres, les organismes de droit privé

¹¹³⁵ Commission européenne, Livre vert – une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable, 08/03/2006, p. 18

¹¹³⁶ J. PROUTEAU, "L'action extérieure de l'Union européenne en matière d'énergie", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.213-234

¹¹³⁷ Décision du Conseil du 29 mai 2006 relative à la conclusion par la Communauté européenne du traité instituant la Communauté de l'énergie, *JOUE* L 198 du 20/7/2006, p. 15-17 ; accord de coopération dans le domaine des utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire entre la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom), et le gouvernement de la République d'Ouzbékistan *JOUE* L 269 du 21/10/2003, p. 9-17 ; accord de coopération sur les utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire entre la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) et le gouvernement de la République argentine *JO* L 296 du 30.10.1997, p. 32-40 ; accord de coopération entre la Communauté européenne de l'énergie atomique et l'Agence internationale de l'énergie atomique *JOCE* L 329 du 23/12/1975, p. 28-29 ; D. AB IAGO, "Feu vert conditionnel à l'adhésion de l'Ukraine et de la Moldavie", *Europol. énerg.*, n° 769, 16/12/2009, p.12 ; D. AB IAGO, "La Communauté de l'énergie en pleine expansion", *Europol. énerg.*, n° 766, 04/11/2009, p.11

¹¹³⁸ Traité instituant la Communauté de l'énergie : art. 16

¹¹³⁹ *Ibidem*, art. 83

pouvant déposer des plaintes auprès du secrétariat.

D'autres accords d'associations relatifs à l'énergie ont été conclus par l'UE, tels que la convention concernant l'Espace économique européen qui conduit à appliquer à l'Islande, à la Norvège, et au Liechtenstein les règles du marché de l'énergie, du transit, de la prospection et de l'exploitation des hydrocarbures. Le TCE et le protocole d'application de la Convention alpine dans le domaine de l'énergie relèvent également de cette catégorie¹¹⁴⁰.

L'UE dispose donc de différents leviers pour renforcer sa sécurité énergétique dans le cadre d'actions transnationales. Cependant, ces interventions relèvent généralement d'un domaine de compétence partagé, impliquant des procédures spécifiques dont il convient de préciser les modalités.

B. Les compétences partagées

La négociation, la conclusion et l'exécution des accords internationaux relatifs à la sécurité énergétique sont régies par des procédures précises (1). En vue de prévenir les troubles liés à la complexité, des normes spécifiques encouragent au partenariat (2).

1) Des procédures encadrées

La participation dans des accords internationaux concernant la sécurité énergétique implique une pluralité d'instance (a) intervenant dans un processus complexe de négociation (b).

a) Une pluralité d'institutions

Le sénateur Yves Pozzo di Dorgo affirmait dans un rapport de 2007 qu'il existe certainement un droit de l'Union relatif à la sécurité des approvisionnements mais qu'« *il n'existe pas aujourd'hui de véritable politique européenne de l'énergie et que l'Union européenne ne parvient pas à parler d'une seule voix vis-à-vis de ses partenaires extérieurs* »¹¹⁴¹. Cette remarque tient au fait qu'une diversité d'instances européennes intervient dans la politique étrangère de l'énergie.

Sous l'empire du traité de Nice, le secrétaire général du Conseil de l'UE, Haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune intervenait de manière complémentaire, voire conflictuelle, avec le commissaire européen chargé des relations extérieures. Depuis le traité de Lisbonne, le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité est désormais rattaché au Conseil de l'UE et bénéficie du titre de vice-président de la Commission européenne, correspondant au « *ministre des affaires étrangères* » de l'article 27 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe. Il préside le Conseil des affaires étrangères, représente l'Union en matière de politique étrangère et de sécurité commune et conduit en son nom le dialogue politique avec les États tiers¹¹⁴². Le rapprochement s'effectue également par l'institution d'un service européen pour l'action extérieure regroupant les services diplomatiques des États membres, des

¹¹⁴⁰ Acte final de la Conférence sur la charte européenne de l'énergie - Annexe 1 : Traité sur la Charte de l'énergie - Annexe 2: Décisions relatives à la Charte européenne de l'énergie, JOCE L 380 du 31/12/1994, p. 24-90 ; Protocole d'application de la convention alpine de 1991 dans le domaine de l'énergie, JO L 337 du 22/12/2005, p. 36-42

¹¹⁴¹ Y. POZZO DI BORGIO, *Union européenne - Russie : quelles relations ?*, n°307, Sénat, 10 mai 2007.

¹¹⁴² TUE, art. 27§ et 2

fonctionnaires du secrétariat général du Conseil, et de la Commission¹¹⁴³. Ces évolutions renforcent l'unité décisionnelle de l'Union et facilitent le dialogue avec les États tiers.

Cependant, des points d'ombres demeurent quant à la répartition des compétences extérieures de l'Union conduisant Martyna Kurcz à plaider pour une clarification¹¹⁴⁴. En effet, cet apport doit être combiné avec l'apparition d'un président au sein du Conseil européen, dont l'article 22 du TUE le charge d'identifier les intérêts et les objectifs stratégiques de l'Union, et de jouer un rôle d'arbitre dans les relations extérieures¹¹⁴⁵. De plus, la présidence tournante au sein du Conseil de l'UE demeure, or son président est habilité à conclure des accords internationaux au nom de l'Union¹¹⁴⁶. Le président de la Commission conserve également des compétences en matière d'aide au développement et de coopération. Par conséquent, cette situation conduit Anne-Cécile Robert à affirmer qu' « en l'absence d'une hiérarchie claire entre ces quatre fonctions, la direction de l'action extérieure de l'Union est potentiellement quadricéphale »¹¹⁴⁷.

La négociation et la conclusion d'accords internationaux demeure donc de la compétence de plusieurs instances européennes et pourrait être simplifiée pour davantage de lisibilité et d'efficacité. Cet appel trouve une justification complémentaire dans dans la complexité du processus négociation.

b) Un processus complexe de négociation

La négociation des accords internationaux relatifs à la sécurité énergétique résulte d'un ensemble de règles tentant de concilier pluripartisme et efficacité. Ces alliances peuvent être conclues par l'UE sur les fondements de la politique commerciale commune ou de la doctrine jurisprudentielle des compétences externes implicites, selon laquelle l'Union agit sur le plan international en vertu de sa compétence interne, afin de réaliser des objectifs visés par les traités¹¹⁴⁸. La procédure est régie par l'article 218 du TFUE prévoyant que l'initiative de lancer des négociations revient à la Commission qui présente ses recommandations au Conseil, celui-ci pouvant de manière discrétionnaire ouvrir les négociations et accepter, modifier ou rejeter la requête de la Commission¹¹⁴⁹. Les modalités de vote au sein du Conseil sont déterminées par le fondement juridique de la matière concernée, s'établissant en principe à la majorité qualifiée concernant l'énergie, sauf lorsque l'accord contient des mesures de nature fiscale ou affectant les choix d'approvisionnement des États¹¹⁵⁰. En cas de suite favorable, les négociations sont entreprises par la Commission sur autorisation du Conseil, selon ses recommandations et ses directives. Elles peuvent

¹¹⁴³ TUE, art. 27§3

¹¹⁴⁴ M. KURCZ, "La répartition des compétences au sein de l'Union européenne", *RDUE*, n°.3, 2005, p.583

¹¹⁴⁵ J.-P. JACQUÉ, "Conseil européen", *JCL Europe*, fasc. 221, 7/06/2006

¹¹⁴⁶ TFUE, art. 218 ; C. BLUMANN, "Le Conseil de l'Union européenne", *JCL Europe Traité*, Fasc. 219, 29/04/2006

¹¹⁴⁷ A.C. ROBERT, "Union européenne : un président pour quoi faire ?", *Le monde diplomatique*, 20/11/2009

¹¹⁴⁸ Fondement de la politique commerciale commune : TFUE, art. 207 ; fondement de la doctrine des compétences externes implicites : CJCE, 31 mars 1971, aff. 22/70, *Comm. CE c/ Cons.CE, AETR : Rec. CJCE 1971*, p. 263 ; CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76, relatif au Fonds européen d'immobilisation de la navigation sur le Rhin : *Rec. CJCE 1977*, p. 750 ; V. MICHEL, "Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique", *Europe*, étude 10, 2006

¹¹⁴⁹ Pour une étude détaillée de la procédure de négociation des accords internationaux dans l'UE : E. NEFRAMI, "Accords internationaux", *JCL Europe Traité*, fasc. 192, 29/03/2007

¹¹⁵⁰ Respectivement TFUE, art. 194 et 192§2

être menées en concertation avec un comité spécial si le Conseil a jugé bon d'en nommer un. La conclusion est opérée par le Conseil de l'UE, en principe après avis conforme du Parlement, qui autorise son président à procéder à sa signature au nom de l'UE. La ratification de l'accord s'effectue par voie de décision ou de règlement dans lequel l'accord est annexé. Chaque institution doit agir dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le traité, un dépassement de compétences pouvant se traduire par l'annulation de l'acte conclu¹¹⁵¹.

La procédure s'avère plus complexe lorsqu'elle concerne des accords mixtes, c'est-à-dire lorsque les dispositions ne régissent que partiellement la compétence commune exclusive, ou lorsque l'accord relève dans son ensemble d'une compétence partagée, l'accord étant alors conclu à la fois par l'Union et les États membres¹¹⁵². Cinq méthodes de négociations peuvent être distinguées par ordre croissant d'intégration¹¹⁵³. La première dite « *multicéphale* » comporte des délégations étatiques et une délégation de l'Union composée de représentants de la Commission, de la présidence du Conseil, et des représentants de chacun des États membres. La deuxième dite « *bicéphale* » limite la représentation de l'UE à la Commission et des représentants de la présidence du Conseil. La troisième est composée de représentants de la Commission et des États membres. La quatrième méthode se matérialise dans une délégation unique pour l'Union et les États membres. La cinquième est caractérisée par la désignation de la Commission européenne comme unique interlocuteur, conduisant à l'unité de représentation, dans laquelle la Commission exprime la position donnée par le Conseil tandis que les États présents aux négociations s'abstiennent de prise de parole. Quelque soit la méthode retenue, l'accord mixte se traduit *in fine* par la signature et la ratification de l'UE et des États membres¹¹⁵⁴.

La conclusion des accords internationaux concernant la sécurité énergétique obéit donc à un processus complexe. Par conséquent, des règles spécifiques visent à réduire les effets potentiellement néfastes sous la forme d'un encouragement au partenariat.

2) L'encouragement au partenariat

L'encouragement au partenariat se manifeste dans une tentative de coordonner les politiques extérieures (a) et dans une obligation générale de coopération (b).

a) La coordination des politiques extérieures

L'action transnationale européenne en matière de sécurité des approvisionnements peut reposer sur le fondement général de la politique commerciale commune des articles 206 et 207 du TFUE dans lesquels l'Union dispose d'une compétence exclusive, mais également sur une action conjointe des États et de l'UE, voire des mesures étatiques individuelles¹¹⁵⁵. Cette particularité peut

¹¹⁵¹ CJCE, 9 août 1994, aff. C-327/91, *France c/ Comm. CE*, Rec. p. 3641

¹¹⁵² J.H.J. BOURGEOIS et J.L. DEWOST, *La Communauté européenne et les accords mixtes. Quelles perspectives ?*, Colloque de Bruges, Presses Interuniversitaires Européennes, 1997, 114 p. ; E. NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne*, Bruylant, thèse droit, Bruxelles, 2007

¹¹⁵³ J. HELISKOSKI, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, Kluwer, The Hague, 2001, p. 71-86

¹¹⁵⁴ V. M. DONY, "Les accords mixtes", in J. V. LOUIS et M. DONY (DIR.), *Le droit de la CE et de l'Union européenne*, Relations extérieures, n° 12, Bruxelles, 2005

¹¹⁵⁵ TFUE, art. 3e)

La sécurité des approvisionnements énergétiques

être à l'origine d'initiatives innovantes comme le projet d'accord sur le gazoduc *Nabucco* visant à desservir un maximum d'États européens¹¹⁵⁶. Elle peut à l'inverse favoriser des intérêts nationaux comme le projet de gazoduc germano-russe *Northstream* en mer Baltique, évitant l'État polonais à son grand regret¹¹⁵⁷. Un constat similaire concerne le gazoduc *Southstream* passant par la mer noire et contournant des États est-européens¹¹⁵⁸.

Cette situation a conduit le Conseil européen de mars 2008 à rappeler la nécessité d'engager un débat sur la dimension internationale de la sécurité énergétique. En effet, ces carences pourraient être comblées par une adaptation du droit originaire en faveur d'une coordination renforcée des politiques extérieures d'approvisionnement, l'objectif étant de ne pas limiter la consultation aux situations de crise mais d'étendre le devoir de coopération aux infrastructures d'envergure transnationale¹¹⁵⁹. En l'état, des discussions pourraient être entreprises dans le cadre d'instances telles que le forum européen de l'énergie, ONG rassemblant des représentants du Parlement européen, de la Commission, des États, des sociétés et des experts¹¹⁶⁰. La solution pourrait également résider dans l'établissement d'un observatoire européen de l'approvisionnement énergétique tel que proposé dans le livre vert pour une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable¹¹⁶¹. Ces mesures permettraient de favoriser une approche globale et concertée de la sécurité des approvisionnements énergétiques européens. Elles complèteraient l'obligation de coopération entre l'Union et les États membres.

b) L'obligation de coopération

L'obligation de coopération entre l'Union et les États membres dans le cadre d'accords mixtes résulte de l'avis 1/94 de la Cour de justice disposant que : « *lorsqu'il apparaît que la matière d'un accord ou d'une convention relève pour partie de la compétence de la Communauté et pour partie de celle des États membres, il importe d'assurer une coopération étroite entre ces derniers et les institutions communautaires. Cette obligation de coopération découle de l'exigence d'une unité de représentation internationale de la Communauté* »¹¹⁶². Selon Eleftheria Neframi, elle prend sa source dans le « *principe de coopération loyale* » issu de l'article 4§3 du TUE¹¹⁶³.

L'avis 2/91 précise qu'« *une action commune de la Communauté et des États membres est imposée au stade de la négociation et de la mise en œuvre de l'accord* »¹¹⁶⁴. Selon la Cour,

¹¹⁵⁶ "Le projet Nabucco bientôt officialisé mais toujours controversé", 7/07/2009, www.euractiv.fr

¹¹⁵⁷ C.A. PAILLARD, *Quelles stratégies énergétiques pour l'Europe?*, Fondation Robert Schuman, janv. 2006, p. 17-20 ; "Un projet opérationnel à partir de 2011", *Le monde*, 07/11/2009, p.14

¹¹⁵⁸ M. BOSELLI, G. BLACHIER et B. MALLET, "EDF va participer au projet de gazoduc South Stream", *Le point*, 27/11/2009

¹¹⁵⁹ C.A. PAILLARD, *Quelles stratégies énergétiques pour l'Europe?*, préc., p. 56-65

¹¹⁶⁰ www.europeanenergyforum.eu

¹¹⁶¹ Livre vert de la Commission, du 8 mars 2006, Une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable, COM(2006) 105 final - Non publié au Journal officiel

¹¹⁶² CJCE, 15 nov. 1994, avis 1/94, *Compétence de la Communauté à propos des résultats des négociations du cycle d'Uruguay*, Rec. p. 5267, pt. 108

¹¹⁶³ E. NEFRAMI, "Accords internationaux", *JCL Europe*, fasc. 192, 29/03/2007, pt. 43 ; TUE, art. 4§3: « *En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités* ».

¹¹⁶⁴ CJCE, 19 mars 1993, avis 2/91, Conclusion de la Convention n° 170 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail, Rec. CJCE 1993, I, p. 1061, pts. 12 et 36

l'obligation de coopération s'applique donc également lors de l'exécution des accords mixtes. En ce sens, elle affirme dans l'affaire de l'usine MOX que « l'obligation de coopération étroite dans le cadre d'un accord mixte impliquait, dans le chef de l'Irlande, un devoir d'information et de consultation préalables des institutions communautaires compétentes avant d'engager une procédure de règlement du différend relatif à l'usine MOX dans le cadre de la Convention »¹¹⁶⁵. La répartition des compétences pose peu de problème lorsqu'elle est inscrite dans l'accord international¹¹⁶⁶. En revanche, elle des difficultés surviennent en cas de silence. Dans ce cas, la Cour précise que l'Union s'engage sur le plan international pour les dispositions relevant de sa compétence et celle des États, mais qu'à l'inverse les États se lient pour les dispositions relevant de leur compétence et celle de l'Union¹¹⁶⁷. Cette action *ultra vires* trouve sa justification dans l'application de l'obligation de coopération, conduisant l'avocat général Tesouro à reconnaître une responsabilité conjointe et solidaire de l'Union et des États membres à l'égard de leurs partenaires¹¹⁶⁸.

L'obligation de coopération contribue à sécuriser les approvisionnements par une cohésion renforcée entre les Etats et l'UE. Elle assure également une cohésion des règles relatives à la sécurité énergétique. Elle rappelle enfin l'interrelation qu'entretient le droit de l'énergie avec les autres champs juridiques.

Un droit économique de l'énergie s'affirme dans les systèmes juridiques européen et français en réponse à la crise économique mondiale de l'énergie. Son analyse démontre que si ce droit est antérieur à la crise, celle-ci engendre une accélération de la création normative et lui fixe comme finalités un prix abordable de l'énergie et une sécurité des approvisionnements. Elle confirme également le caractère transnational du droit de l'énergie par une mise en œuvre des principes et standards du traité sur la Charte de l'énergie. Cette complémentarité s'observe ensuite dans une compensation du caractère volontaire du système juridique international concernant le prix de l'énergie dans un corps de règles contraignant et précis concernant le marché intérieur de l'énergie. Les droits européens et français de l'énergie modulent donc le droit international de l'énergie et invitent à prolonger la réflexion dans le droit social de l'énergie.

¹¹⁶⁵ CJCE, 30 mai 2006, aff. C-459/03, *Comm. CE c/ Irlande*, Rec. p. 465, pt. 179

¹¹⁶⁶ Concernant le TCE : déclaration communiquée par les Communautés européennes au Secrétariat de la Charte de l'énergie en application de l'article 26, paragraphe 3, point b) ii), du traité sur la Charte de l'énergie, *JOCE*, 09/03/1998, p. 115

¹¹⁶⁷ CJCE, 2 mars 1994, aff. C-316/94, *PE c/ Cons. CE*, Rec. p. 625, pt. 29

¹¹⁶⁸ CJCE, 16 juin 1998, aff. C-53/96, *Hermès International c/ FHT Marketing Choise BV*, Rec. p. 3603, conclusions présentées le 13 nov. 1997, pt. 14

Chapitre 2: Le droit social de l'énergie

« *Il y a assez de tout dans le monde pour satisfaire aux besoins de l'homme, mais pas assez pour assouvir son avidité* »¹¹⁶⁹.

L'absence d'accès à l'énergie est une source d'inégalité parce que la non-réalisation des besoins fondamentaux est un facteur d'exclusion. Or, 215 000 coupures d'énergie sont prononcées annuellement en France¹¹⁷⁰. De plus, 13% des ménages sont en situation de précarité énergétique, consacrant plus de 10% de leur revenu dans des charges d'énergie, ce chiffre ayant progressé de 50% en cinq ans¹¹⁷¹. Dès lors, la crise sociale de l'énergie s'applique également en France, selon des modalités particulières mais bien réelles. Elle est à l'origine d'institutions et de normes spécifiquement conçues pour universaliser l'accès à l'énergie dans les territoires nationaux, européen, et au delà des frontières.

Ce chapitre présente le droit social de l'énergie dans les systèmes juridiques européens et français en vue de démontrer l'existence d'un contenu cohérent, de préciser les modalités de transcription du droit international et les compétences respectives droits français et de l'UE. Au même titre que dans le système juridique international, la discipline est fédérée par le droit à l'énergie. Son appréhension peut-être réalisée en opérant une distinction entre les règles du droit à l'énergie relevant de la politique intérieure (1/) et étrangère (2/).

1/ Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

Le droit à l'énergie se développe dans les ordres juridiques européen et français afin de garantir l'accès à un minimum d'énergie pour satisfaire les besoins humains fondamentaux de leurs ressortissants. Les régimes applicables varient selon les systèmes, conduisant à étudier respectivement les cadres national (I) puis européen (II).

I. Le cadre national

Le droit français de l'énergie constitue l'un des premiers ordres juridiques nationaux à reconnaître formellement le droit à l'énergie (A) dans le cadre d'obligations partagées entre des autorités publiques et des opérateurs privés (B).

¹¹⁶⁹ GANDHI

¹¹⁷⁰ Proposition de loi n°423 du 21 novembre 2007 présentée par André Gerin, tendant à abolir les coupures d'eau, d'électricité et de gaz et à mettre en place un dispositif de solidarité énergie-eau

¹¹⁷¹ La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite loi Grenelle 2, reprend la définition d'Alain De Quero de l'Agence nationale de l'habitat et de Bertrand Lapostolet de la fondation Abbé Pierre selon laquelle « *est en précarité énergétique une personne qui éprouve dans son logement des difficultés particulières à disposer de la fourniture d'énergie nécessaire à la satisfaction de ses besoins élémentaires en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources et de ses conditions d'habitat* » : loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JORF* n°160 du 13 juillet 2010, p. 12905, art. 11 ; P. PELLETIER, A. DE QUERO et B. LAPOSTOLET, *Groupe de travail précarité énergétique*, 15/12/2009 ; M. PATY, "Le droit à l'énergie. Remarques d'introduction", E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie*, Passages, 1996, p.20 ; P.H. LAB, "Le droit à l'énergie, grand oublié du Grenelle", *L'Humanité*, 14/01/2010

A. Un droit à l'énergie affirmé

Le système juridique français appréhende le droit à l'énergie comme un droit substantiel (1) au contenu pluriel (2).

1) Un droit substantiel

Le droit à l'énergie constitue un droit substantiel dans la mesure où il fonde des droits et des obligations, et régit un domaine particulier du droit. Il octroie un droit subjectif aux personnes (a), et conditionne l'objectif constitutionnel de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent (b).

a) Un droit subjectif

Le droit à l'énergie trouve ses premiers fondements dans une loi du 29 juillet 1992, complétant le dispositif de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale initié par la loi du 1er décembre 1988, par un mécanisme de prise en charge des factures impayées d'eau et d'énergie, et une aide de la collectivité pour préserver leur accès¹¹⁷². Le dispositif se formalise dans une convention nationale signée entre l'État et EDF, et des conventions départementales passées entre les préfets, les distributeurs d'énergie et les organismes de protection sociale. La loi d'orientation du 29 juillet 1998 précise ces modalités en affirmant que « *toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières du fait d'une situation de précarité a droit à une aide de la collectivité pour accéder ou pour préserver son accès à une fourniture d'eau, d'énergie ou de services téléphoniques* ».

La loi du 10 février 2000 instaure « *le droit de tous à l'électricité* » et son exposé des motifs indique que cette reconnaissance constitue « *un pas significatif au regard des attentes concernant le " droit à l'énergie "* »¹¹⁷³. Le rapporteur de la loi, Christian Bataille, qualifie quant à lui ces dispositions « *d'ébauche d'un droit à l'énergie* »¹¹⁷⁴. Cette loi conforte le tarif social de l'électricité et l'aide aux personnes en situation de précarité pour préserver l'accès à l'électricité, tout en excluant le « *principe de gratuité* »¹¹⁷⁵. Ces dispositions sont précisées par l'article L.115-3 du code de l'action sociale et des familles et mises en œuvre par le pouvoir réglementaire¹¹⁷⁶. La loi POPE

¹¹⁷² Loi n°92-722 du 29 juillet 1992 portant adaptation de la loi n°88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle, *JORF* n°175 du 30 juillet 1992 ; loi n°88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion, *JORF* du 3 décembre 1988 p.15119

¹¹⁷³ Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *préc.*, art. 2

¹¹⁷⁴ C. BATAILLE, *Rapport relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, n°1371, AN, 11/02/1999

¹¹⁷⁵ G.-J. GUGLIELMI, "L'introuvable principe de gratuité du service public", in ouvr. coll. *La Gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, 2003, p.39-54 ; V. DONIER, "Les lois du service public : entre tradition et modernité", *AJDA*, 2006, p.1219

¹¹⁷⁶ Décret n° 2004-325 du 8 avril 2004 relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité, *JORF* n°86 du 10 avril 2004, p. 6773 ; décret n° 2008-778 du 13 août 2008 relatif à la fourniture de gaz naturel au tarif spécial de solidarité, *JORF* n°189 du 14 août 2008 p. 12873 ; décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau, *JORF* n°189 du 14 août 2008, p. 12877

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

franchit un pas supplémentaire en reconnaissant un « *droit d'accès à l'énergie* »¹¹⁷⁷. Les débats parlementaires s'accordent sur le fait que cette référence constitue la consécration de la notion de droit à l'énergie telle que proposée par la doctrine et reconnue dans certains ordres juridiques¹¹⁷⁸.

Le droit à l'énergie constitue un droit subjectif, notion au cœur du droit de l'aide sociale et théorisé par Jean Dabin comme une prérogative attribuée à un individu dans son intérêt, lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur, ou d'exiger d'autrui une prestation¹¹⁷⁹. Elle rejoint la conception de Maurice Hauriou considérant que « *la théorie de l'indigent procède de la conception de l'institution sociale existant en soi, sans contrat, et de laquelle on profite quant on se trouve en situation de profiter, c'est à dire, quant on a le statut nécessaire et que le service existe* »¹¹⁸⁰. Selon Léon Duguit, le droit subjectif reconnaît aux individus des droits justiciables qu'ils peuvent revendiquer à l'égard de la collectivité soumise à une obligation de résultat¹¹⁸¹. Il se rapproche de la notion de droits-créances, conférant à l'individu une prérogative le rendant créancier de l'État, lequel est alors débiteur d'un certain nombre de prestations concrètes, des obligations positives à son égard¹¹⁸². Néanmoins, le droit de l'énergie dépasse cette conception dans la mesure où les débiteurs de l'obligation concernent également les opérateurs du secteur énergétique qui en assurent la mise en œuvre.

La question est alors de savoir si le droit à l'énergie constitue un droit du citoyen ou un droit fondamental à part entière, la qualification de droits du citoyen excluant l'application aux étrangers, tandis que sa mise en œuvre universelle sur le territoire national le rangerait dans la seconde catégorie¹¹⁸³. Une décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1990 concernant l'accès des étrangers résidant en France aux prestations sociales précise que « *l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de cette allocation (...) méconnaît le principe d'égalité* »¹¹⁸⁴. Selon Dominique Schnapper, cette interprétation ferait entrer l'assistance sociale au rang des droits de l'Homme¹¹⁸⁵. Par conséquent, le droit à l'énergie pourrait constituer un droit

¹¹⁷⁷ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *préc.*, art. 2

¹¹⁷⁸ O. FRACHON et M. VAKALOULIS, *Le droit à l'énergie*, Syllepse, 2002 ; E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie. Penser le XXI^e siècle*, Passages, 1996

¹¹⁷⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 ; J. BARTHÉLÉMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, thèse droit, Paris, 1899 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963 ; N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", vol. 25, 2003 ; E. AUBIN, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Gualino, 2^e ed, 2008, p.31-31

¹¹⁸⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1910, p.699, note 2

¹¹⁸¹ E. AUBIN, *Droit de l'aide et de l'action sociales, préc.*, p.64-65

¹¹⁸² L. GAY, *Les droits créances constitutionnels*, Aix-Marseille III, thèse droit, 2001 ; C. CAPELLE, Le service public et la garantie des droits et libertés, Université de Limoges, thèse Droit, 2009 ; D. COHEN, "Le droit à...", in *Mélanges F. Terré*, LGDJ, 1999, p.393 et s. L. GAY, "La notion de droits-créances à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité", *Cah. Cons. const.*, n°16, oct. 2003-mars 2004 ; L. GAY, "Droits-créances", *JCL libertés*, fasc. 1100, 30/03/2009 ; Il appartient au législateur « *de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées et de choisir la forme des prestations apportées aux familles tant par les organismes de sécurité sociale que par les collectivités publiques* » : Cons. const., déc. n° 97-393 DC du 18 déc. 1997, *loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, *Rec. Cons. const.* 1997, p. 320, consid. 31 ; Cons. const., déc. n° 2005-514 DC du 28 avr. 2005, *loi relative à la création du registre international français*, *Rec.*, p. 78, consid. 27 ; V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", *JCLA*, fasc. 1440, 27/06/2010

¹¹⁸³ Cons. Const., déc. n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, consid. 33 notamment

¹¹⁸⁴ *Ibidem*, consid. 35

¹¹⁸⁵ D. SCHNAPPER, "L'assistance est un droit de l'homme", *Pouvoirs locaux*, n°14, 1992, p.18

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

fondamental et s'appliquer uniformément à l'ensemble des résidents du territoire national, conformément au principe d'égalité, selon lequel « *libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle (sont) reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* »¹¹⁸⁶.

Ces considérations amènent à s'interroger sur la portée du droit à l'énergie¹¹⁸⁷. Yves Jegouzo envisage la capacité du juge à reconnaître le droit à l'eau dans l'hypothèse où des personnes sans ressources feraient l'objet de coupures pour non-paiement des factures¹¹⁸⁸. Un même raisonnement semble pouvoir être s'appliquer au droit à l'énergie étant donné la proximité de ces prérogatives. Cette conception est également partagée par Marie-Anne Frison-Roche, considérant que « *si cette prérogative n'est pas respectée, le titulaire du droit pourra s'en plaindre auprès du juge* »¹¹⁸⁹.

Aux vues de ces considérations, le droit à l'énergie semble donc revêtir un caractère prescriptif. Il peut également être appréhendé comme un préalable à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent.

b) Un préalable à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent

Dans une décision du 19 janvier 1995, le Conseil constitutionnel qualifie « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* » d'objectif de valeur constitutionnelle¹¹⁹⁰. Celui-ci trouve sa source dans l'objectif constitutionnel selon lequel « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » ; le principe constitutionnel selon lequel la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection, la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* » ; et le principe constitutionnel de « *la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme de dégradation* »¹¹⁹¹.

Littéralement, un logement décent est un logement convenable, correct et cet objectif est mis en œuvre par l'article L.300-1 du code de la construction et de l'habitation proclamant « *le droit un*

¹¹⁸⁶ Cons. const., déc. n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, *loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, Rec., p. 33, consid. 31 ; Cons. const., déc. n° 93-325 du 13 août 1993, *loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec., p. 224, consid. 3 ; TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", *préc.*, n°248 et s.

¹¹⁸⁷ L. RICHER, "droit d'accès et service public", *AJDA*, 2006, p.73

¹¹⁸⁸ Y. JEGOUZO, "La loi du 30 décembre 2006, de très diverses dispositions relatives à l'eau", *préc.*

¹¹⁸⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, "droit de l'énergie, droit à l'énergie", *Revue de l'énergie*, n° 509, 1999, p.615-618

¹¹⁹⁰ Cons. const., déc.n° 94-359 DC du 19 janv. 1995, *loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec. p. 176 ; *RFD const.* 1995, p. 582, note P. GAÏA ; *AJDA* 1995, p. 455, note B. JORION ; *LPA* 7 juin 1995, p. 9, comm. B. MATHIEU ; *D.* 1995, chron. p. 284, par H. PAULIAT

¹¹⁹¹ En premier lieu, l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946 : « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* », qui revêt le caractère d'un « *objectif de valeur constitutionnelle* » : Cons. Cont., décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 224, consid. 69 ; Cons. Const., décis. n° 86-216 DC du 3 sept. 1986, *loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 135, consid. 16, 17 et 18. En deuxième lieu, l'alinéa 11 qui « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection, la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* » est un principe à valeur constitutionnelle : Cons. Const., décis. n° 93-330 DC du 29 déc. 1993, *loi de finances pour 1994*, Rec., p. 572, consid. 12, 13 et 14 ; Cons. Const., décis. n° 86-225 DC du 23 janv. 1987, *loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec. p. 13, consid. 16 et 17. En troisième lieu, le Conseil considère que la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ; H. HEUGAS-DARRASPEN, "L'application du principe de la diversité de l'habitat", *D.*, 1995, p.117

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

logement décent et indépendant »¹¹⁹². Dans le même sens, l'article L.210-1 du code de l'environnement reconnaît le droit de « *chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, (...) d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiques acceptables par tous* »¹¹⁹³. L'article 2 de la loi du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement conditionne l'accès à un logement décent et indépendant à la fourniture d'eau, d'énergie et de services téléphoniques¹¹⁹⁴. Dès lors, le droit à l'énergie appartiendrait à une série de prérogatives indispensables et préalables à la réalisation de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent¹¹⁹⁵. Cette exégèse est corroborée par le Conseil économique social et environnemental considérant que le droit à l'électricité, au même titre que le droit à l'eau, répond à certains besoins fondamentaux des populations¹¹⁹⁶. Cette situation conduit Jean-Claude Lenoir à qualifier le droit à l'énergie d'« *acquis social* » dans les débats parlementaires de la loi POPE¹¹⁹⁷.

Cependant et au même titre que pour les droits à l'eau et au logement, le droit à l'énergie s'exerce dans le cadre des lois et des règlements qui lui reconnaissent un contenu pluriel.

2) Un contenu pluriel

Les débats parlementaires de la loi du 10 février 2000 ont démontré la nécessité d'encadrer le droit à l'énergie à cause d'un contenu potentiellement étendu¹¹⁹⁸. Celui-ci se manifeste dans séries de deux prérogatives complémentaires constituées du droit d'être raccordé au réseau d'électricité (a) et du droit à une aide de la collectivité pour le maintien de l'approvisionnement en énergie (b).

a) Le droit d'être raccordé au réseau public d'électricité

Originellement reconnu dans la loi du 10 février 2000, en tant que « *droit de tous à l'électricité* », le droit à l'énergie bénéficie désormais d'une acception plus étendue depuis la loi POPE même si cette spécificité demeure, le législateur faisant référence au « *droit d'accès à l'énergie, et en particulier à l'électricité* »¹¹⁹⁹. Cette caractéristique se retrouve dans sa qualification de « *produit de première nécessité* » que le législateur accorde seulement à cette source

¹¹⁹² F. ZITOUNI, "Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis", *LPA*, n° 6, 12/01/1996, p.14

¹¹⁹³ H. SMETS, "Reconnaissance et mise en œuvre du droit à l'eau", *RTDH*, 2002, p.843 ; S. CAUDAL, "La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques entre volontarisme et renoncements", *DA*, Etude 5, avril 2007 ; Y. JEGOUZO, "La loi du 30 décembre 2006, de très diverses dispositions relatives à l'eau", *AJDA*, 2007, p.1162

¹¹⁹⁴ Loi n°90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, *JORF* n°127 du 2 juin 1990 p. 6551

¹¹⁹⁵ B. MATHIEU, "La dignité de la personne humaine : quel droit? quel titulaire?", *D.*, 1996, p.282 ; V. SAINT-JAMES, "Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français", *D.*, 1997, p.61 et s. ; S. DION-LOYE, "Le droit à l'habitat du pauvre: une application du principe de la dignité de la personne humaine", *LPA*, n°49, 22/04/1996, p.11 ; S. PAPAETHYMIOU, "De l'inégalité devant le toit; La décision du Conseil constitutionnel relative au logement décent au prisme de la théorie du droit", *Revue française des affaires sociales*, 1998, p.57-71

¹¹⁹⁶ Avis du Conseil économique et social, La réforme de la politique de l'eau, 15 nov. 2000, p. 71-75 ; C. RIBOT, "Les réformes introduites par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques : impatients espoirs ou doutes résignés ?", *JCP Env.*, 2007, p. 9

¹¹⁹⁷ Compte rendu de la loi POPE, 187e séance de la session ordinaire 2004-2005, Première séance du jeudi 24 mars 2005

¹¹⁹⁸ C. BATAILLE, *Rapport relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, n°1371, AN, 11/02/1999, amendement n° 166

¹¹⁹⁹ Loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *préc.*, art. 2

d'énergie¹²⁰⁰. La justification trouve son origine dans la diversité des usages qui peut en être fait (chauffage, éclairage, transport...) et dans le raccordement quasi-universel dont elle bénéficie sur le territoire national¹²⁰¹. Par conséquent, le droit de l'énergie constitue prioritairement un droit à l'électricité.

Cependant, cette prérogative ne peut être octroyée que pour les habitations légalement raccordées au réseau. En ce sens, l'article L.111-6 du code de l'urbanisme dispose que : « *les bâtiments, locaux ou installations soumis aux dispositions des articles L.421-1 à L.421-4 ou L.510-1, ne peuvent, nonobstant toutes clauses contraires des cahiers des charges de concession, d'affermage ou de régie intéressée, être raccordés définitivement aux réseaux d'électricité, d'eau, de gaz ou de téléphone si leur construction ou leur transformation n'a pas été, selon le cas, autorisée ou agréée en vertu des articles précités* ». Le juge en conclut que l'accès à l'électricité ne peut être sollicité en cas d'implantation illégale. En ce sens, le Conseil d'État confirme le refus d'un maire de raccorder une habitation en l'absence de permis de construire valablement délivré¹²⁰². Le Conseil d'État accorde également la légalité du refus d'un maire de raccorder en électricité des caravanes en situation irrégulière¹²⁰³. De le même sens, le juge reconnaît la licéité de l'injonction d'un maire faite à EDF, de refuser le raccordement électrique d'un terrain situé en zone inondable¹²⁰⁴. A l'inverse, un propriétaire commet une voie de fait s'il vient à supprimer le branchement électrique qui alimente sa maison afin que celui-ci ne puisse bénéficier à un occupant de bonne foi¹²⁰⁵.

Néanmoins, la portée de ces décisions doit être relativisée par le fait que l'article L.111-6 du code de l'urbanisme ne permet pas de s'opposer à un raccordement provisoire¹²⁰⁶. Or, un branchement provisoire peut être demandé pour une raison particulière et pour une période limitée (saison froide, durée d'un chantier, attente de reconstruction d'une habitation détruite...) ¹²⁰⁷. De plus, cette jurisprudence doit être tempérée par un arrêt du Conseil d'État du 15 décembre 2010, qui considère que le refus de raccorder une construction irrégulière constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, celui-ci devant être « *proportionné au but légitime poursuivi* »¹²⁰⁸. Enfin, le Conseil d'État reconnaît qu'un refus de raccordement au réseau électrique est susceptible de faire l'objet d'un référé suspension, en cas d'urgence et de doute sérieux quant à sa légalité¹²⁰⁹.

En complément du droit d'être raccordé au réseau d'électricité, le droit à l'énergie peut être appréhendé comme un droit à une aide de la collectivité pour maintenir l'approvisionnement en

¹²⁰⁰ Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *préc.*, art. 1 ; décret n°2004-325 du 8 avril 2004 relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité, *préc.*

¹²⁰¹ P. QUILICHINI, "La modernisation du service public de l'électricité", *LPA*, n° 217, 31/10/2000 p.10

¹²⁰² CE 2ème et 7ème sous-sections réunies, 11 janv. 2008, n° 301373

¹²⁰³ CE, avis, 7 juill. 2004, *M. et Mme Herlemann*, *AJDA* 2005, p. 105, note P. SABLIERE ; *BJDU* 2004, p. 278, concl. SÉNERS, obs. BONICHOT

¹²⁰⁴ TGI Blois, 26 nov. 1996 ; TGI Vannes, 21 fév. 1997, *CJEG* juill.-août 1997, p. 285

¹²⁰⁵ Cass. 3e civ. 22 nov. 1968, *Epoux Rabus c/ Russo et autres*, *Bull. civ. III*, n° 376, p. 491

¹²⁰⁶ CE 27 juin 1994, *Charpentier*, *Rec.*, p. 334 ; *D.*, 1996, p. 270, obs. CHARLES ; CE 12 sept. 2003, *Cancy*, req. n° 257794, *AJDA* 2004, p. 725, note P. SABLIERE ; *BJDU*, 2004, p. 9, concl. SÉNERS

¹²⁰⁷ Rép. min. n° 04410, *JO Sénat*, 30 oct. 2008, p. 2175 ; *Constr.-Urb.* 2009, n° 52, note GODFRIN

¹²⁰⁸ CE 15 déc. 2010, *Mme A. c. Cne de Gouvernes*, req. n° 323250

¹²⁰⁹ CE, 28 mars 2011 n°343442

énergie.

b) Le droit à une aide de la collectivité pour maintenir l'approvisionnement en énergie

Les parlementaires ont souhaité encadrer le contenu du droit à l'énergie afin d'exclure certaines sources comme les carburants¹²¹⁰. En ce sens, la loi établit un tarif social de l'énergie applicable « *aux personnes physiques titulaires d'un contrat de fourniture d'électricité* » ou de gaz¹²¹¹. En cas d'insuffisance, il est complété par un mécanisme de solidarité accessible à « *toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, au regard notamment de son patrimoine, de l'insuffisance de ses ressources ou de ses conditions d'existence* » et se traduit par un soutien de la collectivité pour assurer une continuité des approvisionnements en électricité, en gaz ou en chaleur issue de réseaux collectifs¹²¹². Par conséquent, le droit à l'énergie permet aux personnes raccordées aux réseaux publics d'électricité, de gaz et dans une moindre mesure de chaleur, de bénéficier d'une aide financière pour un maintien de l'approvisionnement. *A contrario*, ce régime exclut l'accès au bois, au charbon et au propane, ainsi qu'à l'autoproduction d'électricité, de gaz ou de chaleur par des sources renouvelables¹²¹³.

Le droit à l'énergie présente également un caractère relatif lié au caractère pécuniaire de l'énergie. En ce sens, l'article L.115-3 du code de l'action sociale autorise l'interruption des approvisionnements en cas de non-paiement des factures et sous réserve du respect des procédures préventives par les opérateurs¹²¹⁴.

Le droit à l'énergie constitue donc une prérogative à part entière, au contenu encadré, dont la mise en œuvre repose sur l'action combinée de multiples acteurs.

B. Des obligations partagées

A défaut de reconnaître la gratuité d'un approvisionnement minimum en énergie ou l'interruption absolue des ruptures d'approvisionnement pour non-paiement des factures, le législateur institue un régime de nature préventive (1) dont les manquements peuvent être sanctionnés par les autorités juridictionnelles (2).

1) Des procédures préventives

Les procédures visant à maintenir l'approvisionnement en énergie comprennent une tarification sociale et des obligations procédurales à la charge des opérateurs (a), et un service de maintien de l'énergie du ressort de l'administration (b).

¹²¹⁰ C. BATAILLE, *Rapport relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, n°1371, AN, 11/02/1999, amendement n° 166

¹²¹¹ Décret n°2004-325 du 8 avril 2004 relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité, *préc.*, art. 1 ; décret n° 2008-778 du 13 août 2008 relatif à la fourniture de gaz naturel au tarif spécial de solidarité, *préc.*, art. 1

¹²¹² Code de l'action sociale et des familles, art. L.115-3 ; décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau, *préc.*

¹²¹³ P. PELLETIER, A. DE QUERO et B. LAPOSTOLET, *Rapport du groupe de travail précarité énergétique*, 15/12/2009 ;

¹²¹⁴ Sur la validité du caractère pécuniaire d'un droit, CE, 10 juillet 1996, *Société « Direct Mail Promotion »*, *Rec.*, p. 277 ; S. CAUDAL, "La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques entre volontarisme et renoncements", *préc.*

a) Une tarification sociale et des obligations procédurales à la charge des opérateurs

La tarification sociale de l'énergie est accessible aux personnes physiques titulaires d'un contrat de fourniture d'électricité ou de gaz, dont les ressources annuelles du foyer sont inférieures ou égales à un plafond déterminé concernant à la couverture maladie universelle (CMU)¹²¹⁵. Lorsque plusieurs contrats de fourniture d'électricité sont conclus au sein d'un même foyer, la tarification spéciale s'applique à un seul contrat, le nombre d'unités de consommation étant calculé en fonction du nombre de personnes composant le foyer¹²¹⁶. La tarification de l'électricité comme produit de première nécessité est calculée en appliquant un pourcentage de réduction sur l'abonnement et sur le tarif de vente de l'électricité dans la limite d'un plafond mensuel de consommation fixé à 100 kilowattheures. Lorsque le bénéficiaire est lié par un contrat individuel de fourniture de gaz naturel, le tarif spécial réside dans une déduction forfaitaire sur le prix d'approvisionnement établi par le contrat¹²¹⁷. Les personnes logeant dans un immeuble d'habitation chauffé collectivement au gaz naturel, bénéficient d'un versement forfaitaire. Les organismes d'assurance maladie communiquent aux opérateurs ou à un organisme agissant pour leur compte, les coordonnées des ressortissants dont le montant des ressources est inférieur au montant visé dans l'article L.861-1 du code de la sécurité sociale relatif à la CMU complémentaire.

A partir de ces informations, les opérateurs doivent appliquer le bénéfice du tarif social de l'énergie aux personnes concernées, sauf opposition de leur part¹²¹⁸. L'application de ce régime oblige l'opérateur à accorder la gratuité de la mise en service et de l'enregistrement des contrats, une réduction du tarif pour chaque unité d'énergie consommée et un abattement de 80% sur la facturation d'un déplacement motivé par une interruption de l'approvisionnement imputable à un défaut de règlement. Les opérateurs ont également l'obligation de rembourser les coûts du service fourni par les organismes d'assurance maladie¹²¹⁹. Les agents chargés de recueillir et d'exploiter les données sont tenus à une obligation de confidentialité. Lorsque le fonds de solidarité pour le logement (FSL) accorde une aide pour couvrir une partie de la dette, l'opérateur doit proposer au consommateur des modalités pour le règlement de son solde et en informer le fonds.

Les obligations de faire comprennent ensuite une série d'obligations d'information. Parmi celles-ci figure la nomination d'un correspondant « *solidarité-précarité* » en leur sein chargé des relations avec les services sociaux du département, des communes et des associations de défense d'usagers ou de consommateurs qui en font la demande¹²²⁰. Préalablement à toute suspension pour non-paiement des factures, les opérateurs doivent aviser le consommateur par courrier, que le défaut de règlement dans les quinze jours pourra se traduire par une réduction voire une suspension de

¹²¹⁵ C. éner., art. L. 337-6 et L.445-6

¹²¹⁶ Décret n° 2004-325 du 8 avril 2004 modifié relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité, *préc.*

¹²¹⁷ Décret n° 2008-778 du 13 août 2008 relatif à la fourniture de gaz naturel au tarif spécial de solidarité, *préc.*

¹²¹⁸ Décret n°2012-309 du 6 mars 2012 relatif à l'automatisation des procédures d'attribution des tarifs sociaux de l'électricité et du gaz naturel, *JORF* n°57 du 7 mars 2012, p.4239

¹²¹⁹ Décret n° 2008-778 du 13 août 2008 relatif à la fourniture de gaz naturel au tarif spécial de solidarité, *préc.*, art. 6 ; décret n°2004-325 modifié du 8 avril 2004 relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité, *préc.*

¹²²⁰ Décret n°2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau, *préc.*, art. 11

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

l'approvisionnement. Cette opération pourra être mise en œuvre à condition d'en informer le consommateur au moins vingt jours à l'avance, dans un second courrier¹²²¹. L'opérateur doit également renseigner le consommateur sur sa faculté de saisir les services sociaux, s'il estime que sa situation relève du service de maintien de la fourniture d'énergie. En cas de réduction d'approvisionnement ou de coupure pour impayé et de non-rétablissement de l'alimentation dans les trois jours, l'opérateur doit en informer les services sociaux départementaux et communaux, le consommateur disposant d'un délai minimum de huit jours pour s'opposer à cette transmission. Enfin, lorsque le consommateur bénéficie du soutien du FSL, les opérateurs doivent proposer au consommateur des facilités pour le règlement du solde et informer ce fonds des modalités retenues.

Parmi les obligations de ne pas faire, l'article L.115-3 du code de l'action sociale et des familles prévoit l'interdiction pour les opérateurs d'interrompre l'approvisionnement en énergie d'une résidence principale, pour non-paiement des factures du 1er novembre au 15 mars, lorsque le consommateur bénéficie d'une aide financière du FSL ou en a bénéficié au cours des douze derniers mois¹²²². De même, une suspension de l'approvisionnement ne peut être effectuée par l'opérateur pendant l'instruction du dossier devant le FSL, celui-ci étant tenu d'un approvisionnement minimum en énergie.

A défaut d'être absolu, le droit à l'énergie se matérialise donc dans des dispositions procédurales à la charge des opérateurs marquées par une certaine technicité. Elles sont complétées par un service de maintien de l'énergie du ressort de l'administration.

b) Un service de maintien de l'énergie du ressort de l'administration

Un « *service de maintien de la fourniture en énergie* » fut progressivement mis en place par des conventions passées entre les services de l'État, les collectivités territoriales et les distributeurs d'énergie (campagnes pauvreté-précarité, fonds d'aide aux impayés d'énergie, procédures d'expérimentation...) ¹²²³. La loi du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement a pérennisé ce système en instaurant dans chaque département un FSL, dont la loi du 13 août 2004 transféra la gestion aux Conseils généraux à compter du 1^{er} janvier 2005¹²²⁴. Ces fonds interviennent auprès des personnes qui occupant régulièrement leur logement, se trouvent dans l'impossibilité d'assumer le paiement des factures d'énergie. Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, au regard notamment de son patrimoine, de l'insuffisance de ses

¹²²¹ CASF, art. L. 115-3 mis en œuvre par le décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau, *préc.*

¹²²² Décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau, *préc.*, art. 5

¹²²³ Sénat, Question écrite n° 26331 de M. Marcel DEBARGE au ministère du logement, Accès à l'eau et aux énergies pour les personnes en difficulté, 29/06/2000 ; AN, Question écrite n° 35215 de M. CALLOUD Jean-Paul, *JOAN* du 5/11/1990 ; AN, Question écrite n° 38051 M. BRIAND Maurice, *JOAN* du 14/01/1991 ; AN, Question écrite n° 23367 de M. BRAOUEZEC Patrick, *JOAN* du 30/11/1995 ; Sénat, Question écrite n° 7351 de M. Michel MOREIGNE, Bilan de l'application depuis 2000 du droit à l'électricité pour les plus démunis, 01/05/2003

¹²²⁴ Loi n°90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, *préc.* ; loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF* n°190 du 17 août 2004, p. 14545 ; M. BADEL, I. DAUGAREILH, R. LAFORE et C. WILLMANN, "Lutte contre les exclusions. droit à l'électricité", *RDSS*, 2001, p.851 ; loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF* n°190 du 17 août 2004, p. 14545 ; loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, *préc.*, art. 2 ; décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau, *préc.*

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

ressources ou de ses conditions d'existence, a ainsi droit à une aide de la collectivité pour accéder à l'énergie dans son logement.

Le FSL peut être saisi par toute personne ou famille en difficulté, et avec son accord, toute personne y ayant intérêt, la commission départementale des aides publiques au logement, l'organisme payeur de l'aide au logement ou le préfet du département. Ce fonds a pour mission d'accorder des aides financières sous formes de cautions, de prêts, de garanties, d'avances remboursables et de subventions. Une convention passée entre le Conseil général et chaque opérateur définit le montant et les modalités des concours financier au FSL. Les communes ou les centres intercommunaux d'action sociale peuvent également être parties à ces conventions. Elles précisent les procédures à mettre en place, les délais dont dispose le fonds pour se prononcer, et les modalités d'information de l'opérateur¹²²⁵.

Lorsque le FSL est saisi d'une demande d'aide relative à une situation d'impayé, il doit en informer les services sociaux départementaux et communaux, dans les meilleurs délais. A compter de la date de dépôt du dossier, le consommateur bénéficie du maintien de l'approvisionnement en électricité, en gaz ou en chaleur¹²²⁶. La décision du FSL accordant ou refusant l'aide est prise après consultation des services sociaux communaux et fait l'objet d'une information de l'opérateur. Ses décisions doivent être notifiées aux intéressés et toute décision de refus doit être motivée¹²²⁷. En l'absence de réponse dans un délai de deux mois ou en cas de réponse négative du FSL, l'opérateur peut procéder à la réduction ou à la suspension de l'approvisionnement en énergie à condition d'en aviser le consommateur dans un courrier au moins vingt jours à l'avance.

Le service de maintien de l'énergie s'inscrit dans le prolongement des obligations des opérateurs. Cependant, contrairement à ces dernières, les décisions afférentes reposent sur des bases juridiques locales, adoptées au cas par cas. Ce système présente un caractère donc procédural et implique de préciser les voies de recours applicables.

2) Des procédures contentieuses

La mixité du droit à l'énergie se retrouve dans le régime des règlements des différends caractérisé par des contentieux administratifs (a) judiciaires (b).

a) Les recours administratif

Les textes relatifs au FSL étant silencieux sur la contestation des décisions, le droit commun du contentieux administratif s'applique, un silence de deux mois gardé par l'administration suite à une demande auprès du fonds valant décision de rejet¹²²⁸. Dans cette situation ou en cas de refus, la contestation peut prendre la forme d'un recours administratif gracieux ou hiérarchique, prorogant

¹²²⁵ Décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau, *préc.*, art. 7

¹²²⁶ CASF, art. L.115-3

¹²²⁷ Loi n°90-449 du 31 mai 1990 modifiée visant à la mise en œuvre du droit au logement, *préc.*, art. 6 et 6-1

¹²²⁸ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* n°88 du 13 avril 2000 p. 5646, art. 21 ; CE sect., 29 juill. 1953, *Soc. D'ass. La Minerve*, p. 424 ; CE, 14 oct. 1966, *Dme Boulanger*, p. 547

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

le délai du recours contentieux¹²²⁹. En cas de contestation d'une décision du FSL, la compétence relève du tribunal administratif¹²³⁰.

En complément, la responsabilité du Conseil général pourrait être envisagée sur le terrain de la faute, définie par Marcel Planiol comme « *un manquement à une obligation préexistante* »¹²³¹. En l'espèce, il s'agirait d'une faute de service telle qu'illustrée dans l'arrêt *Pelletier*, pouvant être retenue en cas de retard, d'omission ou de négligence contribuant à priver l'utilisateur de l'accès à l'énergie¹²³². En effet, une telle abstention est susceptible de causer des préjudices aux administrés, les opérateurs étant habilités à cesser les approvisionnements lorsqu'aucune décision n'a été prise par un FSL dans un délai de deux mois. Elle pourrait également concerner les communes et leurs groupements en cas de dysfonctionnement de la tarification sociale de l'électricité puisque le législateur leur attribue la responsabilité d'en vérifier la bonne exécution¹²³³. La responsabilité de la commune serait encore envisageable sur le terrain de la faute simple, en cas d'interruption du service lorsqu'elle n'effectue pas les diligences nécessaires à son rétablissement¹²³⁴. Cette caractéristique conduit la jurisprudence à reconnaître la validité de l'usage du pouvoir de police d'un maire pour maintenir un approvisionnement en énergie, dès lors que la mesure relève de l'urgence absolue¹²³⁵.

Alors que la responsabilité des collectivités territoriales semble pouvoir être reconnue, on s'interroge sur la capacité d'une association de recourir en cas de dysfonctionnement généralisé du « *service de maintien de la fourniture en énergie* ». Dans ce cas, le recours devrait être intenté contre l'État à qui le législateur attribue la mission de garantir la mise en œuvre du droit à

¹²²⁹ CE, Sect, 18 nov. 2005, *Houlbrequé, Lebon p. 513 ; RFDA 2006 p. 543, concl. T.X. GIRARDOT ; AJDA 2005, p. 2453, concl. C. LANDAIS et F. LENICA ; J. C. BONICHOT, P. CASSIA et B. POUJADE, Les grands arrêts du contentieux administratif, Dalloz, 2007, n° 42, p.695*

¹²³⁰ CE, 13 fév. 2006, *Mme Hinopay*, n°281840

¹²³¹ J.M. PONTIER, "Le contrôle de l'action administrative", *UNJF*, sept. 2009, www.unjfr.fr

¹²³² TC, 30 juill. 1973, *Pelletier* ; sur les notions de fautes personnelles et de service, voir les conclusions du commissaire du gouvernement Laferrière dans l'affaire : TC 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol, Rec.*, p.437, concl. LAFERRIÈRE ; selon le Conseil d'État, toute illégalité constitue une faute: CE, 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Sieur Driancourt, Rec.* p. 78 ; G. DUPUIS, M. J. GUÉDON et P. CHRÉTIEN, *Droit administratif*, Sirey université, 10^e éd., 2007, p. 573

¹²³³ Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, *JORF* n°55 du 6 mars 2007 p. 4190, p. 66

¹²³⁴ CE ass., 13 fév. 1942, *Cne de Sarlat, Rec. Lebon*, p. 49

¹²³⁵ Dans un considérant repris dans treize arrêts datant du 17 novembre 2009, la Cour administrative d'appel de Nantes affirme que « *s'il appartient au maire, responsable de l'ordre public sur le territoire de sa commune, de prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, la police spéciale des distributions d'énergie a été attribuée aux ministres intéressés par la loi du 15 juin 1906 ; qu'en l'absence de péril imminent, le maire ne saurait s'immiscer dans l'exercice de cette police spéciale* » : CAA Nantes, 2^e chambre, 17 nov. 2009, n° 09NT00406 ; n° 09NT00408 ; n° 09NT00409 ; n° 09NT00410 ; n° 09NT00411 ; n° 09NT00412 ; n° 09NT00413 ; n° 09NT00414 ; n° 09NT00415 ; n° 09NT00443 ; n° 09NT00442 ; n° 09NT00434 ; n° 09NT01083 ; E. GLASER et F. SÉNERS, "Conseil d'État", *JCP A*, n°18, 1199, 02/05/2005 ; à l'inverse, un risque de glissement de terrain ne justifie pas l'injonction faite à EDF par un maire d'interrompre l'alimentation électrique d'une maison: CE 29 juin 1990, *Maire Commune de Borce, CJEG*, déc. 1990, p. 413 et celui-ci ne peut, en invoquant des motifs de sécurité publique, réglementer la hauteur des conducteurs électriques ou imposer leur mise en souterrain sur le territoire de sa commune: TA Versailles 10 mars 1983, *Commune de Paray-Vieille-Poste, CJEG*, janv. 1984, p. 19 ; TA Lille 12 mars 1992, *Commune de Bellay-les-Mines, CJEG*, sept. 1992, p. 402 ; P. SABLIERE, "Limites du pouvoir de police du maire face à une police spéciale", *AJDA*, 2009, p.655

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

l'énergie¹²³⁶. Bien qu'en pratique, cette responsabilité demeure plus difficile à établir qu'envers les collectivités publiques, le régime de responsabilité pour faute demeure applicable dans les mêmes conditions. Dans de nombreux cas, le juge exige la preuve d'une faute lourde concernant les missions de contrôle et de tutelle¹²³⁷. Cependant, le Conseil d'État reconnaît depuis 1906, l'intérêt à agir d'une association, au nom de l'intérêt collectif, afin de défendre les intérêts matériels et moraux en rapport avec l'objet du groupement, tel que définis dans ses statuts¹²³⁸. Dès lors, une association ayant pour objet la défense du droit à l'énergie pourrait recourir contre l'État ou une collectivité en cas de dysfonctionnement manifeste du service de maintien de la fourniture en énergie.

En revanche, le juge administratif écarte la possibilité de recourir à l'encontre de mesures qui sans affecter directement et immédiatement l'utilisateur, modifient défavorablement la structure du coût du service. En ce sens, le Conseil d'État déclare irrecevable un recours formé contre la création d'un fonds de péréquation pouvant conduire à une augmentation des tarifs de l'électricité¹²³⁹.

Le droit à l'énergie pourrait donc révéler un contentieux administratif diversifié en cas de fonctionnement anormal du service. Dans le cas contraire, l'utilisateur se tournera essentiellement vers l'autorité judiciaire.

b) Les recours judiciaires

Dans un arrêt du 12 avril 2010, le Tribunal des conflits rappelle que « *les litiges nés des rapports de droit privé qui lient un service public industriel et commercial assurant la distribution d'électricité à ses usagers relèvent de la compétence des juridictions judiciaires* »¹²⁴⁰. Par conséquent, en cas de rupture abusive de l'approvisionnement ou de non-respect des dispositions relatives à la tarification sociale de l'énergie, la compétence relève du juge judiciaire¹²⁴¹. Elle concerne le tribunal d'instance du lieu du domicile pour les demandes inférieures ou égales à 10 000 euros et le juge de proximité jusqu'à 4 000 euros¹²⁴².

Le droit à l'énergie constitue donc comme une prérogative récente et évolutive en France. Son effectivité demeure partielle puisque 215 000 coupures d'énergie sont encore prononcées chaque année¹²⁴³. Les faits ont également démontré que sur les deux millions de ménages éligibles au tarif social de l'électricité, seuls 950 000 en étaient bénéficiaires. Dans le même sens, sur le million de ménage éligible pour le gaz, seuls 325 000 avaient fait usage de ce droit. Ces

¹²³⁶ Loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *préc.*, art. 2 : « afin de garantir la cohésion sociale et territoriale, le droit d'accès à l'énergie, et en particulier à l'électricité, dans des conditions indépendantes du lieu de consommation, élément constitutif de la solidarité nationale, doit être préservé. L'énergie, en particulier l'électricité, étant un bien de première nécessité, l'État en garantit l'accès aux personnes les plus démunies par l'existence d'un tarif social et maintient des dispositifs de solidarité qui en assurent l'accès aux ménages en grande difficulté » ; G. CHAVRIER, "Électricité", *JCLA*, fasc. 154, 29/05/2002

¹²³⁷ J. MORAND-DEVILLER, *Cours droit administratif*, Montchrestien, 10^e éd., 2007, p.775

¹²³⁸ CE, 28 déc. 1906, *Synd. des patrons-coiffeurs de Limoges*, p. 977, concl. ROMIEU, 1907 ; CE, 26 mai 1976, *Assoc. SOS Paris*, p. 281

¹²³⁹ CE sect., 16 déc. 1962, *Association nationale des usagers de l'électricité*, *Rec. Lebon*, p. 610 ; B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de sciences po et Dalloz, 2004, p.534

¹²⁴⁰ TC, 12 avril 2010, n° 3718, *ERDF c/ Michel*, *JurisData* n° 2010-004898 ; *AJDA*, 2010, p. 815

¹²⁴¹ Cass. Com, 10 mai 2011, F-P+B, n°09-67.744

¹²⁴² Code de l'organisation judiciaire, art. L. 221-4 ; Code de l'organisation judiciaire, art. L. 231-3

¹²⁴³ Proposition de loi n°423 du 21 novembre 2007 présentée par André Gerin, tendant à abolir les coupures d'eau, d'électricité et de gaz et à mettre en place un dispositif de solidarité énergie-eau

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

considérations sont à l'origine d'un renforcement progressif du dispositif en vigueur, prévoyant en réponse une application systématique de ces tarifs¹²⁴⁴. Outre ce défaut d'effectivité, l'adaptation du régime applicable tient également à la consolidation de ce droit dans le cadre européen.

II. Le cadre européen

Le développement du droit à l'énergie en droit européen constitue une opportunité pour sa consécration comme un droit fondamental. Cette reconnaissance trouve sa source dans une action combinée du système européen des droits de l'Homme (A) et de l'Union européenne (B)¹²⁴⁵.

A. Le droit à l'énergie dans le système européen des droits de l'Homme

Le droit à l'énergie s'affirme dans le *corpus juris* européen des droits de l'Homme. Cette caractéristique conduit à s'intéresser aux travaux spécifiques à la matière (1) et ceux consacrant plus globalement l'accès à l'énergie comme un service essentiel (2).

1) Le droit à l'énergie *stricto sensu*

Alors que les travaux du Conseil de l'Europe promeuvent le droit à l'énergie, sa reconnaissance demeure implicite (a), conduisant à s'interroger sur la capacité du *corpus* des droits de l'Homme à le recevoir (b).

a) Une reconnaissance implicite

Malgré quelques arrêts relatifs au droit de l'aide et de l'action sociales, la Convention européenne des droits de l'Homme et la charte sociale européenne (CSE) ne reconnaissent pas le droit à l'énergie¹²⁴⁶. Cette situation ne reflète pourtant pas l'intérêt du Conseil de l'Europe sur le sujet. En effet, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe adoptait en 2000 une recommandation sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, afin que les États membres reconnaissent dans leur législation et leur pratique, un droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires, à toute personne en situation d'extrême précarité¹²⁴⁷. Elle préconise de rendre ce droit justiciable devant les autorités et le cas échéant, devant les tribunaux. Parmi les besoins élémentaires figurent la nourriture, l'habillement, l'hébergement et les soins médicaux de base mais aucune référence n'est faite quant à l'énergie. Cependant, un comité de réflexion sur la justiciabilité des droits sociaux dans le système de contrôle institué par la CEDH fut créé en 2003 et ses travaux mettent en exergue la place de l'énergie dans la satisfaction de ces besoins essentiels¹²⁴⁸.

¹²⁴⁴ Décret n°2012-309 du 6 mars 2012 relatif à l'automatisation des procédures d'attribution des tarifs sociaux de l'électricité et du gaz naturel, *préc.*

¹²⁴⁵ B. GENEVOIS, "La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ?", *RFDA*, 2010, p.437

¹²⁴⁶ J. MOULY, "Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme", *Dr; Soc.*, 2002, p.799 ; J.P.LERNOULD, "Conseil de l'Europe et protection sociale", *JCL Europe*, fasc. 6300

¹²⁴⁷ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (2000) 3 aux États membres sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 19/01/2000 ; Comité directeur pour les droits de l'homme, élaboration d'un projet de recommandation sur le droit à la garantie des besoins humains matériels élémentaires: Informations sur les situations nationales, CDDH(1999)026, 25/10/1999

¹²⁴⁸ WORKING GROUP ON SOCIAL RIGHTS, *Wordings to facilitate discussions on the possible justiciability of*

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

Ces travaux sont complétés par des mesures destinées à renforcer l'efficacité des politiques nationales en faveur des services essentiels à l'Homme. Tel est le cas du projet *dignité humaine et exclusion sociale* lancé en 1994, qui étudie l'état de la pauvreté, des exclusions sociales en Europe, et propose des pistes d'action¹²⁴⁹. La *stratégie de cohésion sociale révisée* du Comité des ministres fait clairement mention de l'exclusion induite par le nonaccès à l'énergie et la nécessité d'un développement des politiques sociales nationales en ce sens¹²⁵⁰. Dans cette optique, le Comité européen pour la cohésion sociale est notamment chargé de promouvoir un *Code européen de sécurité sociale*¹²⁵¹. Le rapport du *groupe de travail sur la cohésion sociale au XXI^e siècle* démontre quant à lui la nécessité d'intégrer la protection contre les coupures d'électricité, dans les politiques sociales nationales pour protéger les personnes vulnérables¹²⁵².

L'intégration de l'accès à l'énergie parmi les services essentiels à la satisfaction des droits fondamentaux n'efface cependant pas la nécessité d'établir des travaux spécifiques sur le droit à l'énergie. Dans le cadre de la révision de la Charte européenne de l'eau de 1968, le Comité des ministres proclamait que « *toute personne a le droit de disposer d'une quantité d'eau suffisante pour satisfaire à ses besoins essentiels* »¹²⁵³. Dans le même sens, le Conseil de l'Europe pourrait entreprendre une « *Charte européenne de l'énergie* » afin d'insister sur son rôle essentiel. Cette question permettrait d'engager une réflexion sur la place du droit à l'énergie dans le *corpus* des droits de l'Homme.

b) Une possible intégration dans le *corpus* existant

L'absence de reconnaissance explicite du droit à l'énergie dans les textes fondateurs des droits de l'Homme conduit à s'interroger sur la capacité de ceux-ci à le reconnaître. Cette question implique de revenir sur l'évolution de ces *corpus* pour préciser les modalités de cette incorporation.

La doctrine distingue parfois trois « *générations* » de droits de l'Homme¹²⁵⁴. La première génération est apparue au cours du XVIII^e siècle, lors des révolutions européennes et américaines. Ces droits d'ordres civils et politiques tels que le droit à la vie, l'égalité devant la loi, la liberté individuelle et la sûreté ont pour objet de protéger les individus contre le libre-arbitre du pouvoir. Ils figurent notamment dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et se traduisent par l'abstention de la puissance publique dans l'exercice des libertés (« *droit de...* »)¹²⁵⁵.

La deuxième génération d'influence socialiste concerne les droits sociaux et professionnels et porte l'attention aux droits collectifs exercés par des groupes. Figurent notamment dans le

social rights within the framework of the ECHR, n°GT-DH-SOC(2005)005, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 21/03/2005

¹²⁴⁹ K. DUFFY, *Rapport Final du Projet HDSE : « Opportunité et risques : les tendances de l'exclusion sociale en Europe »*, Conseil de l'Europe., avril 1998

¹²⁵⁰ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *une nouvelle stratégie de cohésion sociale*, 31/03/2004, notamment le point 6 de la première partie

¹²⁵¹ Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, mandat du Comité européen pour la cohésion sociale, 1039e réunion, projet 2008/DG3/1380 promotion du Code européen de sécurité sociale, 22/10/2008

¹²⁵² TASK FORCE DE HAUT NIVEAU SUR LA COHÉSION SOCIALE AU XXI^e SIÈCLE, *Vers une Europe active, juste et cohésive sur le plan social*, TFSC(2007) 31 F, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 26/10/2007

¹²⁵³ Charte européenne de l'eau (révisée), 2001

¹²⁵⁴ J.O. CROUZATIER et C. BARTHE-GAY, "L'affirmation internationale des droits humains", *UNJF*, sept. 2008

¹²⁵⁵ P. MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme*, Universitaires Fribourg Suisse, 1993

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

PIDESC les droits à l'éducation, à la santé, et la protection sociale, à la formation professionnelle et au travail. Contrairement à la première génération, il revient au pouvoir d'intervenir pour garantir l'effectivité de ces « *droits-créances* », les individus et les groupes disposant de prérogatives sur la société qui doit leur donner les moyens de les mettre en pratique (« *droit à...* »).

La troisième génération de droits résulte de l'influence des États en développement suite à la décolonisation et insiste sur les droits de « *solidarité* ». Ils sont notamment constitués du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, du droit à un environnement sain, du droit au développement, du droit à la paix. Ils se rattachent à la deuxième génération par une dimension collective et le caractère de droits-créances, mais différent quant à leurs titulaires et leurs débiteurs, et leur réalisation suppose une action conjuguée du corps social¹²⁵⁶.

Dès lors, la question porte sur la capacité du droit à l'énergie, relevant davantage de cette troisième catégorie, d'intégrer les conventions de protection des droits de l'Homme. En effet, les droits protégés par la CEDH sont généralement considérés comme relevant de la première génération, la Cour affirmant que « *la Convention ne garantit pas, en tant que tels, les droits économiques et sociaux* »¹²⁵⁷. Classiquement, la Charte sociale européenne ne garantirait que les droits dits de deuxième génération. Selon l'exégèse, la reconnaissance du droit à l'énergie pourrait donc requérir un instrument spécifique consacré aux droits de troisième génération.

Ce raisonnement doit être écarté au motif que selon la Cour : « *nulle cloison étanche ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention.(...) La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »¹²⁵⁸. En effet, l'absence de classification stricte doit guider le développement de ces droits, justifiée par l'indivisibilité des droits de l'Homme¹²⁵⁹. L'idée que les droits économiques, sociaux et culturels seraient moins justiciables que les droits civils et politiques est un argument essentiellement idéologique¹²⁶⁰. Au contraire, ces droits sont « *profondément complémentaires, étroitement imbriqués les uns aux autres* »¹²⁶¹. La reconnaissance explicite d'un droit à un environnement sain dans le protocole de San Salvador et dans la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples témoigne de cette mutation¹²⁶². A cet effet, Michel Prieur relève qu'« *au*

¹²⁵⁶ Sur la qualification du droit à l'environnement comme droit de l'Homme de troisième génération : A. VAN LANG, "L'enracinement constitutionnel de la responsabilité environnementale", in C. CANS (DIR.), *La responsabilité environnementale - prévention, imputation, réparation*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009, p.47 ; M. D. LEUZINGER et M. D. VARELLA, "L'environnement dans la constitution de 1988: survol de certains sujets 20 ans après", *REDE*, n°.4, 2009, p.426

¹²⁵⁷ CEDH, 27 fév. 1997, *De Haes et Gijssels c bnv / Belgique*, req. n°7/1996/626/809

¹²⁵⁸ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, req. N°6289/73, §26 ; M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2è ed, 2005, p. 125

¹²⁵⁹ B. WILSON, "Quelques réflexions sur l'adoption du protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies", *RTDH*, 2009, p.295-317

¹²⁶⁰ M. NOWAK, "De la nécessité d'un Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels", *Revue de la Commission internationale de juristes*, n°.55, 1995, p.183

¹²⁶¹ P.H. IMBERT, "Droits des Pauvres, Pauvre(s) Droit(s)? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels", *Revue de la Commission internationale des juristes*, n°.55, 1995, p.105 ; M. GHEZALI, "Les nouveaux droits fondamentaux de l'homme", in *Vers un nouveau droit de l'environnement ? Réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement*, CRIDEAU, Université de Limoges et CIDCE, 2003, p.85-116, www.cidce.org

¹²⁶² Protocole additionnel a la convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, *préc.*, art. 11 ; Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, *préc.*, art. 24

nom du principe d'indivisibilité des droits, il n'y a ni concurrence ni hiérarchie entre les droits fondamentaux, mais complémentarité »¹²⁶³.

Par conséquent, aucun obstacle juridique ne semble empêcher la reconnaissance du droit à l'énergie au sein des instruments existants des droits de l'Homme¹²⁶⁴. Au contraire, les droits sociaux de l'Homme apparaissent comme une « *révolution inachevée* » et le droit à l'énergie pourrait intégrer ce *corpus* en tant qu'élément de solidarité des sociétés contemporaines¹²⁶⁵.

A défaut d'une telle reconnaissance, le juge des droits de l'Homme s'adapte aux évolutions sociales en interprétant l'accès à l'énergie comme un service essentiel à la satisfaction des droits de l'Homme actuels.

2) L'accès à l'énergie comme service essentiel

La CEDH et la Charte sociale européenne assurent une protection complémentaire du droit à l'énergie puisque si la jurisprudence fut initiée par la Cour européenne des droits de l'Homme (a), le Comité européen des droits sociaux la complète dans une dimension collective (b)¹²⁶⁶.

a) Une protection initiée par la Cour européenne des droits de l'Homme

Bien que la Convention ne reconnaisse pas explicitement le droit à l'énergie, sa révélation pourrait intervenir à partir du *corpus juris* existant. Le droit à l'énergie est solidaire des autres droits : le droit à l'éducation, au travail, à la culture, à la possibilité et à la liberté de penser, et à la libre disposition de soi¹²⁶⁷. Pour ces raisons, le droit à l'énergie pourrait être attaché aux services essentiels de l'Homme. Cependant, la Cour manifeste « *une incontestable réserve judiciaire* » dans la reconnaissance des droits sociaux¹²⁶⁸. En effet, la juridiction suprême affirme dans l'arrêt *Johnston* qu'il ne saurait dégager de la Convention « *au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ* »¹²⁶⁹. Pourtant, selon Frédéric Sudre, le juge n'a pas besoin de recourir à une interprétation évolutive, les droits figurant dans la Convention devant faire l'objet d'une interprétation « *constructive* »¹²⁷⁰. Le juge pourrait recourir à la « *théorie de l'inhérence* » selon laquelle le droit à l'énergie s'inscrirait dans le *corpus* en vigueur, conformément à une

¹²⁶³ M. PRIEUR, "Vers un droit de l'environnement renouvelé", in La Constitution et l'environnement, *Cah. Cons. Const.*, n° 15, 2003

¹²⁶⁴ M. PATY, "Le droit à l'énergie remarques d'introduction", in E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie. Penser le XXI^e siècle*, Passages, 1996, p. 6

¹²⁶⁵ C.M. HERRERA, "Sur le statut des droits sociaux - la constitutionnalisation du social", *RUDH*, 2004, p.32-39

¹²⁶⁶ J. RIDEAU, "Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne", in S. LECLERC, J.-F. AKANDJI-KOMBE et M.-J. REDOR, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, p. 97 ; L. GAY, "Droits-créances", *JCL libertés*, fasc. 1100, 30/03/2009

¹²⁶⁷ M. PATY, "Le droit à l'énergie. Remarques d'introduction", *préc.*, p.18

¹²⁶⁸ M. KEVINET, "La juridicité problématique du droit au développement de la personne humaine dans la jurisprudence récente des organes de la Convention européenne des droits de l'homme", *Cahiers de l'IDEDH*, n° 7, 1999, p.176 ; voir également ; F. SUDRE, "Misère et Convention européenne des droits de l'homme", *Cahiers de l'IDEDH*, n° 3, 1994, p.113 ; C. GALLANT, *Développements récents en matière de droits sociaux*, CDDH(2006)022, comité directeur pour les droits de l'homme, Strasbourg, 17/10/2006

¹²⁶⁹ CEDH, 18 déc. 1986, *Johnston*, req. n°9697/82

¹²⁷⁰ F. SUDRE, "La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de 'jurisprudence fiction'", *RTDH*, n° 55, 2003, p.758

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

interprétation dynamique des droits reconnus dans la Convention¹²⁷¹.

Selon ce principe, la Cour étend par voie prétorienne la protection de certains droits aux populations en situation d'extrême pauvreté¹²⁷². Dans l'affaire *Moldovan contre Roumanie*, elle jugeait que le fait de vivre dans des conditions déplorables et précaires conjuguées à une discrimination raciale constituait un traitement dégradant violant l'article 3 de la convention relatif aux traitements inhumains ou dégradants¹²⁷³. Dans le même sens, la Cour admet que le montant totalement insuffisant d'une pension et d'autres prestations sociales pour maintenir un niveau de vie minimum « peut en principe soulever une question au titre de l'article 3 »¹²⁷⁴. En s'inspirant de cette jurisprudence, la question serait de savoir si l'inaction de l'État face à des coupures d'énergie pourrait être constitutive d'une violation de l'article 3. A cet effet, la Commission européenne des droits de l'Homme fut saisie en 1990 sur le fondement d'une violation dudit article, suite à une coupure d'électricité dans un logement social en plein hiver. Elle estimait que les faits « n'atteignaient pas le niveau d'humiliation et d'avilissement requis pour qu'il y ait un traitement inhumain ou dégradant »¹²⁷⁵. Néanmoins, Mireille Delmas-Marty considère que des faits plus graves pourraient aboutir à une condamnation, le traitement dégradant étant caractérisé dès lors que sont provoqués chez l'intéressé « des sentiments de désespoir et d'infériorité propres à l'humilier et le rabaisser, voire à briser sa résistance physique et morale »¹²⁷⁶. Cette jurisprudence s'inscrirait dans le prolongement de la recommandation du 19 janvier 2000 invitant les États à reconnaître un droit justiciable à la satisfaction des besoins matériels élémentaires à toute personne en situation d'extrême précarité¹²⁷⁷.

Le droit à l'énergie pourrait être reconnu par référence à l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale et au droit au respect du domicile¹²⁷⁸. Cependant, selon un raisonnement similaire, la Cour écarte la reconnaissance d'un droit au logement par ce truchement, en affirmant que « les droits revendiqués par le requérant constituent en fait des droits de nature sociale (...) dont l'étendue dépasse le concept d'obligation juridique, inhérent à la notion de respect de la vie privée contenue dans le premier paragraphe de l'article 8 »¹²⁷⁹. Pourtant, la Cour retient le droit à un logement décent sur ce fondement dans l'arrêt *Wallova et Walla contre République tchèque*¹²⁸⁰.

¹²⁷¹ F. SUDRE, "A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme", *JCP G*, n°28, I 335 11/07/2001

¹²⁷² P. LAMBERT, "Le droit de l'homme à un niveau de vie suffisant", *RTDH*, 2000, p.686

¹²⁷³ CEDH, 12 juill. 2005, *Moldovan e.a. c/ Roumanie*, §103-109, p. 110-113

¹²⁷⁴ CEDH, 23 avril 2002, *Larioshina c./ Russie*, req. N°56869/00, §3 ; avec davantage de réserve: CEDH, 28 oct. 1999, *Pannenko c./ Lettonie*

¹²⁷⁵ P. LAMBERT, "Le droit de l'homme à un niveau de vie suffisant", *RTDH*, 2000, p.686-687

¹²⁷⁶ M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2è ed, 2005, p. 125 ; CEDH, 26 oct. 2000, *Kulda* in F. SUDRE, J. P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF collection Thémis, 2è. éd, 2003 ; F. SUDRE, "Misère et Convention européenne des droits de l'homme", *Quart Monde*, juill. 1994, p.19

¹²⁷⁷ Recommandation R (2000) 3 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 19 janvier 2000, droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, Bull. D'information sur les droits de l'Homme, n°47, juillet-octobre 1999, p. 41 ; P. LAMBERT, "Le droit de l'homme à un niveau de vie suffisant", *RTDH*, 2000, p.683-694

¹²⁷⁸ F. SUDRE, "La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de "jurisprudence fiction"", *RTDH*, n°55, 2003, p.768

¹²⁷⁹ CEDH, 15 oct. 1996, *Botta c./ Italie*

¹²⁸⁰ CEDH 26 oct. 2006, *Wallova et Walla c./ République tchèque* ; K. GARCIA, "Le droit au logement décent et le

Une solution comparable pourrait s'appliquer au droit à l'énergie, la Cour considérant que le droit au respect de la vie privée et familiale implique l'obligation positive pour les États d'adopter des mesures pour qu'un individu puisse « mener sa vie de façon telle que le droit à son développement personnel et son droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres être humains et le monde extérieur (ne) soient (pas) mis en cause »¹²⁸¹.

Le juge européen pourrait se référer au droit à la vie de l'article 2§1, celui-ci mettant à la charge des États, l'obligation de mettre en œuvre des réglementations préventives afin d'assurer la protection de la vie et de la santé des habitants¹²⁸². Le protocole n°12 pourrait également servir de fondement puisqu'il instaure « un droit à la non-discrimination dans la jouissance d'un droit social », couvrant tout dispositif de discrimination quel qu'il soit¹²⁸³.

L'accès à l'énergie pourrait donc constituer un service essentiel tel que l'eau, l'alimentation, et le logement, et bénéficier d'une reconnaissance sur plusieurs fondements¹²⁸⁴. Cette interprétation permettrait à tout citoyen victime de coupures d'énergie résultant d'une défaillance étatique et présentant un caractère d'une gravité suffisante, de se prévaloir de ces dispositions pour le rétablissement d'un accès à l'énergie. Cette exégèse conduirait à intégrer le droit à l'énergie dans la notion plus générale de « droit de l'homme à un niveau de vie suffisant »¹²⁸⁵.

La Charte sociale européenne complète le dispositif dans une dimension collective.

b) Une protection confirmée par le Comité européen des droits sociaux

Une procédure de réclamation collective fut instaurée dans la Charte sociale européenne par un protocole de 1995 entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998¹²⁸⁶. Elle permet aux partenaires sociaux et aux ONG d'introduire des « réclamations » devant le Comité européen des droits sociaux, tendant au constat d'une violation des dispositions de la Charte par un État selon une procédure quasi-juridictionnelle, dépassant le processus des rapports nationaux qui montrait des limites¹²⁸⁷. Cette évolution contribue au renforcement de l'effectivité des droits de l'Homme¹²⁸⁸.

respect de la vie familiale", *RTDH*, 2007, p.1121-1184

¹²⁸¹ CEDH, 14 mai 2002, *Zehnalvola et Zehnal c/République tchèque*, req. n°38621/97 ; F. SUDRE, "Convention européenne des droits de l'homme - caractères généraux", *JCL Europe Traité*, 01/10/2007

¹²⁸² CEDH (Gde. ch.), 17 janv. 2002, *Calvelli et Ciglio c./ Italie* ; CEDH, 18 juin 2002, *Omeryildiz c./ Turquie*

¹²⁸³ F. SUDRE, "La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction"", *RTDH*, n° 55, 2003, p.755-769

¹²⁸⁴ A.J. BRADBROOK, J. G. GARDAM et M. CORMIER, "A Human Dimension to the Energy Debate : Access to Modern Energy Services", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 26, n° 4, 2008, p.526-552 ; concernant la privation d'eau : CEDH, 25 nov. 1993, *Zander c./ Suède* ; concernant la privation de l'environnement CEDH 2 oct. 2001, *Hatton et autres c./ Royaume-uni* ; P. DE FONTBRESSIN, "De l'effectivité du droit à l'environnement sain à l'effectivité du droit à un logement décent?" *RTDH*, 2006, p.87-97

¹²⁸⁵ P. LAMBERT, "Le droit de l'homme à un niveau de vie suffisant", *RTDH*, 2000, p.683-694

¹²⁸⁶ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Strasbourg, 09/11/1995

¹²⁸⁷ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, "Actualité de la Charte sociale européenne. Chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives (mai 2005 - décembre 2007)", *RTDH*, 2008, p. 217

¹²⁸⁸ F. SUDRE, "Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives", *RGDIP*, n° 3, 1996, p.715 et s. ; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, "La procédure de réclamation collective dans la Charte sociale européenne - chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux", *RTDH*, 2001, p.1035-1061 ; R. BRILLAT, "A new protocol to the European social charter providing for collective complaint", *European Human Rights Review*, n° 1, 1996, p.52 et s.

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

Le droit à l'énergie pourrait indirectement se fonder sur les droits à la protection de la santé, à l'assistance sociale, au bénéfice des services sociaux, à la protection contre la pauvreté, et l'exclusion sociale, et sur le droit au logement¹²⁸⁹. Dans deux décisions du 5 décembre 2007, le Comité européen des droits sociaux condamnait la France pour manquement au droit au logement, la Charte sociale prenant soin de préciser que sa réalisation requiert « *l'accès au logement d'un niveau suffisant* »¹²⁹⁰. Un apport essentiel de ces décisions vient du fait qu'« *un simple toit ne suffit pas pour initier une démarche authentique et pérenne de revalidation sociale* »¹²⁹¹. Cette exégèse est d'autant plus intéressante que le Comité tient expressément à relier ce droit à ses « *sources d'inspiration* » parmi lesquelles figure le PIDESC et notamment la quatrième observation générale selon laquelle un logement convenable doit comprendre certains équipements essentiels tels qu'un accès permanent à l'énergie¹²⁹². La décision se fonde également sur le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, son exercice faisant l'obligation aux États de prendre des mesures pour « *promouvoir l'accès effectif (...) à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté* ». Ces dispositions doivent être combinées à une appréciation dynamique de la Charte qu'opère le Comité européen des droits sociaux qui interprète ces prescriptions « *à la lumière des conditions actuelles* »¹²⁹³.

Ces observations aboutissent au constat selon lequel la Convention et la Charte semblent présenter les moyens suffisants pour permettre au citoyen de se prévaloir du droit à l'énergie, par le truchement des fondements existants. Néanmoins, cette possibilité n'obère pas la nécessité d'une reconnaissance explicite qui apporterait au citoyen une protection renforcée par une protection directe du droit à l'énergie. En complément, le droit à l'énergie bénéficie d'une protection particulière dans le système juridique de l'UE.

B. Le droit à l'énergie dans le système juridique de l'Union européenne

Malgré un renforcement des droits du consommateur assuré dans la troisième série de directives sur le marché intérieur de l'énergie, Laurent Richer dénonce une prise de conscience insuffisante de l'Union pour assurer un accès universel à l'énergie¹²⁹⁴. Cette remarque conduit à s'intéresser à l'appréhension du droit à l'énergie dans les droits fondamentaux de l'UE (1) et à sa mise en œuvre au titre du service universel de l'énergie (2).

1) La garantie des droits fondamentaux

L'UE semble en mesure de protéger le droit à l'énergie dans le cadre des droits fondamentaux qu'elle reconnaît (a) mais des considérations procédurales rendent cette garantie incertaine (b).

¹²⁸⁹ Respectivement : SCE, art. 11, 13, 14, 30 et 31

¹²⁹⁰ CEDS, 5 déc. 2007, *ATD-Quart Monde c./ France* ; CEDS, 5 déc. 2007, *FEANTSA c./ France*

¹²⁹¹ N. BERNARD, "Le droit au logement dans la Charte sociale révisée : à propos de la condamnation de la France par le Comité européen des droits sociaux", *RTDH*, n° 80, 2009, p.1061-1089

¹²⁹² CESCR, Observation générale n°4, 13 déc. 1991, « *le droit à un logement suffisant* »

¹²⁹³ CEDS, 6 déc. 2006, *Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme c./ Grèce*, recl. n°30/2005, §194 ; *RJE*, 2007, n°3, p. 335

¹²⁹⁴ L. RICHER, "Actualités du droit de la concurrence et de la régulation – énergie", *AJDA*, 2009, p.1236

a) Une protection apparente

Les droits fondamentaux constituent des « *droits consacrés au niveau supra-législatif et assortis en principe d'une sanction juridictionnelle* » et ne s'enferment pas dans une catégorie juridique homogène¹²⁹⁵. Ils sont caractérisés par leur valeur constitutionnelle, intégrant tant les droits de l'Homme que les principes reconnus par les traités et le juge de l'Union. Ils constituent « *un noyau de droits essentiels et inaliénables de la personne humaine* »¹²⁹⁶. Mireille Delmas-Marty ajoute que « *les libertés et droits fondamentaux sont moins une espèce particulière de droit que des bornes indiquant à tous (y compris aux États et aux législateurs) et en tout domaine (droit des personnes, droit des biens...) les limites à ne pas franchir et parfois la direction où s'engager* »¹²⁹⁷.

La Communauté économique européenne n'avait initialement pas vocation à protéger les droits fondamentaux mais elle s'est progressivement engagée dans ce sens¹²⁹⁸. Ces moyens d'action ont été précisés par la Cour de justice¹²⁹⁹. Dans l'arrêt *Schmidberger*, elle admet s'agissant d'un rassemblement d'écologistes s'opposant à la circulation des poids lourds, que la libre circulation des marchandises peut être limitée par l'exercice du droit à manifester¹³⁰⁰. Elle ajoute que « *le respect des droits fondamentaux de la personne humaine fait partie des principes généraux du droit communautaire dont elle a pour mission d'assurer le respect* »¹³⁰¹. A ce titre, elle exerce un contrôle juridictionnel concernant « *le respect des droits fondamentaux par les pouvoirs législatifs et exécutifs des Communautés, ainsi que par les États membres lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit communautaire* »¹³⁰².

L'histoire de la construction européenne est ponctuée d'instruments de promotion des droits

¹²⁹⁵ M.-J. REDOR, "La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux", in S. LECLERC, J. F. AKANDJI-KOMBE et M.-J. REDOR, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, p. 13 ; P. WACHSMANN, "L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux"", *RUDH*, 2004, p.40-49 ; N. MOLFESSIS, "droit fondamental un label incontrôlé", *JCP G*, n° 25, 25/06/2009

¹²⁹⁶ F. PICOD, "Droits fondamentaux", in A. BARAV, C. PHILIP (DIR.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 418

¹²⁹⁷ M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2è ed, 2005, p. 39-40

¹²⁹⁸ J.-P. FLAUSS, "La protection des droits de l'homme dans le cadre de la Communauté européenne", *LPA*, n° 91, juill. 1997, p.4-11: « aucune disposition du traité, dit la Cour, ne confère de manière générale aux institutions communautaires le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales en ce domaine ». Patrick Washsmann affirme que bien que les droits fondamentaux ne constituent pas une compétence de l'Union, ils peuvent néanmoins en constituer un but : P. WASHSMANN, "L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", *RTDE*, 1996

¹²⁹⁹ CJCE, 12 nov. 1969, *Stauder*, *Rec. p.* 419 ; CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung c./ Commission*, aff. 4/73, *Rec. p.* 491

¹³⁰⁰ TFUE, art. 263; CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Rec. CJCE* 2003, I, 5659 ; *RTDH* 2004, p. 721, note C. VIAL ; M. PRIEUR, "droit à l'environnement", *préc.*, 17

¹³⁰¹ CJCE, 15 juin 1978, aff. 149/77, *Gabrielle Defrenne c./ SABENA*, *Rec. p.* 1365

¹³⁰² CJCE, *Rapport annuel*, Luxembourg, mai 1995, p. 3 ; CJCE, 11 juill 1985, *Cinéthèque SA e.a. c/ fédération nationale des cinémas français*, aff. Jtes 60 et 61/84, *Rec. p.* 2605 ; CJCE, 30 sept. 1987, *Demirel c./ Ville de Schwabisch Gmuend*, aff. 12/86, *Rec. p.* 3719. Le contrôle juridictionnel inclut la mise en œuvre étatique des dispositions communautaires ainsi que l'action dans leur domaine de compétence propre lorsqu'ils prennent des mesures susceptibles de restreindre l'exercice d'une liberté protégée par les traités: CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf c./ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88, *Rec. p.* 2609 ; CJCE, 28 oct. 1975, *Rutili c./ Ministère de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec. p.* 1219 ; CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE e.a. c./ Dimotiki Etairia Pliroforissis e. a.*, aff. C-260/89, *Rec. p.* 2925 ; CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec. p.* 3689 ; F. CHEVILLARD et C. MAUBERNARD, "Droit communautaire des droits fondamentaux chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *RTDH*, 1999, p.505

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

fondamentaux tels que la déclaration de Copenhague de 1973 dans laquelle les chefs d'État indiquent que les droits de l'Homme constituent « *des éléments fondamentaux de l'identité européenne* », la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, et la déclaration des droits et libertés fondamentaux du Parlement européen du 12 avril 1989¹³⁰³. Ces mesures ont pour trait commun d'être dénuées de valeur juridique contraignante.

Cependant, depuis le traité de Maastricht, le respect des droits de l'Homme est devenu une condition impérative au statut d'État candidat à l'adhésion de l'UE et le traité d'Amsterdam a permis de sanctionner un État violant de manière « *grave et persistante* » les droits fondamentaux de l'Union¹³⁰⁴. L'article 6§3 du TFUE constitutionnalise la jurisprudence de la Cour en conférant aux droits fondamentaux le rang de principes généraux du droit. Le traité de Lisbonne prend acte de l'avis 2/94 de la Cour indiquant que l'adhésion à la CEDH « *ne saurait être réalisée que par la voie d'une modification du traité* » et prévoit cette adhésion dans l'article 6§2 du TUE¹³⁰⁵. Une évolution majeure du traité de Lisbonne vient également de la valeur contraignante et du rang suprême conférée à la Charte des droits fondamentaux¹³⁰⁶.

Pourtant, aucune disposition de droit originaire ne reconnaît explicitement le droit à l'énergie¹³⁰⁷. Néanmoins, la Charte des droits fondamentaux présente l'avantage selon Frédéric Sudre de constituer : « *le seul instrument européen de proclamation des droits de l'homme à donner corps au principe d'indivisibilité des droits et à accueillir les droits sociaux au même plan que les droits civils et politiques* »¹³⁰⁸. Dès lors, divers fondements pourraient être invoqués à ce titre comme l'article 1 disposant que : « *la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ». Dans ses explications, le présidium précise que « *la dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux* ».

Le droit au respect de la vie privée et familiale reconnu à l'article 7 pourrait également être invoqué, le juge de Luxembourg reconnaissant son applicabilité au citoyen européen et aux ressortissants de pays tiers installés sur le territoire de l'Union¹³⁰⁹. L'article 34 de la Charte dispose que : « *l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes* ». Selon

¹³⁰³ Déclaration de Copenhague sur l'identité européenne, 15/12/1973 ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 09/12/1989 ; déclaration des droits et libertés fondamentaux, JOCE n°C.120 du 16 mai 1989 ; J. RIDEAU, "Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme", RCADI, 1997, p. 37-40

¹³⁰⁴ TUE, art. 49 et 7

¹³⁰⁵ CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, Rec. p. 1759

¹³⁰⁶ TUE, art. 6§1

¹³⁰⁷ Certaines dispositions non contraignantes s'y réfèrent indirectement: *Inter alia.*, recommandations 92/441 du Conseil du 24 juin 1992 portant sur les critères communs relatifs à des ressources et prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale, JOCE L.245 du 26 août 1992 ; recommandation 92/442 du Conseil du 27 juillet 1992 relative à la convergence des objectifs et des politiques de protection sociale, JOCE L.245 du 26 août 1992. Le Conseil de l'Union invite les États à « *garantir à la personne un niveau de ressources conforme à la dignité humaine* » et à « *reconnaître le droit fondamental de la personne à des ressources et prestations suffisantes pour vivre conformément à la dignité humaine* ».

¹³⁰⁸ F. SUDRE, "La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction"", RTDH, n°.55, 2003, p.756

¹³⁰⁹ CJCE, 20 fév. 2001, M. Kaur, aff. C-192/99, Rec. p. 1237

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

l'article 35 : « *un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union* ».

Ces fondements offrent la possibilité pour le juge de s'inspirer des textes internationaux relatifs aux droits fondamentaux et de leurs interprétations pour établir sa jurisprudence¹³¹⁰. Dès lors, une reprise de la quatrième observation générale du CDESC, dans laquelle la réalisation du droit à un logement suffisant requiert un accès permanent à l'énergie, et l'observation générale n°14 selon laquelle l'accès à l'énergie conditionne la réalisation du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint s'avère envisageable.

Par conséquent, les droits fondamentaux de l'UE laissent présager une diversité de moyens qui permettraient indirectement de fonder le droit à l'énergie¹³¹¹. Cette attente se justifie d'autant plus que l'on assiste à une reconnaissance de ces prérogatives passant d'une conception essentiellement fonctionnelle dans laquelle les droits et les libertés apparaissent avant tout comme des instruments d'édification du marché commun, à une conception plus fondamentale basée sur les droits de la personne humaine considérée en elle-même¹³¹². Cet espoir doit pourtant être relativisé.

b) Une protection incertaine

Les limites d'une reconnaissance du droit à l'énergie par le truchement des droits fondamentaux de l'UE résident dans des conditions restrictives de recours au juge européen¹³¹³. D'une manière générale, le Tribunal ne peut connaître de recours dirigés par une personne physique contre un État membre. Cet énoncé se vérifie dans l'incapacité pour tout citoyen de l'Union de recourir en manquement à l'encontre d'un État, cette procédure étant réservée à la Commission européenne et à sa discrétion¹³¹⁴.

Des difficultés se présente également concernant le recours en carence qui a pour objet de faire constater par le juge l'abstention illicite d'une institution, légalement tenue de prendre une décision¹³¹⁵. Le traité de Lisbonne n'apporte pas de modification de fond sur le sujet¹³¹⁶. Il est constitué d'une phase administrative préalable matérialisée par une « *invitation à agir* » pouvant être assimilée à une « *mise en demeure* »¹³¹⁷. Alors que toute personne physique et morale a qualité pour agir, la requête ne sera recevable que si l'institution visée avait l'obligation légale de prendre une décision dont la personne serait le destinataire ou si elle serait directement et individuellement

¹³¹⁰ CJCE, 21 sept. 1989, *Hoechst c./ Commission*, aff. Jtes 46/87 et 227/88, *Rec.* p. 2859 ; CJCE, 17 fév. 1998, *Lisa Jacqueline Grant c./ South Western Trains*, aff. C-249/96, *Rec.* p. 621

¹³¹¹ J.-P. JAQUÉ, "Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme", *Mélanges Boulouis*, Dalloz, 1991, p.331 : « *Les réponses actuellement données par la Cour au problème des droits fondamentaux semblent parfois relever d'une mystérieuse alchimie juridictionnelle qui peut les rendre difficilement prévisibles pour le justiciable* ».

¹³¹² J. -F. AKANDJI-KOMBÉ, "Le développement des droits fondamentaux dans les traités", *préc.*, p. 35

¹³¹³ J. RIDEAU (DIR.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 1998

¹³¹⁴ TFUE, art. 258 ; CJCE, ord., 12 juin 1992, aff. C-29/92, *Asia Motor France c/ Commission*, pt 21 ; TPICE, 14 sept. 1995, aff. T-571/93, *Lefebvre* ; TPICE, ord., 13 nov. 1995, aff. T-126/95, *Dumez* ; TPICE, 22 mai 1996, aff. T-277/94, *AITEC* ; TPICE, ord., 16 févr. 1998, aff. T-182/97, *Smanor*, *Rec. CJCE* 1998, II, p. 271 ; Trib. UE, ord., 20 juill. 2010, aff. T-186/10, *Perret c/ Commission*, note A. RIGAUX, *Europe*, n°10, oct. 2010, comm. 303

¹³¹⁵ TFUE, art. 265 ; CJCE, 26 nov. 1996, *T. Port*, aff. C-68/95, *Rec.* p. 6065

¹³¹⁶ F. CHALTIEL, "Traité de Lisbonne : la réforme du système contentieux européen - l'État de droit européen renforcé", *LPA*, n°44, 29/02/2008, p.4

¹³¹⁷ J. BOULOUIS, M. DARMON et J. G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, Dalloz, 2è. éd, 2001, p.223

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

concernée¹³¹⁸. L'omission est qualifiée de préjudiciable, lorsqu'elle affecte de façon caractérisée la situation juridique du requérant, de manière directe et certaine¹³¹⁹. Sont en principe exclus du champ d'application, les avis et les recommandations ainsi que les directives et les règlements parce qu'ils s'adressent aux États et non au requérant individuel. De plus, l'invitation à agir ne saurait viser le cas où une institution aurait effectivement pris un acte¹³²⁰. L'abstention illégale ne peut encore être relevée qu'en cas de compétence liée et ne peut remettre en cause une compétence discrétionnaire¹³²¹. Le recours se limite ensuite au constat d'abstention sans capacité d'injonction et d'astreinte du juge¹³²². Enfin, les associations peuvent engager un recours pour défendre les intérêts de leurs membres, mais *l'actio popularis* leur est refusée¹³²³.

L'annulation pourrait constituer une perspective pour sanctionner la violation de droits fondamentaux mais les traités ne consacrent pas un droit au recours individuel spécifique¹³²⁴. Peut faire l'objet d'un recours en annulation, toute disposition prise par les institutions visant à produire des effets de droit, quelle qu'en soit la nature et la forme¹³²⁵. Sa recevabilité est conditionnée à la nécessité que l'acte produise des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique¹³²⁶. Il implique d'apporter la preuve d'un lien direct et individuel entre le requérant et l'acte attaqué¹³²⁷. Jean Boulouis et Roger-Michel Chevallier affirment que « *c'est dans l'appréciation faite par le juge de ce lien direct et personnel que réside la clef du prétoire* »¹³²⁸. Selon Denys Simon, « *le requérant sera directement concerné dès lors que l'acte communautaire entrepris a pour effet immédiat, par lui-même, de lui imposer une obligation ou de le priver d'un droit, sans que ne s'interpose aucune intervention discrétionnaire subséquente d'une autorité nationale ou communautaire* »¹³²⁹.

La difficulté réside dans la preuve du lien individuel, défini dans l'arrêt Plaumann comme requérant que la mesure atteigne les demandeurs « *en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de*

¹³¹⁸ CJCE 10 juin 1982, *Lord Bethell*, aff. 246/81, *Rec.* p. 2277, concl. G. SLYNN ; CJCE, 26 avril 1988, *Asteris*, aff. 97/86, *Rec.* p. 2181, concl. G. SLYNN ; CJCE, 26 nov. 1996, *T. Port*, aff. C-68/95, *Rec.* p. 6065

¹³¹⁹ S. CAZET, *Le recours en carence en droit communautaire*, Université de La Réunion, Thèse, 2008, p. 127 ; CJCE, 18 nov. 1970, *Chevalley c/ Commission*, aff. 15/70, *Rec. CJCE* 1970, p. 975 ; TPICE, 30 mars 2006, *Korkmaz et a. c/ Commission*, aff. T-2/04,

¹³²⁰ CJCE, 9 juill. 1991, *Control Union*, *Rec.* p. 3585 ; CJCE, 13 juill. 1971, *Deutscher Komponisten Verband*, aff. 8/71, p. 705, concl. K. ROEMER ; CJCE, 15 déc. 1988, *Irish Cement*, aff. 166/86, p. 6473, concl. M. DARMON

¹³²¹ CJCE, 1 mars 1966, *Lütticke*, aff. 48/65, *Rec.* p. 28, concl. J. GAND ; CJCE, 14 fév. 1989, *Star Fruit*, aff. 247/87, p. 291, concl. C.O. LENZ

¹³²² TPI, 12 nov. 1996, *SDDDA c./ Csion*, aff. T-47/96, *Rec.* p. 1559 ; TPI, 9 sept. 1999, *UPS Europe c./ Csion*, aff. T-127/98, *Rec.* p. 2633 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2 ed, 1998, p.405

¹³²³ CJCE, 17 nov. 1998, *Kruidvat*, aff. C-70/97P, *Rec.* p. 7213 ; TPI, 30 sept. 1998, *Coldiretti*, T.149/96

¹³²⁴ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz-Sirey, 2003, p.561 et s. ; F. KAUFF-GAZIN, "Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne : un bilan contrasté", *Europe*, n° 7, dossier 5, Juill. 2008

¹³²⁵ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, aff.22/70, *Rec.* p. 263, concl. A. DUTHEILLET DE LAMOTHE

¹³²⁶ CJCE, 11 nov. 1981, *IBM*, aff. 60/81, *Rec.* p. 2639, concl. G. SLYNN ; CJCE, 13 juin 1991, *Sunzest*, aff. C-50/90, *Rec.* p. 2917 ; R. MEHDI, "La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale: l'aggiornamento n'aura pas lieu...", *RTD eur.*, vol. 39(1), janv.-mars 2003

¹³²⁷ CJCE, ord., 1er fév. 2001, *Area Cova et a. c/ Conseil et a.*, aff. C-300/99 P et C-388/99 P, *Rec. CJCE* 2001, I, p. 983 ; pts 54 et 55 ; CJCE, ord., 12 déc. 2003, *Bactria c/ Commission*, aff. C-258/02 P, *Rec. CJCE* 2003, I, p. 15105, pts. 57 à 59 ; TUE, 2 mars 2010, *Arcelor SA c/ Parlement européen et Conseil de l'UE*, aff. T-16/04

¹³²⁸ J. BOULOUIS et R.M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la CJCE*, Dalloz, n° 59

¹³²⁹ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2 ed, 1998, p. 378

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

ce fait les individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire »¹³³⁰. Cette notion est interprétée strictement par le juge puisque selon une jurisprudence constante, une association constituée pour promouvoir les intérêts collectifs d'une catégorie de justiciables ne saurait être considérée comme étant individuellement concernée, sa participation aux pourparlers de l'acte attaqué ne modifiant pas cette solution¹³³¹. La Cour s'inquiète de cette difficulté considérant que « l'on peut, toutefois, se demander si le recours en annulation prévu par l'article 173 du traité CE et par les dispositions correspondantes des autres traités, qui n'est ouvert aux particuliers qu'à l'égard des actes qui les concernent directement et individuellement, est suffisant pour leur garantir une protection juridictionnelle effective contre les atteintes à leurs droits fondamentaux pouvant résulter de l'activité législative des institutions ».

Pourtant, sa jurisprudence reflète peu cet intérêt en rejetant les propositions de l'avocat général Jacobs de considérer le particulier comme individuellement concerné lorsque la mesure nuit ou est susceptible de nuire à ses intérêts de manière substantielle¹³³². La Cour s'est également opposée au Tribunal qui proposait de remettre en cause cette jurisprudence, considérée comme contraire aux articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, en retenant qu'une personne est individuellement concernée « si la disposition affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes »¹³³³. Le traité de Lisbonne ouvre une première voie en permettant au citoyen de recourir « contre les actes réglementaires qui [le] concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution », abandonnant ainsi la nécessité d'apporter la preuve du lien individuel¹³³⁴. Cependant, cette exigence demeure pour les autres dispositions du droit de l'UE.

Pour Samuel Priso-Essawe, cette situation est critiquable parce que le lien individuel devrait

¹³³⁰ CJCE, 15 juill. 1963, *Plaumann*, aff. 25/62, *Rec.* p. 197 ; F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires, préc.*, p.627 et s.

¹³³¹ CJCE, 14 déc. 1962, *Conf. Nat. Produc. Fruits et légumes*, aff. 16/62, *Rec.* p. 901, concl. M. LAGRANGE ; CJCE, 3 nov. 1986, *UFADE*, aff. 117/86, *Rec.* p. 3255 ; TPI, 28 oct. 1993, *FRSEA*, aff. T-135/96, *Rec.* p. 2335 ; CJCE, 2 avril 1998, *Stichting Greenpeace Council c./ Commission*, aff. C-321/95 P ; Trib. UE, 18 mars 2010, aff. T-189/08, *Forum 187 ASBL c/ Commission*, note F. KAUFF-GAZIN, *Europe*, n° 5, mai 2010, comm. 154 ; A. BOUVERESSE, "Recevabilité quant à l'acte omis et quant au requérant honni", *Europe*, n° 1, comm. 10, janv. 2010

¹³³² CJCE, 25 juill. 2002, *UPA c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec. CJCE 2002, I*, p. 6677, n° 357, conclusions du commissaire du gouvernement Jacobs: « La jurisprudence relative à la qualité à agir de particuliers devant la Cour (maintenant devant le Tribunal) a, au cours des années, donné lieu à bon nombre de commentaires, dont la plupart étaient très critiques. Il ne peut être nié que la recevabilité limitée des recours formés par des particuliers est largement considérée comme un des aspects les moins satisfaisants de l'ordre juridique communautaire. Ce n'est pas simplement la restriction quant à l'accès aux juridictions qui est critiquée ; mais également la complexité et l'apparente incohérence qui ont résulté des tentatives de la Cour d'admettre des actions lorsque l'approche traditionnelle aurait mené à un "dénier de justice" manifeste (...) nous concluons qu'un particulier devrait être considéré comme individuellement concerné par une mesure communautaire au sens de l'article 230, paragraphe 4, CE lorsque, en raison de la situation dans laquelle il se trouve, la mesure nuit, ou est susceptible de nuire, à ses intérêts de manière substantielle ».

¹³³³ TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré*, aff. T-177/01, *Rec. CJCE 2002, II*, p. 2365, pt. 51 ; Sur la notion de « droit au juge » et la pression croissante pour un accès au juge communautaire: C. PICHERAL et H. SURREL (DIR.), "Droit communautaire des droits fondamentaux - chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes - 2003", *RTDH*, 2003, p.880-881

¹³³⁴ D. SIMON, "Le traité de Lisbonne et la juridiction communautaire", *Europe*, n° 1, alerte 1, janv. 2010 ; J. RIDEAU, "Recours en annulation - Conditions de recevabilité", *JCL Europe*, fasc. 330, 01/06/2008

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

être établi dès lors que « *la disposition en question affecte d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations* »¹³³⁵. Par conséquent, Joël Rideau propose de supprimer ces exigences et de se limiter à une jurisprudence stricte de l'intérêt à agir¹³³⁶. En complément, il appelle un recours spécifique relatif aux droits fondamentaux présentant un caractère similaire à la *Rechtbeschwerde* en Allemagne et au recours d'Amparo en Espagne et au Portugal¹³³⁷. Cette solution permettrait une saisine directe du juge européen par les requérants privés qui se prétendraient victime de la violation d'un droit fondamental.

L'article 340 du TFUE concernant le recours en responsabilité contre l'UE n'offre guère de possibilités supplémentaires¹³³⁸. En effet, la Cour affirme dans une jurisprudence constante que le fait dommageable nécessite de prouver « *l'illégalité d'un acte des institutions* », la Cour rejetant toute responsabilité objective¹³³⁹. De plus, cette faute doit être « *suffisamment caractérisée* », c'est-à-dire que les violations doivent être particulièrement graves¹³⁴⁰. Pour être réparable, le préjudice doit être direct, certain, et spécial¹³⁴¹. Par conséquent, la mise en cause de la responsabilité de l'Union s'avère incertaine étant donné les difficultés pour prouver une illégalité. Ces propos se vérifient en pratique dans le caractère exceptionnel de cette reconnaissance¹³⁴².

Au final et en dehors du cas spécifique des actes réglementaires concernant directement la personne et ne comportant pas de mesures d'exécution, le recours préjudiciel semble la seule voie offerte au citoyen européen pour contester un acte de l'Union qui compromettrait le droit à l'énergie. Dans ce cas, la Cour « *doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation par la juridiction nationale de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent, en particulier, de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹³⁴³. Elle peut alors prononcer l'annulation d'une disposition législative ou réglementaire du droit de l'Union sans limite de forclusion même si le délai de transposition n'est pas écoulé¹³⁴⁴. Cette solution est critiquée par une partie de la doctrine parce que le recours

¹³³⁵ C. PICHERAL et H. SURREL (DIR.), "droit communautaire des droits fondamentaux - chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes - 2003", *RTDH*, 2003, p.881

¹³³⁶ J. RIDEAU, "Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne", *préc.*, p. 84

¹³³⁷ *Ibidem*, p. 78

¹³³⁸ Sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle : Trib. UE, 16 déc. 2010, aff. T-19/07, *Systran et Systran Luxembourg c/ Commission*, note M. MEISTER, *Europe*, n° 2, fév. 2011, comm. 43

¹³³⁹ CJCE, 29 sept. 1982, *Oleifici Mediterranei*, aff. 26/81, *Rec.* p. 3057 ; CJCE, 6 déc. 1984, *Biovilac*, aff. 59/83, *Rec.* p. 4057, concl. G. SLYNN

¹³⁴⁰ CJCE, 25 mai 1978, *Bayerische HNL*, aff. 83/76, *Rec.* p. 1209, concl. F. CAPOTORTI ; CJCE, 4 oct. 1979, *Dumortier et a.*, aff. 64/76, *Rec.* p. 3091, concl. F. CAPOTORTI ; CJCE, 15 sept. 1982, *Kind*, aff. 106/81, *Rec.* p. 2885, concl. F. CAPOTORTI ; CJCE, 19 mai 1992, *Mulder et a.*, aff. C-104/89, *Rec.* p. 3061

¹³⁴¹ CJCE, 16 juillet 2009, *Commission c/ Schneider Electric*, aff. n°C-440/07 P, note P. ARHEL, *LPA*, 08/02/2010, n°27, p. 5 ; J. BOULOUIS, M. DARMON et J. G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, Dalloz, 2 ed, 2001, p. 243

¹³⁴² F. CHEVILLARD et C. MAUBERNARD, "Droit communautaire des droits fondamentaux chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *RTDH*, 1999, p.503

¹³⁴³ CJCE, 18 juin 1991, *ERTAE c./ Dimotiki Etairia Plioroforissis et a.*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925

¹³⁴⁴ Sur la recevabilité avant l'expiration du délai de transposition: CJCE, 10 déc. 2002, aff. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, *Europe* 2003, comm. 37, 39, 42, 46, 48, obs. F. MARIATTE ; CJCE, 3 juin 2008, aff. C-308/06, *Intertanko et a.*, *Europe*, 2008, comm. 253, obs. D. SIMON ; sur la capacité de recourir en annulation par voie d'exception: CJCE, 12 déc. 1996, aff. C-241/95, *Accrington Beef*, *Europe*, 1997, comm. 43, obs. D. RITLENG ; CJCE, 11 nov. 1997, aff. C-408/95, *Eurotunnel*, *Europe*, 1997, comm. 11, obs. A. RIGAUX et D. SIMON ; CJUE, 4e ch., 8 juill. 2010, aff. C-343/09, *Afton Chemical Ltd c/ Secretary of State for Transport*, note C. KROLIK,

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

n'intervient que par voie incidente, pouvant présenter un caractère dissuasif. Par conséquent, les citoyens européens ne disposent que de voies de recours limitées pour se prévaloir du droit à l'énergie par le truchement des droits fondamentaux dans le système juridique de l'UE. En revanche, une déclinaison spécifique intervient dans le cadre du service universel de l'énergie.

2) Le service universel de l'énergie

La notion de service universel est née au début du vingtième siècle aux États-Unis pour désigner un « *service de base offert à tous à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard* »¹³⁴⁵. Elle tend à orienter (a) et à encadrer le droit à l'énergie (b).

a) Un fondement européen pour le droit à l'énergie

Le service universel intègre pour la première fois le droit de l'Union dans le livre vert de la Commission sur la libéralisation des télécommunications de 1987¹³⁴⁶. Une communication du 20 septembre 2000 le présente comme « *un ensemble minimal de services d'une qualité donnée auquel tous les utilisateurs et consommateurs ont accès compte tenu de circonstances nationales, à un prix abordable* »¹³⁴⁷. Jean Gadrey le caractérise comme « *la mission visant à fournir certains services à tous (ou presque tous) au nom de l'intérêt général* » et constitue « *un droit "universel" d'accès à certains services dans des conditions "raisonnables", parce que ces services sont constitutifs d'une citoyenneté moderne (en être privé est une forme d'exclusion)* »¹³⁴⁸. Ce rattachement à la citoyenneté européenne se fonde sur sa qualification de minimum essentiel devant être accessible pour tout citoyen quel que soit sa situation « *au nom d'une sorte d'universalité du besoin d'en bénéficier pour pouvoir accéder à une forme complète de citoyenneté. Un tel besoin devient alors presque un droit* »¹³⁴⁹. Il constitue une notion fonctionnelle centrée sur le service rendu à l'utilisateur et s'applique aux prestations présentant un caractère suffisamment essentiel pour devoir être très largement abordables, voire accessibles à tous, moyennant un prix « *raisonnable* », dans des domaines tels que les télécommunications, les services postaux, bancaires et l'énergie¹³⁵⁰.

RJE, n°4, 2010 ; A. BOUVERESSE, "Recevabilité, intensité du contrôle, proportionnalité et principe de précaution", *Europe*, n°10, comm. 304, oct. 2010

¹³⁴⁵ Communication de la Commission, Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux, COM(91) 476, juin 1991 ; G.-J. GUGLIELMI, "Un service universel ?", in G. KOUBI et O. JOUANJAN (DIR.), *Objets et sujets universels*, Presses de la Faculté de droit de Strasbourg, 2007, p. 91 ; S. NICINSKI et P. PINTAT, "La libéralisation du secteur gazier", *AJDA*, 2003, p.223. Selon le rapport de Renaud DENOIX DE SAINT MARC, « *la notion communautaire de service universel (...) désigne des services indispensables au lien social ou au respect des libertés fondamentales, qu'il est nécessaire de fournir à tous à un prix abordable. Dans le vocabulaire français habituel, il s'agit de services publics avec obligation de fourniture et réglementation des prix. La notion de service universel ne recouvre pas l'ensemble des missions de service public* » : R. DENOIX DE SAINT MARC, *Le service public*, la documentation française, 1996 ; J. MORAND-DEVILLER, *Cours droit administratif*, Montchrestien, 10 éd, 2007, p.492

¹³⁴⁶ Livre vert sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications, COM 1987/290

¹³⁴⁷ Communication de la Commission du 20 sept. 2000, Les services d'intérêt général en Europe, COM/2000/580 final ; M. BAZEX, "La réception du « service universel en droit interne français : l'exemple du service bancaire de base », in L. GRARD, *L'Europe et les services publics. Le retour de la loi*, Presses universitaires de Bordeaux, 2007

¹³⁴⁸ J. GADREY, "Service universel, service d'intérêt général, service public, un éclairage à partir du cas des télécommunications et du secteur postal", *Revue Politiques et management public*, n°5, vol. 2, 1990, p.43-72

¹³⁴⁹ *Ibidem*

¹³⁵⁰ Code des postes et des communications électroniques, art. R. 20-34 et 20-40 ; M. BAZEX, "Contenu et conditions

Le droit à l'énergie dans la politique intérieure

Selon la Commission, les obligations attachées au service universel de l'électricité ont pour finalité d'assurer un accès de tous à ce service¹³⁵¹. La directive sur le marché de l'électricité réaffirme ce principe en prévoyant son application à tous les clients résidentiels et aux petites entreprises¹³⁵². Elle le définit comme le « *droit d'être approvisionné (...) en électricité d'une qualité définie, (...) à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires* »¹³⁵³. Sa réalisation implique l'adoption par les États de mesures appropriées pour assurer l'approvisionnement nécessaire en électricité des consommateurs vulnérables, et lutter contre la pauvreté énergétique¹³⁵⁴.

La directive sur le marché intérieur du gaz ne se réfère pas au service universel. Jean Gadrey remarque que l'idée d'un « *raccordement universel* » s'applique mal à ce service parce qu'elle est techniquement et économiquement irréaliste et parce que des biens et des services de substitution peuvent contribuer, parfois de façon plus efficace, à l'accomplissement des missions d'intérêt général¹³⁵⁵. En revanche, elle oblige les États à garantir une protection adéquate des consommateurs vulnérables, en interdisant l'interruption de la connexion au gaz lorsqu'ils traversent des difficultés¹³⁵⁶.

Par conséquent, le droit à l'énergie pourrait être interprété comme le gradient du service universel de l'énergie qui apporte des précisions sur son contenu.

b) Un contenu minimum pour le droit à l'énergie

Le droit à l'énergie pourrait être appréhendé comme la transposition du service universel de l'électricité. En réalité, ces notions se complètent mais ne se confondent pas. Elles bénéficient de champs d'application distincts puisque la directive offre la possibilité d'une extension aux petites entreprises alors que le droit à l'énergie se limite aux particuliers. A l'inverse, celui-ci bénéficie d'un champ d'application plus large en s'appliquant à la chaleur. Les notions diffèrent ensuite au niveau de leur contenu puisque selon Marie-Laure Basilien-Gainche, le service universel de l'électricité réside dans « *la fourniture ininterrompue d'énergie (qui) doit être comprise comme une interdiction de coupure prolongée du courant, sauf cas de force majeure* »¹³⁵⁷. Néanmoins, ces notions se rejoignent dans le fait que le service universel s'apparente à un socle minimum de prérogatives en faveur des citoyens européens.

d'exécution du service universel", DA, n°.3, Comm. 51 mars 2007, p.30-32

¹³⁵¹ Commission européenne, communication sur les services d'intérêt général en Europe, 11/09/1996

¹³⁵² Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.* Constituent des petites entreprises au sens de l'article 3§3 de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, les entreprises employant moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le bilan annuel n'excède pas 10 000 000 d'euros

¹³⁵³ *Ibidem*, art 3§3

¹³⁵⁴ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 3§8

¹³⁵⁵ J. GADREY, "Service universel, service d'intérêt général, service public, un éclairage à partir du cas des télécommunications et du secteur postal", *Revue Politiques et management public*, n°.5, vol. 2, 1990, p.43-72

¹³⁵⁶ Directive 2009/73/CE du parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *préc.*, art. 3§3

¹³⁵⁷ M.L. BASILIEN-GAINCHE, "La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz, une reconfiguration des obligations de service public", *préc.*, p.74

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

Dès lors, les manquements à son égard pourraient être sanctionnés par la voie juridictionnelle. En ce sens, les règles du service universel pourraient faire l'objet d'une invocabilité de substitution devant le juge administratif en cas transposition nationale incorrecte à condition que les obligations soient claires, complètes, précises et inconditionnelles, ne laissant pas de place à des appréciations discrétionnaires dans le cas où la transposition serait incomplètement exécutée par l'État¹³⁵⁸. Il pourrait également être invoqué sous la forme d'une invocabilité d'exclusion dans le cadre d'un contrôle de compatibilité, même s'il laisse aux autorités nationales une marge d'appréciation¹³⁵⁹. Dans les deux cas, la directive ne crée pas d'obligation dans le chef des particuliers et ne peut pas être invoquée à l'encontre d'une personne à la différence du règlement, elle est inapte à produire un « *effet direct horizontal* »¹³⁶⁰. Par conséquent, la non-transposition du service universel pourrait être opposée à l'encontre de l'État mais non aux personnes privées telles que les fournisseurs d'énergie.

Laurent Richer constate le paradoxe d'une moindre protection conférée au service universel de l'énergie par rapport au droit d'accès aux réseaux, dans lequel les procédures sont clairement définies et les autorités de régulation enjointes d'une mission spécifique et principale de veiller à son respect¹³⁶¹. L'absence de référence au droit à l'énergie dans les cinquante propositions de Michel Barnier « *pour une économie sociale de marché hautement compétitive* » constitue une occasion manquée de renforcer cette prérogative¹³⁶². Néanmoins, les travaux de la Commission impulsés par une résolution du Parlement européen du 19 juin 2008 sur la *charte européenne des droits des consommateurs d'énergie* témoignent de l'attention des institutions européennes à son égard et appellent une reconnaissance explicite¹³⁶³.

Le droit de l'UE enrichit donc le droit national et le *corpus* européen des droits de l'Homme dans la reconnaissance du droit à l'énergie à l'égard de ses ressortissants. Il bénéficie de prescriptions innovantes mais des considérations processuelles en limitent son effectivité. Cette articulation illustre également le processus de mondialisation du droit à l'énergie, dans la mesure où les règles fondamentales issues du système juridique international sont relayées et mises en œuvre dans les droits européens et français, sous le contrôle du juge. Ce constat invite à poursuivre la réflexion en s'intéressant aux mesures permettant de promouvoir ce droit dans la politique étrangère.

¹³⁵⁸ CJCE, 22 sept. 1983, *Vincent Rodolphe Auer c/ min. Public*, aff. 271/82, *Rec. CJCE* 1983, p. 2727 ; CJCE, 8 oct. 1987, *Procédure pénale c/ Kolpinghuis Nijmegen BV*, aff. 80/86, *Rec. CJCE* 1987, p. 3969 ; CE, 30 oct. 2009, *Perreux*, n° 298348 ; R. KOVAR, "Le Conseil d'État et l'effet direct des directives : la fin d'une longue marche", *Europe*, n° 1, étude 1, janv. 2010 ; Concl. av. général Léger présentées le 11 janvier 2000, aff. C-287/98, *Grand-Duché de Luxembourg c/ Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, *Rec. CJCE* 2000, I, p. 6917

¹³⁵⁹ G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Masson, 1994, p. 169 ; Concl. av. général Léger présentées le 11 janvier 2000, *préc.*

¹³⁶⁰ CJCE, 26 févr. 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Rec. CJCE* 1986, p. 723 ; D. SIMON, "L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou infléchissement?", *Europe*, mars 2010, p.4-7

¹³⁶¹ L. RICHER, "Droit d'accès et service public", *AJDA*, 2006, p.73

¹³⁶² Communication de la Commission du 27 octobre 2010, *Vers un Acte pour le Marché unique, Pour une économie sociale de marché hautement compétitive*, 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble, COM(2010) 608 final ; D. SIMON, "Marché unique : la grande relance ?", *Europe*, n° 12, repère 11, déc. 2010

¹³⁶³ Résolution du Parlement européen du 19 juin 2008 sur une charte européenne des droits des consommateurs d'énergie (2008/2006(INI)) ; "Une charte européenne des droits des consommateurs d'énergie", 04/07/2010, www.electricite-verte.com

2/ Le droit à l'énergie dans la politique étrangère

Le droit à l'énergie n'a pas vocation à s'appliquer uniquement aux citoyens français et européens et peut également être employé pour promouvoir l'accès à l'énergie des populations les plus démunies. En ce sens, les systèmes juridiques se développent afin de prendre en compte cette exigence et conduisent à préciser les moyens mis en œuvre dans le cadre national (I) et européen (II).

I. Le cadre national

Certains moyens juridiques sont mis en œuvre dans le système juridique français pour promouvoir l'accès à l'énergie dans sa politique étrangère. Cette caractéristique conduit à présenter ces instruments (A) et préciser les recours juridiques garantissant leur effectivité (B).

A. La promotion du droit à l'énergie

Les dispositions relatives au droit à l'énergie dans la politique étrangère française présentent un caractère embryonnaire (1). Cette prudence semble trouver une source essentielle dans le principe de souveraineté nationale (2).

1) Un cadre embryonnaire

Les moyens juridiques mis en œuvre pour promouvoir l'accès à l'énergie dans la politique étrangère de la France reposent sur une diversité d'institutions (a) et des planifications sectorielles (b).

a) Une diversité d'institutions

De multiples instances nationales participent à la promotion internationale de l'accès à l'énergie dans le monde. Parmi celles-ci, la direction générale de la mondialisation, du développement et des partenariats du ministère des affaires étrangères et européennes s'est engagée dans de multiples programmes internationaux tels que le *Global Network on Energy for Sustainable Development* (GNESD) du PNUE, le *Energy Sector Management Assistance Programme* (ESMAP) de la Banque Mondiale et le réseau *mondialisation, énergie, environnement* (MONDER)¹³⁶⁴. Elle soutient des initiatives régionales pour la mise en place de politiques énergétiques dans le cadre de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest (CEDEAO) et de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA). Elle supporte également les travaux d'ONG telles que la fondation *énergies pour le monde*, le groupe *énergies renouvelables, environnement et solidarités* (GERES) et *électriciens sans frontières*.

Le ministère des finances contribue au *Fonds pour l'environnement mondial* (FEM), organisation financière internationale engagée dans des projets d'infrastructures énergétiques de pays émergents tels que l'électrification rurale décentralisée solaire aux Philippines, le traitement des déchets et leur valorisation énergétique au Vietnam et en Chine. Il finance également des études de faisabilité sur la modernisation d'installations hydroélectriques en Uruguay, en Argentine et au

¹³⁶⁴ www.diplomatie.gouv.fr

Salvador.

L'Agence française de développement (AFD) est un établissement public assurant un rôle de banque de développement et établit des partenariats entre des entités publiques et privées. Elle finance des infrastructures telles qu'une extension des réseaux et des systèmes photovoltaïques au Maroc, des projets d'efficacité énergétique en Chine et de cogénération en Afrique du Sud. Elle contribue à l'interconnexion des réseaux énergétiques régionaux en Afrique de l'ouest et fournit un appui institutionnel aux États¹³⁶⁵.

Le Fonds français pour l'environnement mondial (FFEM) réalise des actions pilotes ayant un impact positif dans la lutte contre l'effet de serre tels que des projets d'efficacité énergétique au Liban et en Afghanistan, ainsi que des activités concernant les énergies solaire et éolienne au Maroc¹³⁶⁶.

L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) mène des actions de sensibilisation et de renforcement des capacités auprès des institutions publiques dans le domaine des politiques énergétiques et de la maîtrise de l'énergie, et participe à des opérations d'électrification rurale et périurbaine au Maghreb, en Afrique de l'ouest et au Vietnam¹³⁶⁷.

Ces institutions ont permis la concrétisation de multiples projets en faveur de l'accès à l'énergie. Cependant, leur fragmentation tend vers une dilution des compétences, qui se manifeste dans la sectorialité des planifications.

b) Des planifications sectorielles

Le montant de l'aide publique française au développement en faveur de l'accès à l'énergie s'est élevé annuellement à 120 millions d'euros de 1998 à 2004¹³⁶⁸. La diversité institutionnelle et son champ d'application étendu rendent nécessaire l'établissement de structures permettant de rationaliser les actions. A cette fin, le dispositif fut modernisé en 2004 suite à la révision générale des politiques publiques et un décret du 8 avril 2008 instaurant la fonction de secrétaire d'État chargé de la coopération et de la francophonie, placé sous l'autorité du ministre des affaires étrangères et européennes, disposant d'une compétence transversale, de coordination des différents acteurs de la coopération¹³⁶⁹. Un comité interministériel de la coopération internationale et du développement « définit les orientations de la politique de coopération internationale et d'aide au développement »¹³⁷⁰. En ce sens, il a institué le 20 juillet 2004, la *Conférence d'orientation stratégique et de programmation*, afin de réunir les acteurs publics français de l'aide au développement et coordonner les actions, sous la présidence du ministre chargé de la coopération.

¹³⁶⁵ AFD, *Public Private Partnerships in Water and Electricity in Africa*, jan. 2007, www.afd.fr ; AFD, "Chine : investir dans la maîtrise de l'énergie", Actes du séminaire franco-chinois, Chengdu (Sichuan), 2006

¹³⁶⁶ FFEM, *Financer la lutte contre le changement climatique*, nov. 2009, www.ffem.fr

¹³⁶⁷ FFEM, *L'électrification rurale décentralisée au Maroc*, juin 2006, www.ademe.fr ; " Les plateformes multifonctionnelles ou l'énergie au cœur du village en Afrique subsaharienne ", www.ademe.fr

¹³⁶⁸ MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *La politique française d'aide au développement en matière d'énergie*, CSD-12/13 National Reports, 2004-2005, www.un.org/esa/dsd

¹³⁶⁹ Décret n° 2008-299 du 2 avril 2008 relatif aux attributions déléguées au secrétaire d'État chargé de la coopération et de la francophonie, *JORF* n°79 du 3 avril 2008 p. 5615

¹³⁷⁰ Décret n°98-66 du 4 février 1998 portant création du comité interministériel de la coopération internationale et du développement, *JORF* n°31 du 6 février 1998 p. 1911

Le droit à l'énergie dans la politique étrangère

Alors que ces dispositions aménagent la structure institutionnelle, elles ne permettent pas de disposer d'une ligne directrice commune en matière d'accès à l'énergie¹³⁷¹.

Des traités bilatéraux servent de support pour promouvoir l'accès à l'énergie à l'étranger. En ce sens, l'accord de coopération entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud dans le domaine de l'énergie donne compétence à la Commission mixte franco-sud-africaine pour la coopération éducative, culturelle, sportive, scientifique, technique et énergétique, de contribuer au financement de projets liés à l'énergie en participation avec l'Agence française de développement¹³⁷². Cependant, les actions en matière d'accès à l'énergie se caractérisent par l'absence de stratégie globale¹³⁷³. En réponse à cette situation, le débat national sur les énergies insistait sur la nécessité d'adopter une cohérence dans ce domaine¹³⁷⁴.

Cet appel s'est traduit par l'adoption d'un article 11 dans la POPE, prévoyant que « *le ministre chargé de la coopération et le ministre chargé de l'énergie mettent en place un plan "l'énergie pour le développement" qui mobilise et coordonne les moyens nécessaires pour étendre l'accès aux services énergétiques des populations des pays en développement. Ce plan privilégie la maîtrise de l'énergie et les énergies renouvelables locales* ». Ce plan permettrait de rationaliser les interventions en termes d'accès à l'énergie, l'obligation pour le Gouvernement de rendre compte tous les trois ans à l'OPECST de son état d'avancement contribuant à son efficacité. Cependant, malgré les années écoulées depuis le vote de cette loi, ce plan ne semble pas avoir vu le jour¹³⁷⁵.

Par conséquent, l'action française en faveur de l'accès à l'énergie pourrait être structurée par des lignes directrices communes sur l'accès à l'énergie dans la politique étrangère, afin d'accroître l'efficacité des instances intervenant dans ce domaine. Cet appel est devenu une obligation constitutionnelle depuis l'adoption de la Charte de l'environnement, son article 10 précisant qu'elle a vocation à inspirer l'action internationale de la France. En effet, Michel Prieur remarque que la Charte se réfère au développement durable à deux reprises et qu'« *il s'agit de reconnaître la solidarité entre les générations et entre les peuples* » et que « *des conséquences importantes pourraient être tirées de cette disposition au niveau des relations commerciales internationales et au niveau de la politique d'aide au développement* »¹³⁷⁶. Cependant, cette obligation ne peut être mise en œuvre que sous réserve de respecter des dispositions issues du droit international.

¹³⁷¹ M. LABROUSSE, "Énergie et lutte contre la pauvreté de l'Afrique : l'initiative française se trompe de cible", *Global Chance*, 19/06/2009

¹³⁷² Décret n° 2008-1050 du 10 octobre 2008 portant publication de l'accord de coopération entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud dans le domaine de l'énergie, signé à Cape Town le 28 février 2008, *JORF* n°239 du 12 octobre 2008, p. 15720

¹³⁷³ *Inter alia.*, décret n. 2008-1050 du 10 octobre 2008 portant publication de l'accord de coopération entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud dans le domaine de l'énergie, signé à Cape Town le 28 février 2008, *JORF* n°0239 du 12 octobre 2008, p. 15720

¹³⁷⁴ *Politiques de maîtrise de l'énergie et énergies renouvelables dans les pays en développement - conférence débat*, débat sur les énergies renouvelables, 19/05/2003, www.debat-energie.gouv.fr

¹³⁷⁵ B. LE BAUT-FERRARÈSE, "La loi sur l'énergie du 13 juillet 2005 et les énergies renouvelables", *D.*, 2006, p. 189

¹³⁷⁶ M. PRIEUR, "Droit de l'homme à l'environnement et développement durable", in actes du colloque de Ouagadougou : développement durable leçons et perspectives, du 1er au 4 juin 2004, www.francophonie-durable.org

2) Une intervention encadrée par le droit international

Le principe de non-ingérence dérive de la souveraineté nationale qui a posé les bases du système juridique international qui pourrait constituer un obstacle en faveur du droit à l'énergie (a). Cependant, ce principe est contrebalancé par le concept de responsabilité de protéger, susceptible de sanctionner des manquements graves d'Etats au droit à l'énergie (b).

a) Le principe de non-ingérence

La souveraineté étatique se fonde notamment sur le fait qu' « aucune disposition de la présente charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État »¹³⁷⁷. Elle présente le caractère suprême d'une puissance qui n'est soumise à aucune autre¹³⁷⁸. Par conséquent, le principe de souveraineté étatique impliquerait l'impossibilité pour des Etats d'intervenir dans les affaires internes d'autres États, même en cas de manquements manifestes de ceux-ci au droit à l'énergie¹³⁷⁹.

Ces propos doivent être tempérés puisque selon Kiara Neri : « force est alors de constater que l'État est titulaire, en droit international, d'une forme de droit à l'énergie, qui s'entendrait comme l'exclusivité et la plénitude de la compétence sur les ressources énergétiques de son territoire, sous réserve des règles applicables du droit international »¹³⁸⁰. L'exercice de cette souveraineté serait alors appréhendé comme une prérogative, conditionnée par le respect des droits fondamentaux. Cette interprétation trouve un écho dans la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité du 2 mars 1991 réaffirmant la responsabilité de l'Irak, en vertu du droit international pour « le gaspillage délibéré des ressources naturelles »¹³⁸¹. Dès lors, la souveraineté nationale et la non-ingérence semblent demeurer le principe en droit international, en dehors des cas où l'Etat ferait un usage abusif de cette prérogative, en portant notamment une atteinte disproportionnée aux droits de l'Homme. Cette relativisation du principe de souveraineté nationale trouve ses fondements dans le concept émergent de responsabilité de protéger.

b) La responsabilité de protéger

A la lecture de l'article 2.7 de la Charte des Nations Unies, le principe de non-ingérence présenterait un caractère relatif en ne s'appliquant que « dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ». A contrario, il n'aurait pas vocation à s'appliquer à des faits extérieurs à celles-ci. En ce sens, Pierre-Marie Dupuy considère que les droits

¹³⁷⁷ L. KABALA N'GALA, *Le principe de non-ingérence dans la Charte de l'ONU et celle de l'OUA*, Pontificia Universitas Lateranensis, Extrait de thèse, Rome, 1994 ; G. MAIRET, *Le principe de souveraineté - histoires et fondements du pouvoir moderne*, Folio essais, 1997

¹³⁷⁸ D. ROSENBERG, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Presses du Palais-Royal, thèse droit, Paris, 1983 ; R. POLIN, "Le concept de souveraineté et ses conséquences internationales", in R. DRAGO, *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, fév. 1996, p.5

¹³⁷⁹ K.K. PEASE et D.P. FORSYTHE, "Human rights, Humanitarian Intervention, and World Politics", *Human Rights Quarterly*, 1993, p.296 ; J. FREUND, *L'essence du politique*, Sirey, Paris, 1965, p.128 ; A. BOUZOUBAÂ, *L'État souverain entre le principe de la non-intervention et le droit d'ingérence*, Université de Perpignan, centre d'études et de recherches juridiques sur les espaces méditerranéen et africain francophones, Thèse, 2008, p. 74

¹³⁸⁰ K. NERI, "Le droit à l'énergie, un nouveau droit de l'Homme ?", *préc.*, p.339

¹³⁸¹ Résolution 687 (1991) du 2 mars 1991 du Conseil de sécurité, pt. 16 ; S. SUR, "La résolution 687 (3 avril 1991) du Conseil de sécurité dans l'affaire du Golfe : problèmes de rétablissement et garantie de la paix", *AFDI*, n° 37, 1991, p.25-97

Le droit à l'énergie dans la politique étrangère

de l'Homme, de par leur universalité, présentent un intérêt supérieur aux intérêts nationaux et transcendent la souveraineté de l'État¹³⁸². De cette conception est née la notion de « *droit d'ingérence* » défini par Sandrine Perrot comme le « *droit des États de violer la souveraineté nationale d'un autre État, en cas de violation massive des droits de la personne* »¹³⁸³.

L'ingérence n'est pas un concept juridique et n'est pas reconnue par le droit humanitaire. Dans un sens commun, elle signifie intervenir, sans y être invité. L'intervention humanitaire peut quant à elle être définie comme « *une action coercitive engagée par un gouvernement extérieur ou un agent autorisé contre un autre État, ou au sein de celui-ci, afin d'atténuer ou d'éviter une crise humanitaire de grande ampleur* »¹³⁸⁴. Elle constitue la reprise et l'extension de la notion d'intervention d'humanité autorisant au XIX^e siècle une grande puissance à agir dans le but de protéger ses ressortissants ou des minorités. Elle est présentée par Hugo Grotius comme « *le droit accordé à la société humaine* » d'intervenir dans le cas où un tyran « *ferait subir à ses sujets un traitement que nul n'est autorisé à faire* »¹³⁸⁵.

Les partisans du droit d'ingérence défendent l'idée qu'une violation massive des droits de la personne doit conduire à la remise en cause de la souveraineté des États et permettre l'intervention d'acteurs extérieurs, humanitaires notamment. La souveraineté nationale aurait ainsi pour contrepartie un « *devoir d'assistance à peuple en danger* », s'inscrivant dans la « *redéfinition d'un cadre mondial idéalement régi par des principes de démocratie, d'État de droit et de respect de la personne humaine* »¹³⁸⁶. Il génère l'opposition de certains juristes à cause de ses contours imprécis, pouvant conduire à des interventions impérialistes sous couvert de justifications humanitaires¹³⁸⁷. Pour ces raisons, Douglas Stuart propose sept directives visant à encadrer son utilisation : la Communauté internationale a le droit et le devoir d'intervenir dans les crises humanitaires de grande ampleur ; l'autorisation du Conseil de sécurité devrait être systématiquement requise pour toute intervention ; l'ONU devrait avoir la responsabilité de déterminer si une situation est considérée comme une crise humanitaire de grande ampleur ; en cas d'intervention, le recours à la force militaire ne pourrait intervenir qu'en dernier ressort, de manière proportionnée et non discriminatoire ; les décisions concernant le lieu et le moment de l'intervention devraient être impartiales et guidées par le souci d'atténuer les souffrances humaines ; les gouvernements entreprenant une action humanitaire auraient la responsabilité d'aider à la reconstruction et à la réhabilitation du pays ; la communauté internationale devrait fournir aux Nations Unies les ressources nécessaires pour mener leurs missions d'enquête, assurer la protection du personnel

¹³⁸² P.-M. DUPUY, "La souveraineté de l'État et le droit des Nations Unies", in R. DRAGO, *Souveraineté de l'État et interventions internationales*, Dalloz, 1996, p.23-31

¹³⁸³ S. PERROT, "Devoir et droit d'ingérence", Réseau francophone de recherche sur les opérations de paix, Université de Montréal, *Opérations de paix*, www.operationspaix.net

¹³⁸⁴ D. STUART, "Droits de l'homme: concilier le principe de non-intervention et les droits de l'homme", *Chronique ONU*, n° 2, 2001, www.un.org

¹³⁸⁵ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, 1689

¹³⁸⁶ S. PERROT, "Devoir et droit d'ingérence", *préc.*

¹³⁸⁷ Y. MENNA, "Le « droit d'ingérence humanitaire » : Réflexions sur un paradoxe", Texte réalisé dans le cadre du cours de Politique étrangère et aide humanitaire – Diplôme d'études spécialisées en Sciences politiques et Relations internationales (2002-2003) – Faculté des Sciences économiques, sociales et politiques, Département des Sciences politiques et sociales, Unité de Science politique et de Relations internationales, Université Catholique de Louvain

humanitaire et, dans des conditions extrêmes, entreprendre une action militaire coercitive¹³⁸⁸.

Cependant, la dénomination de principe d'ingérence inspire également l'opposition de petits États dont l'indépendance vis-à-vis des grandes puissances n'a été gagnée qu'au prix d'une longue lutte. Par conséquent, le « *droit d'assistance humanitaire* » pourrait lui être préféré. Cette acception fut pourtant rejetée lors du sommet des chefs d'État du G77 de la Havane en 2000 car jugée incompatible avec la Charte des Nations Unies. Pourtant, elle fait l'objet d'un soutien croissant par la Communauté internationale, Kofi Annan affirmant en 1999 que « *le droit à la souveraineté des États est actuellement redéfini (...) En même temps, la souveraineté de la personne (...) a été renforcée par une prise de conscience accrue des droits de l'homme* ». Dans le rapport du Millénaire de 2000, le Secrétaire général des Nations Unies enjoint le Conseil de sécurité d'agir au nom de la Communauté internationale à l'encontre les crimes contre l'humanité. Ses appels se sont traduits en 2001, par la rédaction d'un rapport par la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États (CIISE) du Gouvernement canadien intitulé « *la responsabilité de protéger* »¹³⁸⁹. La France a quant à elle promu les résolutions 43/131 du 8 décembre 1988 instituant une « *assistance humanitaire aux victimes de catastrophes naturelles et de situations d'urgence* » et 45/100 du 14 décembre 1990 prévoyant la mise en place de « *couloirs humanitaires* » qui réaffirment le principe de souveraineté des États, tout en prévoyant des mesures d'intervention¹³⁹⁰.

Par conséquent, une « *responsabilité de protéger* » tend à s'affirmer dans le droit international en complément du principe de souveraineté étatique, afin de légitimer une action internationale en cas de manquement par les États aux droits de l'Homme envers leur population. Dès lors, cette notion pourrait s'appliquer au droit à l'énergie, en tant que droit fondamental naissant, et ainsi permettre une action de la communauté internationale envers des États qui manqueraient de manière grave et persistante à leurs obligations¹³⁹¹.

La France s'avère donc en mesure de promouvoir le droit à l'énergie dans sa politique extérieure en s'accordant avec les États sur les modalités de cette reconnaissance, voire de manière exceptionnelle, en invoquant sa responsabilité de protéger en cas de manquement par un État à ce droit à l'égard de sa population. Ce constat invite à s'intéresser aux moyens de contrôle existants pour inciter à cette reconnaissance dans la politique étrangère.

B. Le contrôle du droit à l'énergie

Le contrôle juridique du droit à l'énergie dans la politique étrangère de la France peut être réalisé par des autorités nationales (1) et de l'Union (2).

¹³⁸⁸ D. STUART, "Droits de l'homme : concilier le principe de non-intervention et les droits de l'homme", *Chronique ONU*, n° 2, 2001, www.un.org

¹³⁸⁹ CIISE, *La responsabilité de protéger*, Lavoisier librairie, janv. 2001 ; SFDI, *La responsabilité de protéger*, 41ème colloque à l'Université de Paris X Nanterre, Pedone, 2008

¹³⁹⁰ AGNU, résolution A/RES/43/131 du 18 déc. 1988, assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre ; AGNU, résolution A/RES/45/100 du 14 déc. 1990, assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre

¹³⁹¹ V. HUET, "Les circonstances excluant l'illicéité et le recours à la force", *JDI*, n° 1, doct. 3, janv. 2008,

1) Un contrôle national

Le juge national semble pouvoir être saisi dans deux cas de figures pour contrôler le respect du droit à l'énergie dans la politique extérieure de la France. D'une part, un contrôle pourrait intervenir en cas de manquement de l'administration à son obligation de promouvoir le droit à l'énergie (a). D'autre part, une sanction pourrait s'appliquer en cas de violation manifeste du droit à l'énergie dans la politique extérieure de la France (b).

a) L'abstention fautive au droit à l'énergie

La question est de savoir si l'absence d'intervention de la France pour promouvoir le droit à l'énergie dans sa politique étrangère pourrait engager sa responsabilité sur le terrain de la faute. L'inexécution fautive est définie par Marcel Planiol comme « *un manquement à une obligation préexistante* » et peut être constatée par le juge administratif dans le cadre du contentieux de pleine juridiction, par la saisine de toute personne se prétendant titulaire d'une créance de responsabilité à l'égard de l'administration, sur le régime de la responsabilité pour faute¹³⁹². Elle se fonderait sur la faute de service et exigerait un fait générateur, un préjudice, et un lien direct de causalité.

Une illustration du propos pourrait résider dans l'article 11 de la loi POPE, prévoyant que « *le ministre chargé de la coopération et le ministre chargé de l'énergie mettent en place un plan " L'énergie pour le développement " qui mobilise et coordonne les moyens nécessaires pour étendre l'accès aux services énergétiques des populations des pays en développement. (...) Le Gouvernement rend compte tous les trois ans à l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques de l'état d'avancement du plan* ». Cette disposition pourrait être appréhendée comme le fait générateur d'un litige. En effet, la particularité de ce plan tient à son absence de mise en œuvre par le pouvoir réglementaire¹³⁹³. Or, l'administration se trouve dans une compétence liée, elle est tenue de prendre une décision dans un sens déterminé. A défaut, son abstention caractérise une illégalité, or toute illégalité est constitutive d'une faute¹³⁹⁴. Le requérant devrait alors apporter la preuve d'un préjudice indemnizable direct, actuel et certain, présentant un certain degré de gravité¹³⁹⁵.

Le Conseil d'État reconnaît aux ONG la possibilité d'agir au nom de l'intérêt collectif depuis 1906, afin de défendre les intérêts matériels et moraux en rapport avec leur objet¹³⁹⁶. Dès lors, une ONG ayant pour objet de défendre le droit à l'énergie pourrait apporter la preuve d'un préjudice moral lié à cette faute et ainsi engager la responsabilité administrative en cas de lien direct.

¹³⁹² CE, 23 oct. 1981, *Épx Macé* : *RD publ.* 1982, p. 84 ; CE, 29 oct. 1930, *Rosselin* : *Rec. CE* 1930, p. 872 ; CE, 10 janv. 1947, *Bivois et Cie l'Urbaine et la Seine* : *Rec. CE* 1947, tables, p. 667 ; CAA Paris, 1er juill. 1992, *Société Jacques Dangeville*,

¹³⁹³ Réponse de l'ADEME en date du 19 janvier 2010

¹³⁹⁴ CE, sect., 22 janv. 1973, *Rec. CE* 1973, p. 77 ; *AJDA* 1973, n° 66, p. 245 et 277, obs. CABANES et LÉGER ; CAA Douai, 21 mai 2002, *Sté Jean Behotas* : *AJDA* 2003, p. 232

¹³⁹⁵ TA Orléans, 14 juin 1974, *Belot*, *Rec. CE* 1974, p. 722, n° 74 ; TA Caen, 16 oct. 1972, *Synd. de Défense contre la pollution atmosphérique autour de la zone portuaire de Caen, c/ Min. ind.* : *JCP G* 1973, II, 17351, n° 39 et 69 ; TA Rouen, 5 sept. 1980, *Le Gallic c/ Min. env.*, n° 57 ; TA Strasbourg, 2 déc. 2009, *Moroff c/ Préfet Bas-Rhin*, n° 0404347 ; D. GILLIG, "Refus d'indemniser le tiers qui subit un préjudice lié au fonctionnement d'une installation classée", *Env.*, n° 2, comm. 14, fév. 2010

¹³⁹⁶ CE, 28 déc. 1906, *Synd. Des patrons-coiffeurs de Limoges*, p. 977, concl. ROMIEU, §1907 ; CE, 26 mai 1976, *Assoc. SOS Paris*, p. 281 ; CE, 25 avril 1934, *Ligue nationale contre l'alcoolisme*, p. 493

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

Conformément au principe de réparation par équivalent, le juge ne pourrait accorder qu'une indemnisation pécuniaire au requérant¹³⁹⁷. Cependant, le juge pourrait se fonder sur l'article L.911-1 du code de justice administrative pour enjoindre l'administration d'exécuter ce plan, celui-ci disposant que « *lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution* ». Dès lors, il n'est pas exclu que l'administration puisse engager sa responsabilité dans des cas où elle s'abstiendrait de promouvoir le droit à l'énergie dans sa politique extérieure.

Cette remarque invite à prolonger l'exégèse en étudiant les possibilités de recourir en cas de violation manifeste de l'administration au droit à l'énergie dans sa politique extérieure.

b) La violation manifeste du droit à l'énergie

Selon la théorie du contentieux administratif développée par Edouard Laferrière, deux branches doivent être distinguées relativement au « *contentieux de l'annulation* » et au « *contentieux de pleine juridiction* »¹³⁹⁸. Ces deux voies pourraient être appréhendées pour un contrôle juridictionnel du droit à l'énergie dans la politique étrangère.

Le contentieux de l'annulation se manifeste essentiellement par le recours en excès de pouvoir présenté comme « *un procès fait à un acte* »¹³⁹⁹. Il constitue un recours objectif dans le sens où son auteur ne tend qu'à la légalité de l'acte attaqué. En cela, René Chapus le qualifie de « *recours d'utilité publique* » parce qu'il a pour objet de sauvegarder la légalité¹⁴⁰⁰. Une requête pourrait alors viser un règlement portant atteinte au droit à l'énergie dans le cadre de la politique extérieure de la France (embargo sur des produits énergétiques générant des troubles particulièrement graves pour les populations, réduction quantitative ou qualitative de l'approvisionnement en énergie, taxation excessive...). Pour cela, l'acte devrait émaner d'une autorité administrative française, être unilatéral et faire grief¹⁴⁰¹. Le recours pourrait être intenté par une ONG de défense du droit à l'énergie ou un ressortissant étranger touché par l'acte. L'illégalité pourrait être retenue à condition de contrarier une règle de rang hiérarchique supérieur¹⁴⁰². Celle-ci pourrait porter sur le principe de valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme de dégradation, ou sur l'alinéa 10 du Préambule de 1946 reconnaissant que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* »¹⁴⁰³. La requête pourrait également se baser sur la

¹³⁹⁷ CE, 17 mai 1946, *Min. TP c/ Cne Vieux Boucau*, *Rec. CE* 1946, p. 135 ; CE, 2 juill. 1956, *Derrien* : *Rec. CE* 1956, p. 284 ; CE, 2 nov. 1963, *Barthélémy* : *Rec. CE* 1963, p. 548 ; CE, 20 avril. 1966, *Sté éts Marcesche* : *Rec. CE* 1966, tables, p. 1065 ; CE, sect., 6 janv. 1971, *Louvet* : *RD publ.* 1971, p. 1471, note M. WALINE ; *AJDA* 1971, p. 679, note F. MODERNE ; M. PAILLET et E. BREEN, "Recours en responsabilité", *JCLA*, fasc. 1124, 19/02/2008

¹³⁹⁸ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et cie, 2è. éd., Paris, 1896, t.1, p. 15

¹³⁹⁹ *Ibidem*, t.2, p. 561

¹⁴⁰⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13è ed, 2008, p. 230

¹⁴⁰¹ J. GEORGEL, "Recours pour excès de pouvoir - Conditions particulières de recevabilité", *JCLA*, fasc. 1140, 1996

¹⁴⁰² D. PÉANO, "Recours pour excès de pouvoir - Contrôle de la légalité interne", *JCLA*, fasc. 1152, 27/11/2006

¹⁴⁰³ Le Conseil constitutionnel reconnaît depuis la décision *liberté d'association* que les normes de références de son contrôle portent sur l'ensemble des dispositions contenues dans les textes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution de 1958 : Cons. const., 16 juill. 1971, déc. n° 71-44 DC, *Rec. Cons. const.* 1971, p. 19

Le droit à l'énergie dans la politique étrangère

Convention européenne des droits de l'Homme, notamment l'article 2§1 sur le droit à la vie, l'article 3 relatif au traitement dégradant, et l'article 8 concernant le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit au respect du domicile¹⁴⁰⁴. En cas de reconnaissance de la violation, l'acte serait considéré comme « *ayant été et restant annulé* »¹⁴⁰⁵.

Une responsabilité pour faute pourrait éventuellement être retenue à l'encontre de l'administration, lorsqu'un requérant présenterait un intérêt à agir à l'encontre d'un acte administratif violant le droit à l'énergie. Lorsque l'acte litigieux serait une loi, la question prioritaire de constitutionnalité de l'article 61-1 de la Constitution pourrait être invoquée¹⁴⁰⁶. L'alinéa 10 du Préambule de 1946 et le principe de sauvegarde de la dignité humaine pourraient servir de fondements de référence, celui-ci étant également appréhendé comme un droit subjectif¹⁴⁰⁷. S'il s'agit d'un règlement, le contrôle pourrait porter sur ces mêmes fondements ou sur les articles précités de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁴⁰⁸. Dans le premier cas, la disposition inconstitutionnelle serait abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil tandis qu'elle ne bénéficierait que de l'autorité relative de la chose jugée dans le second cas¹⁴⁰⁹. Au même titre que pour l'abstention fautive, le requérant devrait apporter la preuve d'un préjudice indemnisable : direct, actuel et certain, présentant un certain degré de gravité, et la preuve d'un lien direct entre la faute et le préjudice.

En cas d'échec, le recours pourrait se prolonger devant la Cour européenne des droits de l'Homme, sur le fondement des articles 2§1, 3 et 8, conformément aux articles 1 et 34 reconnaissant le recours des personnes physiques et des ONG, quelle que soit leur nationalité ou leur statut juridique¹⁴¹⁰.

Différents moyens juridiques pourraient donc être invoqués devant le juge national pour sanctionner des atteintes au droit à l'énergie par l'administration dans sa politique extérieure. Des

¹⁴⁰⁴ Cons. const., 19 janv. 1995, n° 94-359 DC, *Rec. Cons. Const.* 1995, p. 176 ; *RFD const.* 1995, p. 582, note P. GAÏA ; *AJDA* 1995, p. 455, note B. JORION ; *LPA* 7 juin 1995, p. 9, comm. B. MATHIEU ; *D.* 1995, chron. p. 284, par H. PAULIAT

¹⁴⁰⁵ CE, 24 juin 1963, *Darcel*, *Rec.p.*394

¹⁴⁰⁶ Const., art. 61-1: « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* » ; Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* n°0287 du 11 déc. 2009 p. 21379 ; "La question prioritaire de constitutionnalité", *AJDA*, dossier spécial, 25/01/2010, p.74-96 ; C. HUGLO, "Un nouvel horizon pour le droit de l'environnement : la question prioritaire de constitutionnalité", *Env.*, n°2, repère 2, fév. 2010

¹⁴⁰⁷ Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* du 9 novembre 1958 p. 10129, art. 23-1 ; P. BON, "La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009", *RFDA*, nov.-déc. 2009, p.1112-1113 ; T. S. RENOUX, "Si le grain ne meurt...", *RFDC*, 1993, p.283 ; B. MATHIEU, "Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droits de la bioéthique: le principe de dignité et les interventions sur le génome humain", *RDP*, janv. fév. 2009, p.93-111 ; M.L. PAVIAT, "La découverte de la dignité de la personne humaine", in M.L. PAVIAT et T. REVET (DIR.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p.22

¹⁴⁰⁸ Lorsque ces moyens sont simultanément invoqués, la question de la constitutionnalité doit prioritairement être étudiée: ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *préc.*, art. 23-2

¹⁴⁰⁹ P. BON, "La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009", *RFDA*, nov.-déc. 2009, p.1107-1124

¹⁴¹⁰ G. COHEN-JONATHAN et J. BENZIMRA-HAZAN, "Convention européenne des droits de l'Homme - Caractères généraux - Système international de contrôle", *JCL Europe*, fasc. 6500 à 6510, 02/08/2001

voies complémentaires peuvent également être engagées dans le cadre des instruments de contrôle du droit de l'Union.

2) Un contrôle de l'Union

Le droit originaire de l'UE s'est progressivement renforcé, afin d'encadrer l'action extérieure des États membres, ce contrôle pouvant être opéré par le Conseil (a) et par le juge (b).

a) La responsabilité devant le Conseil

L'article 7 du TUE permet de constater un « *risque clair de violation grave par un État membre* » des valeurs de l'Union, constituées selon l'article 2 du respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'État de droit et du respect des droits de l'Homme. Il se traduit par la possibilité pour le Conseil de l'UE d'entendre l'État et de lui adresser des recommandations. La mise en œuvre de cette procédure requiert un vote à la majorité des quatre cinquièmes au sein du Conseil, sur saisine d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission. En cas de « *violation grave et persistante* » de ces valeurs, la procédure relève du Conseil européen. Elle peut être engagée par un vote à l'unanimité du Conseil européen après approbation du Parlement, sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission. Ce constat peut être suivi d'une suspension de certains droits découlant des traités et notamment des droits de vote au Conseil.

Bien qu'innovante, cette procédure demeure soumise à des conditions formelles rigoureuses et solennelles¹⁴¹¹. Cependant, Gérard Soulier remarque que « *la signification juridique d'une sanction ne résulte pas de son application ; c'est par son existence même qu'elle est d'abord porteuse de sens, en donnant toute leur force aux principes ou valeurs qu'elle a vocation de garantir* »¹⁴¹². Cette prérogative fut employée par le passé suite à la participation d'un parti populiste à la coalition autrichienne, conduisant les États à autoriser le Conseil à constater l'existence d'un risque clair de violation grave des valeurs de l'Union et à lui adresser des recommandations appropriées¹⁴¹³. Le traité de Lisbonne l'a allégé et dédramatisé puisque ce n'est plus le Conseil réuni au niveau des chefs d'État et de gouvernement qui constate l'existence d'une violation grave des valeurs mais le Conseil en formation simple¹⁴¹⁴. Cette procédure pourrait donc être employée en cas de risque avéré de violation du droit à l'énergie par un Etat dans sa politique extérieure. Elle pourrait être complétée par un contrôle juridictionnel.

¹⁴¹¹ P.-Y. MONJAL, "Constatation politique du manquement aux principes de l'Union", *RDUE*, n°3, 1998, p.69 ; I. PINGEL-LENUZZA, "La garantie politique", in F. SUDRE et H. LABAYLE (DIR.), *Réalités et du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.429 ; D. SIMON, "La Convention européenne des droits de l'homme et l'Union européenne, de Maastricht à Amsterdam, aliquid novi ? Quid juris ?" in B. HALLER, H.C. KRUGER et H. PETZOLD, *Law in a greater Europe, Towards a Common Legal Area, Studies in Honour of Heinrich Klebes*, Dordrecht Kluwer, 2000, p.227 ; D. O'KEEFE AND A. BAVASSO, "The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law", *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hartley*, Kluwer, La Haye, *Judicial Review in European union Law*, 2000

¹⁴¹² G. SOULIER, "Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale", *Revue de science criminelle*, 1998, p.237

¹⁴¹³ J. RIDEAU, "Ordre juridique de l'Union européenne", *JCL Europe*, 30/11/2006, pt. II-A-1°

¹⁴¹⁴ F. KAUFF-GAZIN, "Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne : un bilan contrasté", *Europe*, n°7, dossier 5, Juill. 2008

b) La responsabilité devant le juge

Une violation du droit à l'énergie dans la politique extérieure de la France semble pouvoir bénéficier du contrôle juridictionnel de la CJUE lorsqu'elle s'inscrit dans un accord mixte. Ce cas de figure pourrait se présenter lorsque la France et l'UE s'engagent à promouvoir l'accès à l'énergie dans un Etat tiers. Les précédents développements ont fait état d'une obligation de coopération entre les Etats et l'Union dans ce type d'engagement¹⁴¹⁵. Or, en cas de violation du droit à l'énergie par la France, la Commission européenne serait en mesure d'engager un recours en manquement à son encontre. Le caractère fautif de l'acte pourrait être renforcé en invoquant la Charte des droits fondamentaux, et notamment l'article 1 relatif à la dignité humaine, l'article 7 sur le droit au respect de la vie privée et familiale, et l'article 35 reconnaissant « *un niveau élevé de protection de la santé humaine [...] dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union* »¹⁴¹⁶.

La CEDH pourrait également servir de référence puisque les droits et les libertés qu'elle reconnaît font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux¹⁴¹⁷. Les moyens pourraient se fonder sur l'article 3 relatif aux traitements inhumains ou dégradants, l'article 8 relatif au respect de la vie privée et familiale et au droit au respect du domicile, et l'article 2§1 concernant le droit à la vie¹⁴¹⁸. De la même manière, le contrôle pourrait se porter sur l'article 3§5 du TUE disposant que « *dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies* ». La Cour de justice semble donc disposer de compétences pour contrôler le respect du droit à l'énergie dans la politique extérieure française, lorsqu'elle met en œuvre des engagements de l'Union.

Par conséquent, bien que le système juridique français demeure embryonnaire quant à l'obligation de promouvoir le droit à l'énergie dans la politique étrangère, un ensemble de moyens concourent à sa réalisation et des mécanismes de contrôle semblent pouvoir être mis en œuvre pour garantir son effectivité. Ce constat invite à poursuivre la même analyse dans le cadre du système juridique de l'UE.

¹⁴¹⁵ CJCE, 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03, *Rec.* p. I-4657, note F. MARIATTE, Europe, juill. 2006 ; N. LAVRANOS, *European Constitutional Law Review*, 2006, p. 456-469 ; S. MALJEAN-DUBOIS et J. C. MARTIN, *préc.*; C. NOUZHA, "L'affaire de l'usine mox (Irlande c. Royaume-uni) devant le tribunal international du droit de la mer : quelles mesures conservatoires pour la protection de l'environnement ?", *Actualité et droit international*, 2002, www.ridi.org ; S. NEFRAMI, "La mixité éclairée dans l'arrêt "MOX" du 30 mai 2006 : une double interaction, un triple apport", *RDUE*, n° 3, 2007, p.687-713

¹⁴¹⁶ CJCE, 11 oct. 2007, aff. C-117/06, *Möllendorf et Möllendorf-Niehuus Rec.* 2007, I, p. 8361, pt 78 ; CJUE, ord., 12 nov. 2010, aff. C-339/10, *Estov, Ivanova et Kemko International EAD c/ Ministerski savet na Republika Bulgaria*, note A. RIGAUX, *Europe*, n° 1, janv. 2011, comm. 1

¹⁴¹⁷ TUE, art. 6

¹⁴¹⁸ TUE, art. 6§3

II. Le cadre européen

En complément des interventions étatiques, l'UE peut encourager le droit à l'énergie dans sa politique extérieure. Ce sujet conduit à s'intéresser aux fondements juridiques invocables pour promouvoir cette action (A), et à préciser les contrôles juridiques applicables en la matière (B).

A. Les fondements juridiques du droit à l'énergie

L'incitation au droit à l'énergie dans la politique extérieure de l'Union peut être fondée sur la politique étrangère (1) et la politique de coopération au développement (B).

1) La politique étrangère

L'UE peut intervenir sur la base de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) pour promouvoir le droit à l'énergie dans son action extérieure. Ce fondement présente l'avantage de disposer d'un champ d'application étendu (a) mais souffre d'un contrôle juridictionnel réduit (b).

a) Un champ d'application étendu

L'UE bénéficie d'une liberté d'action pour intervenir en dehors de ses frontières puisque l'article 24§1 du TUE dispose que « *la compétence de l'Union en matière de politique étrangère et de sécurité commune couvre tous les domaines de la politique étrangère ainsi que l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union* ». L'article 21 du TUE précise les modalités de cette intervention en disposant que la PESC repose et promeut les principes de la démocratie, de l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'Homme et les libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et les principes de la Charte des Nations unies et du droit international.

En sus des conventions internationales, des instruments unilatéraux peuvent promouvoir les droits de l'Homme. Les « *déclarations* » disposent d'une place essentielle, leur recours avoisinant parfois la centaine chaque année. Elles peuvent condamner ou à l'inverse saluer les progrès effectués par les États dans un domaine¹⁴¹⁹. Les « *démarches* » ont un objet similaire mais sont confidentielles et réservées aux partenaires économiques importants¹⁴²⁰. L'article 25 du TUE permet de définir des orientations générales, des actions à mener et des positions à prendre à l'égard des États tiers, la pratique démontrant l'absence de distinction clairement établie entre ces différents moyens¹⁴²¹. L'intervention peut également résider dans des sanctions économiques en cas de violation de droits de l'Homme.

Le Parlement européen est exclu de la PESC mais élabore chaque année près de quatre-vingt résolutions concernant la protection des droits de l'Homme¹⁴²². Il peut également questionner et adresser des recommandations au Conseil mais ses réponses stéréotypées marquent les limites de

¹⁴¹⁹ M. FOUWELS, "The European Union's Common Foreign and Security Policy and Human Rights", *NQHR*, n°15, n°3, sept. 1997, p.289-299

¹⁴²⁰ J.-F. FLAUSS, "Droits de l'Homme et relations extérieures de l'Union européenne", in S. LECLERC, J.-F. AKANDJI-KOMBE et M.-J. REDOR, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, p.148-149

¹⁴²¹ E. DECAUX, "La PESC et la diplomatie des droits de l'homme", in A. FENET et A. SINAY-CYTERMANN, *Union européenne : intégration et coopération*, PUF, 1995, 237

¹⁴²² TUE, art. 24§1 al. 1

Le droit à l'énergie dans la politique étrangère

cet instrument¹⁴²³. Cette situation a conduit à la proposition du rapport Imbeni d'instaurer une obligation d'action lorsque le Conseil européen serait saisi d'une résolution adoptée à la majorité des deux tiers des membres du Parlement¹⁴²⁴.

Alors que la PESC offre un fondement aux opportunités d'action étendues du fait de l'absence de contrainte matérielle, géographique et politique, le Conseil n'a jusqu'à présent pas pris la mesure de cette compétence pour développer une politique ambitieuse de promotion du droit à l'énergie. Pourtant, une dynamique pourrait être insufflée par la création d'un bureau des droits de l'Homme assuré par le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité tel que le propose l'Agenda du Comité des sages de l'académie de droit européen¹⁴²⁵. Ce fondement s'avèrerait d'autant plus avantageux pour le Conseil, que la Cour de justice ne bénéficie que de compétences réduites dans ce domaine.

b) Un contrôle juridictionnel limité

L'article 275 du TFUE affirme un principe d'incompétence de la Cour de justice concernant les mesures adoptées sur le fondement de la PESC. Par exception, elle peut exercer un contrôle de délimitation entre les attributions relevant de l'Union et la PESC. Elle peut également se prononcer sur les mesures restrictives adoptées par le Conseil à l'encontre des personnes physiques ou morales. Cette situation s'avère problématique pour l'effectivité du droit et l'adhésion de l'UE à la CEDH pourrait assurer une garantie renforcée, par un contrôle de la CEDH sur l'ensemble de la PESC¹⁴²⁶.

Jean-François Flauss entrevoit comme palliatif, la possibilité d'un contrôle par ricochet dans le cadre de mesures relevant de sa juridiction. Un premier cas serait fondé sur une action en matière de politique étrangère bénéficiant de financements au titre de la politique de coopération au développement. Une méconnaissance du droit à l'énergie permettrait d'invalider ces financements et de vider de sa substance l'action relevant de la PESC. Un second cas consisterait à opérer un contrôle juridictionnel de la validité des sanctions économiques ou commerciales édictées à l'encontre d'un État tiers qui méconnaîtrait le droit à l'énergie, dans la mesure où ces sanctions seraient prises sur le fondement de la politique de coopération au développement¹⁴²⁷.

Ces cas d'exceptions conduisent à rechercher des fondements complémentaires pour promouvoir le droit à l'énergie hors des frontières européennes.

2) La politique de coopération au développement

La politique de coopération au développement peut constituer un moyen efficace pour promouvoir le droit à l'énergie. Cependant, elle présente une limite liée au fait qu'elle ne peut avoir

¹⁴²³ J.-F. FLAUSS, "Droits de l'Homme et relations extérieures de l'Union européenne", *préc.*, p.152

¹⁴²⁴ R. IMBENI., *Rapport du Parlement européen sur le rapport de la Commission sur la mise en œuvre des actions de promotion des droits de l'homme et de la démocratisation (pour l'année 1995)*, n°A4-0381/97, Parlement européen, déc. 1997

¹⁴²⁵ ACADEMY OF EUROPEAN LAW, *A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*, European University Institute, Florence, 2000

¹⁴²⁶ F. KAUFF-GAZIN, "Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne : un bilan contrasté", *Europe*, n° 7, dossier 5, juill. 2008

¹⁴²⁷ J.-F. FLAUSS, "Droits de l'Homme et relations extérieures de l'Union européenne", *préc.*, p.156

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

pour objet principal de soutenir les droits de l'Homme¹⁴²⁸. Ce postulat est à l'origine de la notion de « *clause des droits de l'Homme* » qui peut servir de vecteur pour promouvoir le droit à l'énergie (a), bien que la marge de manœuvre des autorités européennes demeure limitée dans ce domaine (b).

a) Un système fondé sur la « *clause des droits de l'Homme* »

La controverse a longtemps porté sur la capacité de l'Union à établir une politique extérieure spécifique en faveur des droits de l'Homme¹⁴²⁹. La Cour de justice y a répondu en reconnaissant la validité des accords se référant aux droits de l'Homme, à condition qu'ils ne constituent pas un domaine d'action spécifique¹⁴³⁰. La méthode se traduit par l'intégration d'une « *clause des droits de l'homme* » dans les accords externes conclus avec l'UE dont la validité fut reconnue par la Cour, dans un arrêt du 3 décembre 1996¹⁴³¹. Elle établit un principe de conditionnalité, subordonnant l'exécution des accords au respect et à la promotion des droits de l'Homme¹⁴³². Cette clause est désormais généralisée et standardisée tant dans le cadre des accords de coopération que d'association¹⁴³³. Au même titre que son contenu, les mesures restrictives font l'objet d'un schéma préétabli, selon la gravité des violations (modification du contenu des programmes de coopération ; réduction des programmes de coopération culturelle, scientifique et technique ; suspension des contrats bilatéraux à haut niveau ; ajournement de nouveaux progrès dans la coopération ; refus de donner suite à de nouveaux projets ; embargos commerciaux ; suspension des ventes d'armes ; interruption de la coopération militaire ; suspension de la coopération)¹⁴³⁴. Par conséquent, l'accord peut être partiellement voire totalement suspendu, par référence à la notion de violation substantielle prévue dans l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Ce fondement présente l'avantage d'une pleine compétence de la Cour de justice conformément à l'article 256 du TFUE. A cet effet, la Cour considère que cette clause constitue : « *un facteur important pour exercer le droit d'obtenir, en vertu du droit international, la suspension ou la cessation d'un accord de coopération au développement lorsque le pays tiers n'a pas respecté les droits de l'homme* »¹⁴³⁵. Sa violation pourrait être appréhendée comme une violation des normes coutumières générales¹⁴³⁶. En revanche, elle n'est susceptible de s'appliquer qu'en cas de violations

¹⁴²⁸ CJCE, 3 déc. 1996, *République du Portugal c./ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-268/94, *Rec.* p. 6207, concl. Avocat général A. de LA PERGOLA

¹⁴²⁹ Proposition de règlement (CE) du Conseil concernant le développement et la consolidation de la démocratie et de l'état de droit ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, COM 97/357, *JOCE* C-282 du 18/09/1997 p.14 ; voir également l'avis d'initiative du Comité économique et social du 24 avril 1997, *Bull. UE* n°4/1997, p. 11

¹⁴³⁰ CJCE, 3 déc. 1996, *République du Portugal c/ Conseil de l'Union européenne*, *préc.*

¹⁴³¹ *Ibidem* ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, "L'identité de l'Union européenne : les valeurs aux prises avec les politiques", 2010, <http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org>

¹⁴³² D. DELAPLACE, "L'Union européenne et la conditionnalité de l'aide au développement", *RTDE*, n°3, 01/07/2001, p.609-626 ; C. FLAESCH-MOUGIN, "Relations de la Communauté européenne avec les Pays d'Amérique latine et d'Asie (ALA) - cadre général", *JCL Europe*, 01/07/2005, pt. IV-B-1°

¹⁴³³ J. RIDEAU, "La conditionnalité dans les accords d'association", in M.F. CHRISTOPHE-TCHAKALOPP, *Le concept d'association dans les accords posés par la Communauté: essai de clarification*, Colloque, Paris V, 1998 ; K. POLLER, "Human Rights Clauses in Agreements between the European Union and Central and Eastern European Countries", *Revue des affaires européennes*, n°3, 1997, p.290-301

¹⁴³⁴ J.-F. FLAUSS, "Droits de l'Homme et relations extérieures de l'Union européenne", *préc.*, p.161

¹⁴³⁵ CJCE, 3 déc. 1996, *Portugal c./ Conseil*, *préc.*

¹⁴³⁶ J.-F. FLAUSS, "Droits de l'Homme et relations extérieures de l'Union européenne", *préc.*, p.166

Le droit à l'énergie dans la politique étrangère

massives, son recours n'étant envisagé qu'à titre d'*ultima ratio*.

Le traité de Lisbonne n'apporte pas d'innovation particulière au profit du Parlement dans ce domaine de compétence limitée. Dès lors, celui-ci contribue de manière originale au renforcement des droits de l'Homme, par des instruments informels¹⁴³⁷. En ce sens, il a instauré une procédure d'examen de plaintes, concernant le respect des droits de l'Homme dans le cadre d'un accord mixte ACP¹⁴³⁸.

Le fondement de la politique de coopération au développement peut donc contribuer au développement des cadres juridiques en faveur du droit à l'énergie, en recourant au système de la « *clause des droits de l'Homme* ». Cependant, cet instrument se caractérise également par une marge de manœuvre limitée des instances européennes dans son application.

b) Un instrument accessoire

La politique de coopération au développement constitue un fondement de référence de l'UE pour promouvoir le droit à l'énergie, parce qu'elle permet une affectation du budget relatif à la sauvegarde et la promotion des droits de l'Homme, dans les États tiers concernés. Cette politique est fondée sur l'article 208 du TFUE visant « *la réduction et, à terme, l'éradication de la pauvreté* » et repose sur les principes et objectifs de « *démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international relatifs* ». La portée de ces dispositions est précisée par la Cour de justice qui les qualifie d'objectifs de l'Union¹⁴³⁹. Cette qualification conduit à laisser aux institutions européennes le soin d'adopter des mesures propres à les atteindre mais se limite à une obligation de « *tenir compte* » des droits de l'Homme. Par conséquent, il suffira généralement que les institutions obtiennent de l'autre partie l'inscription dans l'accord d'une « *clause des droits de l'Homme* » pour que cette obligation soit satisfaite¹⁴⁴⁰.

Une diversité de programmes est ainsi mise en œuvre en vue de renforcer l'accès à l'énergie dans les États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP), tels que la convention de Lomé qui couvre le secteur énergétique depuis 1980¹⁴⁴¹. Dans ce cadre, un Fonds fiduciaire UE-Afrique accorde des facilités financières en faveur des infrastructures promouvant l'efficacité énergétique et les énergies renouvelables. Ces mesures sont également soutenues par des programmes européens tels que le volet COOPENER du Programme « *Énergie intelligente pour l'Europe* » qui cofinance des projets de renforcement institutionnel pour l'accès à l'énergie en Afrique subsaharienne, le programme « *Partenaires pour l'Afrique* » pour l'accès aux énergies renouvelables, et l'initiative « *patient capital* » instituant des mécanismes financiers en faveur de l'accès à l'énergie. Une

¹⁴³⁷ PE, Résolution du 19 déc. 1997 instituant une structure unique de coordination, Doc. A4-0393/97

¹⁴³⁸ J.-F. FLAUSS, "Droits de l'Homme et relations extérieures de l'Union européenne", *préc.*, p.152-153

¹⁴³⁹ CJCE, 3 déc. 1996, *Portugal c./ Conseil, préc.*

¹⁴⁴⁰ CJCE, 3 déc. 1996, *Portugal c./ Conseil*, aff. C-268/94, *Rec. I* p. 6177 ; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, "Le développement des droits fondamentaux dans les traités", *préc.*, p. 51

¹⁴⁴¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 26 octobre 2004, relative à l'évolution future de l'initiative européenne dans le domaine de l'énergie et aux modalités de création d'une facilité en faveur de l'énergie destinée aux pays ACP, 26.10.2004, COM(2004) 711

communication du 17 juillet 2002 précise les modalités pour intégrer systématiquement l'énergie dans les programmes d'aide au développement et vise à renforcer les cadres institutionnels et réglementaires par des mécanismes financiers innovants¹⁴⁴².

Bien que les droits de l'Homme ne constituent pas un domaine spécifique de compétence, l'UE dispose d'instruments permettant de soutenir le droit à l'énergie à titre accessoire¹⁴⁴³. Cette voie constitue donc un fondement essentiel pour renforcer les cadres juridiques des États en développement en faveur du droit à l'énergie. Ces réflexions conduisent à s'interroger sur les recours juridiques permettant d'en contrôler la réalisation.

B. Les garanties juridiques du droit à l'énergie

L'accès à des mécanismes de contrôle conditionne l'effectivité du droit à l'énergie. Ce postulat conduit à s'intéresser au recours accessibles en faveur des citoyens européens (1) et des ressortissants étrangers (2).

1) Les recours du citoyen européen

Un ensemble de moyens peuvent être invoqués par les citoyens européens pour se prévaloir de violations du droit à l'énergie par les instances européennes dans leur action extérieure. Ceux-ci s'exercent dans le cadre de recours juridictionnels (a) et alternatifs (b).

a) Les recours juridictionnels

Des recours juridictionnels peuvent être intentés par les citoyens européens dans le cadre de la politique de coopération au développement. En ce sens, des ONG de défense du droit à l'énergie pourraient bénéficier d'une aide financière pour recourir, l'article 47§3 de la Charte des droits fondamentaux disposant qu'« une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice »¹⁴⁴⁴. Cette exégèse est corroborée par la jurisprudence de la CEDH reconnaissant le droit à l'aide juridictionnelle des personnes morales au cas par cas, en fonction de la gravité de l'enjeu pour le requérant, de la complexité du droit, de la procédure applicable, et de sa capacité à défendre effectivement sa cause, une situation préférentielle étant accordé aux organisations à but non-lucratif¹⁴⁴⁵.

Cependant, l'effectivité du recours est remise en question par les conditions restrictives du recours en annulation, présentées *supra*, impliquant que la mesure atteigne les demandeurs « en

¹⁴⁴² Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - La coopération énergétique avec les pays en développement, COM/2002/408

¹⁴⁴³ J.-M. LARRALDE, "Convention européenne des droits de l'Homme et jurisprudence communautaire", in S. LECLERC, J.-F. AKANDJI-KOMBE et M.-J. REDOR, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, p.124

¹⁴⁴⁴ D. SIMON, note sous l'arrêt CJUE, 2e ch., 22 déc. 2010, aff. C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH*, Europe, n° 2, fév. 2011, comm. 38

¹⁴⁴⁵ CEDH, 26 août 2008, *VP Diffusion Sarl c/ France* ; CEDH, 15 févr. 2005, req. n° 68416/01, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, § 59 ; La cour de justice de l'Union confirma cette position dans un arrêt du 22 décembre 2010 : CJUE, 2e ch., 22 déc. 2010, aff. C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH*, note D. SIMON, Europe, n° 2, fév. 2011, comm. 38

Le droit à l'énergie dans la politique étrangère

raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire », le juge rejetant systématiquement la requête lorsque le cercle des destinataires demeure ouvert¹⁴⁴⁶. Par conséquent, en dehors du cas spécifique des actes réglementaires concernant directement la personne et ne comportant pas de mesures d'exécution, le recours préjudiciel semble constituer la seule voie juridictionnelle permettant de sanctionner un manquement de l'UE à son obligation de promouvoir le droit à l'énergie dans la politique extérieure¹⁴⁴⁷. Cette remarque invite à préciser les recours alternatifs envisageables.

b) Les recours alternatifs

La citoyenneté européenne confère une série de prérogatives aux ressortissants de l'Union dont certaines pourraient être mises en œuvre pour contrôler le respect du droit à l'énergie dans les relations extérieures. En ce sens, la citoyenneté bénéficie d'une « *définition extrêmement restrictive* », en se fondant essentiellement sur des droits civils et politiques, qui se limitent à la participation à l'élection du Parlement européen et aux élections municipales de l'État de résidence, au droit de pétition devant le Parlement européen, au droit de recourir au médiateur européen, au droit à une protection diplomatique et consulaire dans les États tiers, au droit d'accès aux documents des institutions, et à la libre circulation des personnes¹⁴⁴⁸. Elle est définie par Joseph Weiler comme « *un mélange confus d'éléments d'ordre administratif banal* »¹⁴⁴⁹. Néanmoins, deux moyens pourraient être envisagés pour contrôler la validité des engagements.

D'une part, le droit de pétition reconnu à l'article 227 du TFUE confère la possibilité à tout citoyen européen et à toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre, de présenter, à titre individuel ou en association, une pétition au Parlement européen sur un sujet relevant des domaines d'activité de l'Union et la concernant directement. Une plainte pourrait donc porter sur des violations du droit à l'énergie par les institutions européennes. La pétition pourrait également se présenter sous la forme d'une requête proposant d'intégrer le droit à l'énergie dans les accords externes de l'Union. Conformément à l'article 202 du règlement intérieur du Parlement européen, la commission des pétitions a la possibilité d'élaborer un rapport d'initiative ; de présenter une proposition de résolution succincte au Parlement ; d'établir un registre électronique sur lequel les citoyens peuvent s'associer au pétitionnaire ; de solliciter l'avis d'une autre commission du Parlement ; d'adopter un rapport sur l'application, l'interprétation du droit de l'UE et d'en proposer des modifications ; de transmettre son avis ou sa recommandation à la Commission, au Conseil et aux États membres. Par conséquent, le droit de pétition offre d'intéressantes opportunités mais son issue demeure incertaine du fait des pouvoirs discrétionnaires conférés au Parlement.

D'autre part, l'article 228 du TFUE permet à tout citoyen de l'Union ou à toute personne

¹⁴⁴⁶ A. BOUVERESSE, "Recevabilité quant à l'acte omis et quant au requérant honni", *Europe*, n°1, comm. 10, janv. 2010 ; CJCE, 15 juill. 1963, *Plaumann*, aff. 25/62, *Rec.* p. 197

¹⁴⁴⁷ J. RIDEAU, "Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne", *préc.*, p. 84

¹⁴⁴⁸ M.-J. REDOR, "La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux", *préc.*, p. 25-30

¹⁴⁴⁹ J.H.H. WEILER, "L'importance fondamentale de la citoyenneté européenne", in A. MATTERA (DIR.), *La Conférence intergouvernementale sur l'Union européenne, répondre aux défis du XXI^e siècle*, 1996, p.129 et s.

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre, de saisir le médiateur européen d'une plainte relative à une mauvaise administration des institutions, des organes ou des organismes de l'UE, à l'exclusion de la CJUE. Une plainte recevable permet d'engager une enquête auprès des instances concernées et de rendre un avis dans un délai de trois mois. Près de 80% des requêtes se traduisent par l'ouverture d'une enquête, le renvoi devant l'instance compétente ou une information sur l'institution à consulter¹⁴⁵⁰. Ce moyen pourrait donc fonder un recours à l'encontre d'un acte de la politique extérieure d'une institution européenne suspectée de violer le droit à l'énergie.

L'Agence des droits fondamentaux aurait pu constituer une voie alternative complémentaire¹⁴⁵¹. Instituée en 2007, elle « *collecte, recense, analyse, diffuse* » des informations en matière de droits fondamentaux ; elle « *met au point en coopération avec la Commission et les États membres des méthodes et des normes visant à améliorer la comparabilité, l'objectivité et la fiabilité des données au niveau européen* » ; elle « *réalise ou facilite des recherches et enquêtes scientifiques, des études préparatoires et de faisabilité ou y collabore, le cas échéant, à la demande du Parlement, du Conseil ou de la Commission* » ; elle « *formule et publie des conclusions et des avis sur des sujets thématiques et spécifiques, à l'intention des institutions de l'Union et des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, soit de sa propre initiative, soit à la demande du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission* »¹⁴⁵².

Cependant, son rôle demeure limité parce que « *ces prérogatives ne sont ni de type exécutif, législatif, juridictionnel ou politique puisque l'agence ne peut ni formellement proposer, ni exécuter de politique communautaire en faveur des droits fondamentaux, ni juger, ni mettre en lumière des infractions aux droits fondamentaux, notamment dans le cadre de la procédure d'alerte de l'article 7 UE* »¹⁴⁵³. De plus, elle est incompétente concernant la PESC et n'examine qu'épisodiquement les propositions législatives de l'Union au regard des droits fondamentaux. Fabienne Kauff-Gazin y voit une conception « *fourre-tout* » de la notion de droits fondamentaux, dont la logique d'ensemble est difficilement perceptible¹⁴⁵⁴. Par conséquent, les moyens juridiques dont elle dispose demeurent trop limités pour assurer le respect du droit à l'énergie. Néanmoins, les relations étroites qu'elle entretient avec le Conseil de l'Europe permettent d'envisager une promotion active du droit à l'énergie, dont le choix repose sur son entière discrétion.

Les garanties conférées au citoyen européen s'avèrent donc limitées pour assurer un contrôle effectif du droit à l'énergie dans la politique extérieure de l'UE et ce raisonnement s'applique *a fortiori* à l'encontre des ressortissants étrangers.

¹⁴⁵⁰ MÉDIATEUR EUROPÉEN, *Rapport de synthèse 2008, 2009*, www.ombudsman.europa.eu, p. 4 ; A. ECKSTEIN, "Le Médiateur rapporte au PE la mauvaise foi de la Commission", *Europol. env.*, n° 786, 18/02/2010, p. 26

¹⁴⁵¹ Cons. UE, règlement (CE) n° 168/2007 du 15 févr. 2007 portant création d'une Agence européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE* n° L 53 du 22 févr. 2007, p. 53

¹⁴⁵² "Bientôt une Agence de l'Union européenne pour la protection et la promotion des droits fondamentaux", *Europe*, n° 8, Alerte 69, Aout 2005

¹⁴⁵³ F. KAUFF-GAZIN, "Entrée en fonction de l'Agence des droits fondamentaux", *Europe*, n° 4, comm. 109, avril 2007

¹⁴⁵⁴ Cons. UE, décision du 28 févr. 2008 portant application du règlement (CE) n° 168/2007 en ce qui concerne l'adoption d'un cadre pluriannuel de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne pour la période 2007-2012, *JOUE* n° L 63 du 7 mars 2008, p. 14 ; F. KAUFF-GAZIN, "Agences des droits fondamentaux : adoption d'un cadre pluriannuel définissant les thématiques de l'agence", *Europe*, n° 5, comm. 145, mai 2008

2) Les recours des ressortissants étrangers

Les ressortissants étrangers sont particulièrement démunis pour solliciter l'aide de l'Union ou recourir à son encontre en cas de violation du droit à l'énergie. Cette situation touche aux conditions restrictives d'accès au prétoire de l'UE (a), conduisant à envisager des moyens alternatifs dans le cadre du droit de pétition (b).

a) Les recours juridictionnels

Les ressortissants étrangers disposent de peu de moyens juridiques pour saisir la CJUE en cas de violation par l'UE du droit à l'énergie. Une limitation trouve sa source dans l'inopposabilité de la clause des droits de l'Homme à leur égard, au motif que celle-ci n'engage que les parties contractantes et ne saurait conférer de droits aux ressortissants des États tiers¹⁴⁵⁵.

Une voie pourrait néanmoins être envisagée dans la mesure où le requérant compterait se prévaloir du droit à l'énergie en se fondant sur la notion de parallélisme de la garantie « *interne* » et « *externe* » des droits fondamentaux, selon laquelle les résidents d'États tiers pourraient invoquer des droits reconnus aux résidents européens lorsque l'UE adopte des mesures à leur égard. Selon Jean-François Flauss, cette identification pourrait être observée à partir d'un « *catalogue communautaire* » de droits fondamentaux¹⁴⁵⁶. Or, le traité de Lisbonne réalise cette aspiration en conférant une force juridique à la Charte des droits fondamentaux, cette dernière étant rédigée de manière générale et impersonnelle, précisant explicitement lorsque les droits se limitent aux citoyens européens. Cependant, des difficultés surviennent au niveau procédural, au même titre que pour tout requérant ordinaire, résidant dans l'exigence de prouver une atteinte directe et personnelle.

Par conséquent, le juge de l'UE demeure dans la plupart des cas inaccessible aux ressortissants étrangers victimes d'une violation du droit à l'énergie dans le cadre de la politique extérieure de l'Union. Ce constat conduit à rechercher une garantie alternative dans le droit de pétition.

b) Le droit de pétition

Le droit de pétition pourrait être appréhendé comme un moyen d'alerter les institutions de l'UE en cas de violation par celle-ci du droit à l'énergie dans la politique extérieure. En effet, bien que l'article 227 du TFUE limite le droit de pétition devant le Parlement européen à tout citoyen de l'Union et à toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre, l'article 201 du règlement intérieur du Parlement européen prévoit dans son alinéa 13, la possibilité de traiter des pétitions de personnes non-ressortissantes de l'UE. Ce fondement constitue donc une alternative au recours juridictionnel mais demeure fragile du fait des pouvoirs discrétionnaires conférés à l'Assemblée dans ce domaine.

¹⁴⁵⁵ C. MUSSO, "Les clauses "droits de l'homme" dans la pratique communautaire", *Droits fondamentaux*, n°.1, 2001, www.droits-fondamentaux.org ; J.-F. FLAUSS, "Droits de l'homme et relations extérieures de l'Union européenne", *préc.*, p.164

¹⁴⁵⁶ *Ibidem*, p.169

Le droit social de l'énergie (droits européen et français)

L'étude du droit social de l'énergie dans les systèmes européen et français met en exergue l'émergence du droit à l'énergie en tant que droit fondamental. Celui-ci bénéficie d'une reconnaissance explicite et d'une consolidation régulière en droit français à l'égard de ses ressortissants. Le droit européen participe à sa reconnaissance par le truchement des droits fondamentaux existants tandis que le service universel de l'énergie établit un seuil de prestations minimales. Les droit français et de l'UE disposent également d'un ensemble de moyens permettant de promouvoir le droit à l'énergie dans leur politique extérieure pour renforcer le cadre juridique des Etats tiers. Ces instruments assurent un contenu juridique propre aux considérations sociales de l'énergie et précisent les modalités opérationnelles du système juridique international. Ils corroborent ainsi la cohérence matérielle du droit de l'énergie, confirment ses spécificités formelles et invitent à préciser l'exégèse dans le droit environnemental de l'énergie.

Chapitre 3: Le droit environnemental de l'énergie

« *Le problème n'est pas aujourd'hui l'énergie atomique, mais le cœur des hommes* »¹⁴⁵⁷.

L'analyse du droit international de l'énergie a mis en exergue un corps de règles émergent fédéré par le standard juridique de l'énergie propre comme réponse à la crise environnementale mondialisée de l'énergie. Dans le même sens, les droits européens et français disposent d'un ensemble d'instruments juridiques visant à réduire les nuisances environnementales générées par l'usage de l'énergie. Ce *corpus* est également fédéré par le standard de l'énergie propre qui garantit une continuité entre le droit international et les droits européens et français de l'énergie.

Ce chapitre précise le contenu du droit environnemental de l'énergie et illustre les modes de transcription du système juridique international dans les ordres européens et français. Il présente également l'interconnectivité du droit de l'énergie qui intervient de concert avec d'autres champs juridiques pour réaliser ses finalités environnementales. Ces exigences conduisent à étudier les instruments d'orientation vers l'énergie propre (1/) avant de s'intéresser aux moyens mis en œuvre pour assurer leur efficacité (2/).

1/ L'orientation vers l'énergie propre

Une complémentarité s'opère entre les ordres juridiques européens et français afin de rendre effectives les orientations du droit international de l'énergie. En ce sens, le droit européen de l'énergie fixe des orientations en matière d'énergie propre dans un corps de règles spécifique (I), tandis que le droit français assure leur transposition en vue de les rendre applicables (II).

I. Un corps de règles issu de l'Union européenne

L'énergie propre constitue un élément central du droit environnemental de l'énergie dans le système juridique de l'UE et cette particularité conduit à préciser ses caractéristiques (A) et les instruments assurant sa mise en œuvre (B).

A. Les caractéristiques de l'énergie propre

En droit de l'UE, l'énergie propre trouve sa source dans plusieurs fondements juridiques (1) et cette particularité conduit à préciser sa nature juridique (2).

1) Des fondements juridiques

L'énergie propre est régie par le fondement de la politique de l'énergie (a) mais les nuisances écologiques induites par l'usage de l'énergie conduisent à un encadrement additionnel au titre de la politique de l'environnement (b)¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁷ Albert EINSTEIN

¹⁴⁵⁸ M. PRIEUR, "Le droit public solaire en France", *préc.* ; M. PRIEUR, "L'énergie et la prise en compte de l'environnement", *RJE*, n°3, 1982, p.231 ; L. GRAMMATICO, *Les moyens juridiques du développement énergétique dans le respect de l'environnement (recherches sur le droit du développement durable)*, *préc.*

a) La politique de l'énergie

L'article 194 du TFUE constitue le fondement principal pour l'élaboration d'une politique européenne de l'énergie et vise notamment « à promouvoir l'efficacité énergétique et les économies d'énergie ainsi que le développement des énergies nouvelles et renouvelables ». Ces mesures relèvent de la procédure législative ordinaire, hormis celles de nature essentiellement fiscale adoptées à l'unanimité au Conseil, après consultation du Parlement européen. La reconnaissance d'un fondement spécifique pour la politique énergétique constitue une innovation du traité de Lisbonne. Ces dispositions n'apportent pas de prérogative nouvelle au profit de l'UE mais permettent de clarifier des compétences qui relevaient précédemment de bases juridiques hétérogènes¹⁴⁵⁹.

Cependant, cette reconnaissance pourrait intensifier l'intervention de l'Union en faveur de l'énergie propre, par la légitimité conférée par ce symbole, en vertu d'un principe de subsidiarité partiellement fondé sur des considérations politiques¹⁴⁶⁰. Ce phénomène se traduit dans une multiplication des objectifs européens en la matière et dans une consolidation normative sous la forme de « paquets législatifs », afin de rénover des pans entiers de législations, là où l'intervention du législateur européen se limitait, il y a quelques années, à une harmonisation technique. Une démarcation s'établit donc entre un aiguillage des institutions européennes et une mise en œuvre étatique libre de dépasser ces objectifs. La base légale environnementale contribue quant à elle à préciser ces modalités.

b) La politique de l'environnement

La politique environnementale constituait antérieurement au traité de Lisbonne, le fondement de référence pour justifier une intervention de l'Union dans le domaine de l'énergie propre¹⁴⁶¹. Elle figure désormais dans l'article 192 du TFUE et a vocation à être abandonné au profit de l'article 194 relatif à la politique énergétique. Cependant, elle demeure applicable concernant « l'aménagement du territoire, la gestion quantitative des ressources hydrauliques ou touchant directement ou indirectement la disponibilité des dites ressources, l'affectation des sols, à l'exception de la gestion des déchets [et] les mesures affectant sensiblement le choix d'un État membre entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique ». Par conséquent, l'article 194 représente un complément essentiel pour l'adoption de mesures environnementales applicables au secteur énergétique de par son champ d'application étendu et sa capacité à structurer les approvisionnements énergétiques nationaux. Une procédure législative spéciale s'applique dans laquelle le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen, du Comité économique et social, et du Comité des régions.

¹⁴⁵⁹ C. KROLIK, "Le droit communautaire de l'énergie durable", *préc.*

¹⁴⁶⁰ J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, 1997, p. 116-126

¹⁴⁶¹ Tel est le cas de la directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité JOCE L 283 du 27.10.2001, p. 33-40 ; directive 2003/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 mai 2003 visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants ou autres carburants renouvelables dans les transports JOUE L 123 du 17.5.2003, p. 42-46 ; directive 2006/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques et abrogeant la directive 93/76/CEE du Conseil, JOUE L 114 du 27.4.2006, p. 64-85

L'orientation vers l'énergie propre

Le droit originaire de l'UE confère donc des prérogatives étendues au législateur européen pour intervenir dans le domaine de l'énergie propre et les précisions apportées par ce dernier concourent à forger la nature juridique.

2) Une nature juridique spécifique

L'énergie propre constituait à l'origine une notion *sui generis* mais sa reprise en droit de l'UE lui attribue des propriétés particulières, au point de la considérer désormais comme un concept juridique (a). Cette nature en fait une source d'inspiration de droits et de principes fondamentaux (b).

a) Un standard juridique

L'énergie propre intègre le droit de l'Union en figurant dans plus de soixante instruments juridiques. Elle est appréhendée à partir de sources d'énergie « *décarbonnées* » que le législateur européen qualifie de « *propres* » telles que l'efficacité énergétique, les énergies renouvelables, l'énergie nucléaire, les énergies nouvelles telles que l'hydrogène et les énergies fossiles recourant à la capture et au stockage de dioxyde de carbone¹⁴⁶². Elle bénéficie également des orientations générales fixées dans le système juridique international. Par conséquent, l'énergie propre devient un objet de pensée permettant d'organiser les connaissances et de concevoir un projet. Elle renvoie à un comportement considéré correspondre à ce qui est communément admis par le groupe social à un moment donné. Elle constitue un standard juridique dans la mesure où le juge pourra s'en saisir pour apprécier la validité d'un comportement¹⁴⁶³. Son caractère flou et évolutif lui confère une assez grande liberté d'appréciation et donc une certaine souplesse d'application. Cette caractéristique conduit à préciser ses effets légaux, qui se manifestent en tant que source d'inspiration de droits et de principes fondamentaux du système juridique de l'UE.

b) Une source d'inspiration de droits et principes fondamentaux

Dans sa thèse sur l'énergie, les droits de l'Homme et les libertés fondamentales, Sheila Gargiulo propose de reconnaître un « *droit à l'énergie propre* » qui trouverait sa source dans le droit fondamental à un environnement sain¹⁴⁶⁴. En ce sens, cette prérogative est reconnue dans le droit de l'Union depuis la ratification de la Convention d'Aarhus par la Communauté européenne le 17 février 2005¹⁴⁶⁵. L'environnement figure également dans la Charte des droits fondamentaux et l'article 6§3 du TUE dispose que « *les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ». Or, Marie-Anne Cohendet souligne qu'au regard de la

¹⁴⁶² C. KROLIK et T.T.H. TRANG, "Clean energy aspects in the law on environmental protection in Vietnam some relevant references to EU s Law", *Law and development*, n°2, 2008 ; C. KROLIK, "Le droit communautaire de l'énergie durable", *REDE*, n°1, 2009, p. 73-74

¹⁴⁶³ S.RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard. (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980

¹⁴⁶⁴ S. GARGIULO, *Energie, droits de l'Homme et libertés fondamentales. Etude de droit comparé italien et français*, Université Paris I - Pantheon Sorbonne et Università Degli Studi Di Bari, thèse droit, 2010, p. 73

¹⁴⁶⁵ M. PRIEUR, "Droit à l'environnement", *JCLA*, n°360, 21/05/2007, n°16-17

jurisprudence de la CEDH : « *le droit de l'homme à un environnement sain doit être regardé comme un principe général de droit communautaire et les organes de l'Union comme les États membres sont tenus d'en assurer le respect* »¹⁴⁶⁶. L'énergie propre aurait donc pour effet de préciser la portée juridique du droit à l'environnement. Elle constituerait un droit subjectif invocable par les particuliers en cas de non-respect de ses prescriptions, par le truchement du droit à un environnement sain.

Le préambule du TUE et l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux intègrent dans le droit originaire de l'Union un « *principe du développement durable* ». Le développement durable vise à concilier la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social, induisant préalablement une évaluation de ces enjeux. Du fait de son origine, il se caractérise par la transversalité ; de par son rang constitutionnel, il permet d'intégrer les législations sectorielles, constituant ainsi un moyen de concourir à l'énergie propre¹⁴⁶⁷. L'évaluation énergétique est une composante de l'évaluation de la durabilité qui devrait comprendre une évaluation économique (compatibilité du projet avec le marché de l'énergie et la sécurité énergétique), une évaluation sociale (compatibilité du projet avec le droit à l'énergie) et une évaluation environnementale de l'énergie (compatibilité du projet avec l'énergie propre). De par son caractère transversal et son rang hiérarchique suprême, le principe de développement durable pourrait servir de fondement à l'évaluation énergétique du droit dérivé qui interviendrait lorsqu'un projet normatif serait susceptible d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie.

L'énergie propre constitue donc un instrument d'interprétation du droit à un environnement sain et du principe de développement durable, en précisant leur portée sur le plan énergétique. Leur caractère justiciable devrait permettre à la CJUE de sanctionner les manquements à l'énergie propre sur le fondement du droit à l'environnement dès lors que les caractéristiques énergétiques d'un projet engendrerait des nuisances environnementales disproportionnées, ou sur le principe du développement durable, en cas d'insuffisance de l'évaluation énergétique¹⁴⁶⁸.

En plus de cette intégration conceptuelle dans le droit de l'UE, l'énergie propre se décline dans une série d'instruments juridiques.

B. Les instruments de l'énergie propre

L'énergie propre génère un cadre juridique global (1), auxquels s'ajoute un ensemble de mesures sectorielles (2).

¹⁴⁶⁶ M.-A. COHENDET, "Vers la constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement sain et écologiquement équilibré", in 20 ans de protection de la nature : hommage en l'honneur du professeur Michel Despax, *Limoges, PULIM*, 1998, p.253

¹⁴⁶⁷ M. PRIEUR, "Commentaire de l'article II-97 du projet de Constitution européenne - protection de l'environnement", in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, *Traité établissant une constitution pour l'Europe : Partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.483-493

¹⁴⁶⁸ N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, ULB, 3è. éd., Bruxelles, 2010 ; J.-L. SAURON, *Droit et pratique du contentieux communautaire*, La documentation française, 3è. éd., 2004, p. 11-27 ; Y. RUMPALA, "Gouverner en pensant systématiquement aux conséquences ? Les implications institutionnelles de l'objectif de « développement durable »", *Vertigo*, 2010

1) Un cadre global

Les déclinaisons générales de l'énergie propre se matérialisent dans une évaluation énergétique des politiques publiques (a) et dans une fiscalité de l'énergie (b).

a) L'évaluation énergétique des politiques publiques

Conformément au principe du développement durable, une évaluation énergétique devrait être entreprise pour toute initiative susceptible d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie. En ce sens, les Conseils européens de Göteborg et de Laeken de 2001 ont lancé une initiative majeure baptisée « *Mieux légiférer* » afin d'intégrer l'examen des incidences économiques, sociales et environnementales des propositions de la Commission dans la procédure législative de l'UE¹⁴⁶⁹. Ils sont à l'origine d'une communication de la Commission du 5 juin 2002 instituant un dispositif d'analyse d'impact pour toutes les « *initiatives majeures* » dont la méthodologie est précisée dans de multiples rapports¹⁴⁷⁰. Il se traduit par une évaluation *ex ante* des directives et des règlements dans lesquels la Commission évalue les impacts économiques, sociaux et environnementaux de l'énergie. Lorsque la législation est adoptée sous la forme de « *paquet* », l'analyse porte en principe sur l'ensemble des instruments¹⁴⁷¹. Des évaluations *ex post* sont également réalisées dans des rapports de la Commission et du Parlement européen sur la mise en œuvre de la législation. En complément, des évaluations spécifiques sont réalisées concernant les coûts externes de l'énergie, l'efficacité énergétique, et l'énergie nucléaire¹⁴⁷². Néanmoins, ces évaluations se relèvent parfois insuffisantes telles qu'en démontrent les mesures relatives aux biocarburants pour lesquels des critères de durabilité ont dû être adoptés postérieurement aux premiers engagements, afin de prendre en compte les externalités, ou dans le secteur de l'énergie nucléaire, conduisant Jan Haverkamp à affirmer que « *les documents politiques sur lesquels se fonde la Commission [concernant la directive sur les déchets radioactifs] n'ont pas l'assise scientifique nécessaire* »¹⁴⁷³.

Conformément, au principe du développement durable, le juge devrait contrôler la réalisation et le contenu de cette analyse. Or, dans un arrêt du 8 juillet 2010, la Cour de justice précise que l'étude d'impact législative de la Commission ne lie ni le Parlement, ni le Conseil¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁹ Accord interinstitutionnel — "Mieux légiférer", *JOCE*, C-321 du 31.12.2003, p. 1-5 ; I. PAPADOPOULOS, "L'usage stratégique des études d'impact dans la procédure législative européenne", in M. PHILIP-GAY (DIR.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012

¹⁴⁷⁰ Communication de la Commission du 5 juin 2002 sur l'analyse d'impact, COM/2002/276, art. 2 ; www.ec.europa.eu/governance/impact

¹⁴⁷¹ Commission staff working document - Accompanying the legislative package on the internal market for electricity and gas - Impact Assessment, SEC(2007) 1179

¹⁴⁷² www.energie-info ; l'observatoire de l'efficacité énergétique (Energy Efficiency Watch) est un réseau chargé d'examiner, d'évaluer et d'appuyer la politique communautaire en terme d'efficacité énergétique : www.energy-efficiency-watch.org ; le groupe de haut niveau de la Commission européenne sur la sûreté nucléaire et la gestion des déchets fut institué le 17 juillet 2007 pour analyser et renforcer les approches communes dans le domaine de la sûreté des installations nucléaires. *Europol. env.*, 19/10/2007, n°732, p.18 ; www.energie-info

¹⁴⁷³ S. SHALES, "Biofuels - the way forward ?", Commission européenne, direction de l'environnement, fév. 2008 ; directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *préc.*, art. 17 ; P. BILLET, "Labels au droit dormant", *Env.*, n°8, alerte 95 août 2010 ; JAN HAVERKAMP, "Proposition sur les déchets radioactifs : « un exercice de relations publiques » pour l'industrie nucléaire", *Europol. éner.*, n°788, 04/11/2010, p.5

¹⁴⁷⁴ CJUE, 8 juillet 2010, aff. C-343/09, *Afton Chemical Limited*, §57 ; note A. BOUVERESSE, *Europe*, n° 10, oct.

De plus, la présentation de ce document sous la forme d'une communication ne semble pas présenter de valeur normative pour la Commission qui la qualifie de « *document de travail* ». Ces interprétations semblent critiquables au motif que la communication doit être replacée dans son contexte, comme un instrument de mise en œuvre du principe fondamental de développement durable. Par conséquent, elle devrait revêtir un caractère contraignant par une annulation de l'acte normatif en cas d'évaluation insuffisante, le juge ne s'arrêtant pas à la dénomination d'un acte pour en contrôler la validité.

Des interrogations portent également sur la capacité de l'Union à légiférer pour imposer l'adoption d'instruments d'évaluation énergétique dans les ordres juridiques nationaux. Dans le cadre de la politique énergétique, la préservation et l'amélioration de l'environnement est une « *exigence* » tandis que l'efficacité énergétique, les économies d'énergie et le développement des énergies nouvelles et renouvelables constituent des « *objectifs* ». Cette solution permettrait donc l'adoption d'une législation européenne ayant pour objet l'évaluation énergétique, dans le prolongement du cadre applicable concernant l'évaluation environnementale¹⁴⁷⁵. Elle pourrait se traduire par l'obligation pour tout pétitionnaire, de réaliser bilan énergétique préalable lorsque son projet serait susceptible d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie. En ce sens, l'article 4 de la directive sur le marché intérieur de l'énergie impose aux États de réaliser une évaluation économique de leur secteur énergétique, en assurant un suivi de leur sécurité des approvisionnements, et par la transmission d'un rapport biennal à la Commission¹⁴⁷⁶.

La fiscalité énergétique constitue le second instrument du cadre global concernant l'énergie propre.

b) La fiscalité énergétique

L'absence de compétence explicite dans le secteur énergétique a conduit la doctrine à s'interroger sur la capacité de l'UE à légiférer sur des mesures de nature fiscale¹⁴⁷⁷. Deux bases légales étaient retenues préalablement au traité de Lisbonne, concernant les articles 93 et 175 du traité CE, respectivement relatifs aux dispositions fiscales et environnementales. L'article 93 figure désormais à l'article 113 du TFUE et permet l'adoption de dispositions fiscales « *dans la mesure où cette harmonisation est nécessaire pour assurer l'établissement et le fonctionnement du marché*

2010, comm. 304 ; note C. KROLIK, *RJE*, n°4, 2010, p. 766

¹⁴⁷⁵ Directive 85/337/CEE modifiée du Conseil, du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOCE*, L.175 du 05/07/1985 ; directive 2001/42/CE modifiée du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *JOCE*, L.197 du 21/07/2001

¹⁴⁷⁶ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 4: « *les états membres assurent le suivi de la sécurité de l'approvisionnement. lorsqu'ils le jugent opportun, ils peuvent déléguer cette tâche aux autorités de régulation visées à l'article 35. Ce suivi couvre notamment l'équilibre entre l'offre et la demande sur le marché national, le niveau de la demande prévue, les capacités supplémentaires envisagées en projet ou en construction, la qualité et le niveau de maintenance des réseaux, ainsi que les mesures requises pour couvrir les pics de demande et faire face aux déficits d'approvisionnement d'un ou plusieurs fournisseurs* ».

¹⁴⁷⁷ Pour des arguments en faveur de la compétence de l'UE : D. BIRK, *Handbuch des Europäischen Steuer und Abgabenrechts*, Berlin/Herne, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1995 ; argumentation en défaveur de la compétence de l'UE: C. RANDZIO PLATH, "Die Steuererhebungskompetenz hat die EG bis heute nicht", in *Zur Steuerpolitik des EG in Binnenmarkt*, Sindelfingen, Libertas, 1993

intérieur et éviter les distorsions de concurrence ». L'article 174, désormais article 192 du TFUE permet de fonder une écotaxe allant au delà de la simple harmonisation¹⁴⁷⁸. Dans les deux cas, un vote à l'unanimité est requis au Conseil, après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social.

L'inquiétude des industries et la complexité de la procédure dans ce domaine ont contribué à l'échec de plusieurs propositions d'écotaxes de la Commission européenne¹⁴⁷⁹. Tel fut le cas d'une proposition de directive instaurant une taxe sur les émissions de dioxyde de carbone et l'énergie de 1992, retirée par la Commission en décembre 2001¹⁴⁸⁰. Une fiscalité commune à l'échelle de l'Union demeure préférable que des écotaxes nationales tant pour des raisons économiques afin d'éviter les distorsions de concurrence, qu'environnementales pour lutter contre le *dumping* écologique. Finalement, une directive 2003/96/CE harmonisant la taxation des produits énergétiques et de l'électricité a vu le jour sur le fondement de l'article 93 du TCE, et présente l'avantage de couvrir presque toutes les sources d'énergie¹⁴⁸¹. Les produits énergétiques et l'électricité ne sont taxés que lorsqu'ils sont utilisés comme carburants ou combustibles de chauffage et ne le sont pas lorsqu'ils servent de matière première ou lorsqu'ils interviennent dans des réductions chimiques ou des procédés électrolytiques, métallurgiques ou minéralogiques¹⁴⁸². Cependant, la directive n'applique pas des taux standardisés mais des taux minimaux par produit et par usage, ne prévoit pas de progressivité, et comporte de multiples exemptions¹⁴⁸³.

La huitième proposition de la communication de la Commission visant à réformer le marché intérieur envisage une révision de la fiscalité énergétique « *afin de mieux refléter les objectifs climatiques et énergétiques de l'UE* »¹⁴⁸⁴. La prise en compte de l'énergie grise impliquerait de taxer les produits importés par l'UE pour ne pas délocaliser les activités et créer des « *fuites de carbone* »¹⁴⁸⁵. A cet effet, la Commission européenne déposait fin 2009, une proposition modifiant la directive 2003/96/CE, rejetée par plusieurs États lors de réunions interservices en 2011¹⁴⁸⁶.

Deux faiblesses principales caractérisent le dispositif actuel. D'une part, le fondement de l'article 113 du TFUE ne permet qu'une harmonisation et ne saurait suffire à une fiscalité incitative sur l'énergie. En revanche, l'article 194 offrirait une marge de manœuvre étendue pour une fiscalité énergétique ambitieuse. D'autre part, un blocage de la procédure législative dans ce domaine se

¹⁴⁷⁸ E. ENGLE, "Ecotaxes and the European Union", *European Environmental Law Review*, nov. 2007, p.298-303

¹⁴⁷⁹ M. AYRAL, *Droit communautaire de l'énergie*, GLN Joly Ed., Paris, 1997

¹⁴⁸⁰ Proposition de directive du Conseil instaurant une taxe sur les émissions de dioxyde de carbone et sur l'énergie du 27 mai 1992 (COM(92)226), *JOCE* n° C.196 du 3 août 1992, modifiée le 10 mai 1995, COM(95)172, *JOCE* n°C.68 du 20 mars 1995, p. 47

¹⁴⁸¹ Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, *JOUE* n° L 283 du 31/10/2003 p. 51-70

¹⁴⁸² C. LONDON, "Énergie et environnement : une équation difficile", *Env.*, oct. 2005, p.15

¹⁴⁸³ M. ROSENSTOCK, *Fiscalité environnementale : l'état des lieux dans l'Union européenne*, fiscalité et environnement, Lyon, 10 et 11 décembre 2009 ; directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, *préc.*, art. 20§3

¹⁴⁸⁴ Communication de la Commission du 27 octobre 2010, Vers un Acte pour le Marché unique, Pour une économie sociale de marché hautement compétitive, 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble, COM(2010) 608 final

¹⁴⁸⁵ B. LE BAUT-FERRARESE, "Européenne, la taxe carbone doit-elle l'être ou à défaut ne pas être ?", *Env.*, n°6, étude 12, juin 2010 ; "Une taxe carbone aux frontières de l'UE ?", *Europol. énerg.*, n°770, 13/01/2010, p.1

¹⁴⁸⁶ D. AB IAGO, "Révision de la taxation de l'énergie : un calendrier incertain", 10/03/2011, www.europolitique.info

reproduit périodiquement depuis une vingtaine d'année et résulte notamment de la nécessité d'un accord unanime des États. Dès lors, l'UE pourrait recourir à la « *clause passerelle* » de l'article 48 du TUE prévoyant par un vote unanime du Conseil européen, de transiter vers une procédure législative ordinaire pour les actes législatifs régis par une procédure spéciale comme la fiscalité énergétique.

L'Union dispose donc de fondements juridiques pour établir une fiscalité énergétique ambitieuse, mais des obstacles politiques compromettent cette réalisation. Cette caractéristique conduit à l'adoption de mesures sectorielles complémentaires.

2) Des mesures sectorielles

Le droit dérivé contient un ensemble d'instruments juridiques concourant à l'énergie propre. Ceux-ci se distinguent selon leur caractère incitatif (a) ou contraignant (b)¹⁴⁸⁷.

a) La norme incitative

La suppression des subventions aux énergies minières constitue un moyen à mettre en œuvre prioritairement pour concourir à l'énergie propre. Bien que pendant plusieurs décennies la CECA a participé au financement de l'activité charbonnière, un pas important fut franchi par le règlement 1407/2002 prévoyant que le montant annuel de l'aide à la production de charbon n'excèdera pas le montant autorisé par la Commission pour l'année 2001¹⁴⁸⁸. Ce déclin s'observe également pour les subventions des États membres dont le montant a diminué de 15% entre 2007 et 2008, la fin des aides au charbon étant annoncée pour 2014¹⁴⁸⁹. Cependant, le droit de l'UE n'envisage pas une extension de ce mécanisme aux autres énergies fossiles.

L'orientation vers l'énergie propre s'effectue par l'octroi de subventions incitatives et se traduit par le financement direct de projets éoliens et de procédés de captage et de stockage de dioxyde de carbone¹⁴⁹⁰. Elle est enrichie par des programmes de recherche en faveur de la biomasse et des écotechnologies¹⁴⁹¹. Le droit originnaire permet aux États de compléter ce dispositif par des aides d'États au sens de l'article 107 du TFUE, les gouvernements étant tenus d'en informer la Commission conformément à l'article 103§3¹⁴⁹².

La labellisation des biens efficaces en énergie permet d'éduquer le consommateur et d'orienter ses choix en connaissance de cause. En ce sens, l'UE développe l'« *étiquette énergie* »,

¹⁴⁸⁷ V. OSCHMANN, "Renewable Energy Sources in European Law: an overview", *JEEPL*, n° 6, vol. 3, 2006, p.478-485

¹⁴⁸⁸ Règlement (CE) n°1407/2002 du conseil du 23 juillet 2002 concernant les aides d'État à l'industrie houillère, *JOUE* L 205 du 02/08/2002, p. 1

¹⁴⁸⁹ D. AB IAGO, "L'aide publique au secteur du charbon poursuit sa baisse", *Europol. Énerg.*, n° 769, 16/12/2009, p.5 ; D. AB IAGO, "La fin des aides d'État au charbon annoncée pour 2014", *Europol. Énerg.*, n° 784, 08/09/2010, p.8

¹⁴⁹⁰ D. AB IAGO, "La Commission approuve une liste de projets CSC et éoliens", *Europol. Énerg.*, n° 769, 16/12/2009, p.10 ; D. AB IAGO, "50 milliards pour les technologies sobres en carbone", *Europol. Env.*, n° 776, 15/10/2009, p.26

¹⁴⁹¹ Communication de la Commission, du 7 décembre 2005, Plan d'action dans le domaine de la biomasse, COM/2005/628 final, *JOUE*, C 49 du 28/02/2006 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 28 janvier 2004, Promouvoir les technologies au service du développement durable : plan d'action de l'Union européenne en faveur des écotechnologies, COM/2004/38 final, *JOUE* C 98 du 23/04/2004

¹⁴⁹² Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, préambule §49

L'orientation vers l'énergie propre

un instrument d'information général permettant d'évaluer les performances énergétiques des bâtiments, de biens électroménagers, et s'étend désormais aux pneumatiques¹⁴⁹³. L'UE ne disposant pas d'instrument spécifique pour valoriser les appareils électriques particulièrement efficaces, elle recourt au label américain *Energy star*¹⁴⁹⁴. Elle promeut également des dispositifs complémentaires de sensibilisation tels que des compteurs électriques « *communicants* » offrant aux consommateurs des données détaillées sur leur consommation d'énergie, les coûts, et les émissions de dioxyde de carbone¹⁴⁹⁵.

Des mesures sont également mises en œuvre pour promouvoir l'énergie propre dans le système juridique international, par une adhésion à l'IRENA et la création d'un fonds mondial pour la promotion de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables¹⁴⁹⁶. Dans ce sens, la Banque européenne d'investissement a lancé en mai 2007, un emprunt européen obligatoire ouvert à la souscription dans les vingt-sept Etats de l'Union, reposant sur une affectation de son produit à des projets concernant les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique. Il s'accompagnait de la création d'un nouvel indice boursier sélectionnant les entreprises ayant obtenu les meilleures notes en matière de pratiques environnementales, le *FTSE4 Good Environmental Leaders Europe 40 Index*¹⁴⁹⁷.

L'UE dispose donc d'un panel étendu d'instruments incitatifs en faveur de l'énergie propre, auquel s'ajoutent des dispositions contraignantes¹⁴⁹⁸.

b) La norme contraignante

L'UE établit une activité de normalisation avec le Comité européen de normalisation (CEN), dont les travaux sont parfois repris par le législateur, afin de leur conférer une portée coercitive¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹³ Directive 2010/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie, *JOUE* L.153/1 du 18/06/2010 ; Règlement (CE) n°1222/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'étiquetage des pneumatiques en relation avec l'efficacité en carburant et d'autres paramètres essentiels, *JOUE* L.342/46 du 22/12/2009

¹⁴⁹⁴ Décision 2006/1005/EC du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la conclusion de l'accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Communauté européenne concernant la coordination des programmes d'étiquetage relatifs à l'efficacité énergétique des équipements de bureau, *JOUE*, 28.12.2006, L. 381/24 ; Règlement (CE) n° 106/2008 du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008 concernant un programme communautaire d'étiquetage relatif à l'efficacité énergétique des équipements de bureau, *JOUE* 13.02.2008, L. 39/1

¹⁴⁹⁵ D. AB IAGO, "Compteurs intelligents : les distributeurs redoutent les coûts", *Europol. énergie*, n° 769, 16/12/2009, p.9

¹⁴⁹⁶ Décision 2009/806/CE du Conseil du 19 octobre 2009 relative à la signature par la Communauté européenne des statuts de l'Agence internationale pour les énergies renouvelables (IRENA), *JOUE*, L.288 du 4 novembre 2009, p. 23 ; décision 2009/954/CE du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la signature et à la conclusion, par la Communauté européenne, du «Mandat du Partenariat international pour la coopération en matière d'efficacité énergétique» (IPEEC) et du «Protocole concernant l'accueil, par l'Agence internationale de l'énergie, du secrétariat du Partenariat international pour la coopération en matière d'efficacité énergétique », *JOUE*, L.330 du 16 décembre 2009, p. 37

¹⁴⁹⁷ F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (1re partie)", *Env.*, n° 8, chron. 3, août 2008

¹⁴⁹⁸ D. FINON et P. MENANTEAU, "La promotion de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables dans les marchés libéralisés: le besoin de nouveaux cadres incitatifs", *Revue de l'énergie*, n° 544, fév. 2003, p.81-92

¹⁴⁹⁹ www.cen.eu ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2007 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO2 des véhicules légers ; Règlement (CE) n°1275/2008 de la Commission 17 décembre 2008 portant application de la directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences d'écoconception relatives à la consommation d'électricité en mode veille et en

Elle conduit à des standards de performance énergétique que les produits consommateurs d'énergie doivent respecter pour bénéficier d'une autorisation de mise sur le marché¹⁵⁰⁰. En ce sens, la directive 2009/125/CE sur l'écoconception a retiré du marché les ampoules à incandescence de 75 watts, tandis que les appareils en mode veille devront avoir une consommation inférieure à 1 watt en 2010 et à 0.5 watt en 2012¹⁵⁰¹. Elle améliore la performance énergétique des décodeurs numériques simples et des chargeurs, l'éclairage des rues et des bureaux, et d'autres produits les complèteront dans des règlements futurs. Ces règles se matérialisent par un marquage CE qui ne peut être apposé que si le produit respecte les exigences de l'annexe I de la directive. Ces dispositions sont complétées par une harmonisation de la normalisation énergétique dans le secteur de la construction et l'application de normes minimales concernant la performance énergétique des bâtiments neufs et existants, lorsqu'ils font l'objet de travaux de rénovations importantes¹⁵⁰². Une révision périodique est ensuite mise en place afin d'accroître progressivement ces exigences d'efficacité.

Des objectifs quantitatifs en matière d'efficacité énergétique et d'énergie renouvelable sont mis en œuvre dans plusieurs instruments relatifs à l'électricité d'origine renouvelable, les biocarburants et la cogénération¹⁵⁰³. Le 23 avril 2009, l'UE a adopté un « *paquet législatif climat-énergie* » comportant une décision, un règlement et cinq directives fixant un ensemble d'objectifs regroupés sous le terme des « *trois fois vingt* », dans lesquels l'Union s'engage à réduire de 20% ses émissions de gaz à effet de serre, améliorer de 20% l'efficacité énergétique, et intégrer dans la consommation finale d'énergie, une part au moins égale à 20% d'énergie renouvelable d'ici 2020¹⁵⁰⁴.

L'article 15 de la directive 2009/28 oblige les États à instaurer un système de garanties d'origine pour l'électricité produite à partir de sources renouvelables ou par cogénération¹⁵⁰⁵. Ce

mode arrêt des équipements ménagers et de bureau électriques et électroniques, *JOUE*, L.339/45 du 18/12/2008

¹⁵⁰⁰ C. BERNARD, "Eco-conception: un cadre réglementaire de plus en plus ambitieux", *Environnement & technique*, n°278, 2008, p.49-51 ; directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, *JOUE* L.285 du 31 octobre 2009, p. 10. ; directive 2000/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 établissant des exigences de rendement énergétique applicables aux ballasts pour l'éclairage fluorescent *JOCE*, L 279 du 01/11/2000, p. 33-39

¹⁵⁰¹ Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, *JOUE* L.285 du 31 octobre 2009, p. 10 ; règlement (CE) n°244/2009 de la Commission du 18 mars 2009 mettant en œuvre la directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences relatives à l'écoconception des lampes à usage domestique non dirigées, *JOUE* L.76/3 du 24/03/2009 ; C. BERNARD, "Eco-conception: un cadre réglementaire de plus en plus ambitieux", *Environnement & technique*, n°278, 2008, p.49-51 ; D. AB IAGO, "Les lampes à incandescence de 75 watts retirées du marché", *Europol. énerg.*, n°784, 08/09/2010, p.7

¹⁵⁰² Directive 2010/31/UE du Parlement européen et du conseil du 19 mai 2010 sur la performance énergétique des bâtiments, *JOUE*, L.153/13 du 18/06/2010 ; C. LONDON, "Énergie et environnement: une équation difficile", *Env.*, oct. 2005, p.11-16 ; D. AB IAGO, "Efficacité énergétique: Parlement et Conseil s'accordent sur deux outils clés", *Europol. énergie*, n°768, 02/12/2009, p.1

¹⁵⁰³ A. JOHNSTON, K. NEUHOFF, D. FOUCQUET, M. RAGWITZ et G. RESCH, "The proposed New EU Renewables Directive : Interpretation, Problems and Prospects", *EEELR*, n°126-145, juin 2008 ; C. LONDON, "Énergie et environnement: une équation difficile", *préc.*

¹⁵⁰⁴ J.-P. BROUANT, "Énergie et climat : un certain manque de souffle", *AJDA*, 2010, p.1802 ; D. AB IAGO, "La Commission veut passer à la vitesse supérieure en imposant des objectifs", *Europol. env.*, n°776, 25/10/2009, p.1

¹⁵⁰⁵ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation

système permet d'attester la provenance de l'énergie générée par un producteur. Il est complété par des « *certificats verts* » constituant des documents au porteur certifiant une quantité d'électricité produite à partir d'énergie renouvelable ou de récupération¹⁵⁰⁶. Ces titres peuvent être échangés dans le cadre de marchés nationaux, voire internationaux. Les législations internes peuvent valoriser cet instrument en prévoyant à l'instar de la législation wallonne, l'obligation pour les gestionnaires de réseaux et les fournisseurs d'électricité d'acquiescer un quota déterminé de certificats.

L'UE insuffle donc l'énergie propre dans sa formalisation et dans sa réalisation. Ces instruments doivent ensuite être transposés dans les systèmes juridiques internes.

II. Une transposition nationale

La transposition du droit européen conduit à intégrer l'énergie propre dans le système juridique français. Cette réalisation se formalise dans une évaluation énergétique (A) complétée par des moyens juridiques spécifiques (B).

A. L'évaluation énergétique

L'évaluation énergétique a récemment intégré le droit français et se formalise dans une série d'instruments émergents (1) caractérisée par une absence de méthodologie commune (2).

1) Des instruments émergents

L'évaluation énergétique des constructions est mise en œuvre par le diagnostic de performance énergétique (a). Elle s'étend plus largement à d'autres catégories de projets dans un instrument généraliste : le bilan énergétique (b).

a) Le diagnostic de performance énergétique

Le diagnostic de performance énergétique (DPE) est un instrument d'information sur les consommations prévisionnelles d'énergie des bâtiments¹⁵⁰⁷. Ses prescriptions figurent dans le code de la construction et de l'habitation aux articles L.134-1 à 5 et R.134-1 à 9. Sa réalisation est obligatoire pour toute construction, extension, vente ou location d'un bâtiment¹⁵⁰⁸. Il est établi par des personnes agréées au titre du diagnostic technique conformément à l'article L.271-6 du code de la construction¹⁵⁰⁹. L'article 1 de la loi Grenelle 2 systématise la réalisation du DPE et rend obligatoire le classement énergétique du bien dans les annonces immobilières¹⁵¹⁰.

Ce diagnostic comprend un descriptif des caractéristiques du bâtiment ou de sa partie, des

de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *préc.*

¹⁵⁰⁶ A. SANDRIN, "Les certificats verts : une méthode d'incitation à la production d'énergies renouvelables", *BDEI*, n° 6, nov. 2006, p.33-37

¹⁵⁰⁷ M. P. MAÎTRE, "Diagnostic de performance énergétique", *Env.*, n° 2, comm. 30, Fév. 2008

¹⁵⁰⁸ R. MARTIN, "Le diagnostic énergétique pour les bâtiments existants à usage principal d'habitation destinés à la location", *Annales des loyers*, n° 7, 01/07/2007, p.1366-1369 ; Y. MAGUERESSE, "Du diagnostic de performance énergétique en matière de vente en l'état futur d'achèvement", *JCP N*, n° 41, 12/10/2007, p.15-17

¹⁵⁰⁹ G. DURAND-PASQUIER, "Les diagnostics immobiliers : un état des lieux", *Revue des notaires*, avr. 2007, p.1-14

¹⁵¹⁰ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JORF* n° 160 du 13 juillet 2010 ; CCH, art. L.134-4-3 ; tel est également le cas des bâtiments équipés d'une installation collective de chauffage ou de refroidissement qui devront conformément à l'article L. 134-4-1 du code de la construction et de l'habitation faire l'objet d'un DPE dans les cinq ans suivant la publication de la loi portant engagement national pour l'environnement ;

Le droit environnemental de l'énergie (droits européen et français)

équipements recourant à l'énergie (chauffage, production d'eau chaude, refroidissement...), et leurs conditions d'utilisation et de gestion ; une indication pour chaque catégorie d'équipements, de la quantité annuelle d'énergie consommée ou estimée ; une estimation des émissions de gaz à effet de serre ; une évaluation de la quantité d'énergie d'origine renouvelable produite par les équipements installés ; un classement selon la performance énergétique et la quantité d'émissions de gaz à effet de serre ; des recommandations visant à améliorer la performance énergétique accompagnées d'une évaluation de leur coût et de leur efficacité ; un rapport d'inspection de la chaudière lorsque sa puissance est supérieure ou égale à vingt kilowatts¹⁵¹¹.

Le DPE n'est doté que d'une portée informative dans la relation entre un bailleur et un locataire, l'article L.134-3-1 du code de la construction disposant que « *le locataire ne peut se prévaloir à l'encontre du bailleur des informations contenues dans le diagnostic de performance énergétique* »¹⁵¹². Interprété *a contrario*, il aurait une valeur contractuelle entre l'acheteur et le vendeur d'immeuble. De plus, la responsabilité pourrait être recherchée à l'encontre de tiers comme le notaire et le diagnostiqueur en cas de manquement aux prescriptions réglementaires¹⁵¹³.

D'autres effets juridiques sont induits par le DPE tels que l'obligation d'inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée générale des copropriétaires suite l'établissement du DPE, une réflexion sur des travaux d'économie d'énergie ou un contrat de performance énergétique, pour tout immeuble équipé d'une installation collective de chauffage ou de refroidissement ; l'obligation de son affichage dans les bâtiments d'une surface hors œuvre nette supérieure à 1 000 m² occupés par les services d'une collectivité ; et l'amélioration la performance énergétique du bâtiment lorsque le coût prévisionnel de travaux de rénovation portant soit sur l'enveloppe d'un bâtiment d'une surface hors œuvre nette supérieure à 1000 m² et ses installations, soit sur sa seule enveloppe, est supérieur à 25% de sa valeur¹⁵¹⁴.

L'article 54 de la loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite loi « *Grenelle 1* », entend faire du DPE : « *un outil de référence fiable et reconnu par tous* »¹⁵¹⁵. Le DPE constitue donc l'instrument d'évaluation énergétique du secteur du bâtiment mais appartient à un instrument plus global d'évaluation : le bilan énergétique.

¹⁵¹¹ Pour une description exhaustive du contenu du DPE: code constr. env., art. R. 134-2 ; concernant les mesures d'application du DPE : S. PHEULPIN, "Air et bruit - énergie", *BDEI*, n°.6, nov. 2006, p.39-4

¹⁵¹² C. LEPAGE, "Les nouvelles obligations en matière de construction selon les projets de loi Grenelle", *Gaz. Pal.*, n° 246, 02/09/2008, p.9

¹⁵¹³ G. DURAND-PASQUIER, "La portée de l'obligation d'annexer un diagnostic de performance énergétique aux baux d'habitation", *Constr.-Urb.*, alerte 4, 2007 ; M. BOUTONNET, "Un an de jurisprudence sur la responsabilité civile des diagnostiqueurs lors de la vente d'immeubles", *Env.*, n° 3, chron. 2, mars 2008

¹⁵¹⁴ Respectivement : loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *JORF* n°0179 du 5 août 2009 p.13031, art. 3 ; CCH, art. R. 134-4-1 ; CCH, art. R. 131-26 ; le contrat de performance énergétique est défini par la directive européenne 2006/32/CE relative aux services énergétiques comme un « *instrument financier pour les économies d'énergie* », qui consiste en « *un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon lequel des investissements dans cette mesure sont consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini* ».

¹⁵¹⁵ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *JORF* n°179 du 5 août 2009 ; A. HEGO DEVEZA-BARRAU, "La valorisation par le diagnostic de performance énergétique", *droit et ville*, n° 66, 01/08/2008, p.97-105

b) Le bilan énergétique

Le bilan énergétique est un instrument d'information sur les caractéristiques énergétiques et vise à inciter le porteur de projet à adopter les meilleures solutions pour parvenir à une réduction quantitative des consommations et une amélioration qualitative de la production d'énergie¹⁵¹⁶. Il constitue une notion générique, susceptible de couvrir tout type de projet comme la mise sur le marché de biens, des services, les constructions, les aménagements, et les politiques publiques. Sa réalisation est requise en droit français dans de multiples législations¹⁵¹⁷.

En ce sens, le maire est réceptionnaire d'un document attestant la prise en compte de la réglementation thermique au moment du dépôt du dossier de demande de permis de construire et à l'issue des travaux¹⁵¹⁸. Les articles L.111-9 et 10 du code de la construction exigent une étude de faisabilité des approvisionnements en énergie pour tout nouveau bâtiment ou extension d'une superficie hors œuvre nette totale nouvelle supérieure à 1 000 m²¹⁵¹⁹. Elle comprend une analyse des solutions d'approvisionnement en prenant compte des énergies renouvelables, la production combinée de chaleur et d'énergie, les systèmes de chauffage et de refroidissement collectifs, les pompes à chaleur et les chaudières performantes. Elle présente les avantages et les inconvénients des solutions étudiées, tient compte des extensions envisageables et précise les raisons de la solution retenue¹⁵²⁰.

L'article L.128-4 du Code de l'urbanisme impose pour toute opération d'aménagement foncier soumise à une étude d'impact, la réalisation d'une étude de faisabilité sur le potentiel de développement en énergies renouvelables de la zone, et sur l'opportunité de raccordement à un réseau de chaleur ou de froid recourant aux énergies renouvelables et de récupération.

L'article L.229-25 du code de l'environnement prévoit la réalisation d'un bilan des émissions de gaz à effet de serre pour l'État, les régions, les départements, les communes et leur groupement de plus de 50 000 habitants, les personnes morales de droit public employant plus de 250 personnes, et les personnes morales de droit privé de plus de 500 personnes¹⁵²¹. L'objectif est de réduire la consommation d'énergie des bâtiments existants d'au moins 38 % d'ici 2020¹⁵²². Il est rendu public, actualisé tous les trois ans et constitue l'instrument de référence pour l'élaboration du plan climat-énergie territorial qui doit en tenir compte¹⁵²³.

L'article L.222-1 du code de l'environnement relatif au schéma régional du climat, de l'air et

¹⁵¹⁶ C. KROLIK, "La gestion de l'énergie par les collectivités locales et les noces d'émeraude", *Le Moniteur - complément territorial*, déc. 2010, p.55-58

¹⁵¹⁷ C. KROLIK, "Énergie et climat dans la loi portant engagement national pour l'environnement", *RJE*, n° spécial, 2011

¹⁵¹⁸ CCH, art. L. 111-9 al.4 et L. 111-9-1

¹⁵¹⁹ CCH, art. R. 111-22. Sont exemptés d'étude les constructions provisoires ; bâtiments à usage agricole, artisanal ou industriel ; les bâtiments servant de lieux de culte ; les extensions des monuments historiques classés ou inscrits à l'inventaire.

¹⁵²⁰ CCH, art. R. 111-22-1

¹⁵²¹ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *préc.*, art. 75

¹⁵²² Cet objectif est fixé l'article 48f de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.* ; P. BILLET, "Grenelle de l'environnement : Acte 1 en plusieurs tableaux", *Env.*, nov. 2009, p. 18 ; S. PADILLA et C. GUYARD, "Bilan carbone : une vision globale des émissions de gaz à effet de serre", *Env. & techn.*, n° 252, déc. 2005, p.39-43

¹⁵²³ S. PADILLA et C. GUYARD, "Bilan carbone : une vision globale des émissions de gaz à effet de serre", *préc.*

de l'énergie requiert que son projet s'appuie sur « *un bilan énergétique, une évaluation du potentiel énergétique, renouvelable et de récupération, une évaluation des améliorations possibles en matière d'efficacité énergétique* ».

L'article L.122-3-II-2° du code de l'environnement prévoit la réalisation, dans les études d'impact environnementales des infrastructures de transport, d'une évaluation des consommations énergétiques résultant de l'exploitation du projet, notamment du fait des déplacements qu'elle entraîne ou permet d'éviter, accompagnée d'un résumé non-technique.

L'article 48 de la loi Grenelle 1 prévoit une présentation par le Gouvernement au Parlement d'une évaluation de l'impact environnemental des aides publiques à caractère budgétaire ou fiscal, en vue que celles-ci soient progressivement revues de façon à s'assurer qu'elles n'incitent pas aux atteintes à l'environnement.

Le bilan énergétique se présente donc comme un instrument de référence dans la mise en œuvre de l'énergie propre, en tant que moyen d'information, d'éducation et d'optimisation des projets. Cependant, son efficacité demeure limitée par l'absence de méthodologie commune.

2) L'absence de méthodologie commune

En droit français, le bilan énergétique repose sur une pluralité d'instruments répondant à une finalité commune (a). Cette caractéristique réduit l'efficacité du dispositif et appelle un modèle unifié (b).

a) Des instruments multiples pour une finalité commune

L'évaluation énergétique a pour objet d'informer les pétitionnaires sur les caractéristiques énergétiques et les potentialités d'optimisation de leurs projets. Elle est mise en œuvre dans une diversité d'instruments, aux noms variés, relevant de législations distinctes. Cette situation conduit à multiplier les législations sectorielles et les règlements d'application, alourdissant le droit, alors que ces instruments répondent à une même finalité. Paradoxalement, aucun instrument de ce type n'est instauré dans le livre II du code de l'énergie relatif à la maîtrise de l'énergie et au développement des énergies renouvelables, conduisant la doctrine à le qualifier de livre en devenir¹⁵²⁴. Dès lors, l'intérêt pourrait résider dans une unification du régime juridique du bilan énergétique dans le code de l'énergie. Cette remarque conduit à s'interroger sur la faisabilité de cette entreprise.

b) La nécessité d'un modèle unifié

Le droit comparé atteste de la faisabilité et de l'efficacité d'un bilan énergétique commun à l'ensemble des projets énergétiques. En ce sens, l'Agence de l'efficacité énergétique du Québec permet à toute personne via son site internet, de réaliser un bilan énergétique standardisé pour le bâtiment, l'éclairage, les appareils ménagers, l'électronique, l'extérieur, et les déplacements¹⁵²⁵. La loi suisse sur l'énergie du 1er décembre 2001 uniformise l'évaluation énergétique dans le cadre du « *concept énergétique* », qui se présente comme une démarche systématique. Elle se fonde sur un

¹⁵²⁴ R. PEYLET, "Le code de l'énergie", *RFDA*, 2011, p. 905

¹⁵²⁵ www.aee.gouv.qc.ca

objectif d'optimisation des rendements, le recours aux énergies renouvelables au moindre coût et la démonstration par le porteur de projet que le bâtiment et ses installations sont judicieusement conçus selon l'exploitation qui en sera faite. Les réglementations algérienne et tunisienne sur le système d'audit pour les établissements grands consommateurs d'énergie établissent une méthode unifiée fondée sur un rapport d'évaluation comprenant une description du projet, ses principales caractéristiques en matière d'utilisation de l'énergie et les mesures visant économiser l'énergie ; une estimation du niveau de performance énergétique du projet en comparaison avec des projets similaires particulièrement performants ; une analyse du système d'organisation mis en place pour contrôler, suivre et gérer l'utilisation de l'énergie ; des recommandations permettant d'améliorer le niveau de performance énergétique et recourir aux énergies de substitutions. La loi algérienne relative à la maîtrise de l'énergie complète le dispositif par un contrôle de la sincérité, assuré par des bureaux d'études et des experts agréés par le ministère chargé de l'énergie et sous son contrôle¹⁵²⁶.

Par conséquent, un régime juridique unifié pour le bilan énergétique semble envisageable et celui-ci pourrait voir le jour dans le livre II du code de l'énergie. Cette solution présenterait l'avantage de disposer d'un instrument commun pour l'ensemble du système juridique auxquelles les législations sectorielles pourraient se référer, tandis que son classement dans le code de l'énergie faciliterait son accès, cet instrument ayant pour objet de regrouper le droit national de l'énergie.

Le bilan énergétique constitue donc un instrument de référence de l'énergie propre. En complément, la mise en œuvre de ce concept est assurée par une série de moyens juridiques spécifiques.

B. Des moyens juridiques spécifiques

Les moyens complémentaires visant à assurer l'effectivité de l'énergie propre reposent sur une fiscalité énergétique (1) et des mesures sectorielles (2)¹⁵²⁷.

1) La fiscalité énergétique

La fiscalité énergétique incitative poursuit un objectif d'amélioration qualitative de l'énergie consommée et de réduction quantitative des consommations¹⁵²⁸. Sa mise en œuvre implique le respect de critères jurisprudentiels (a) et se traduit par des moyens ciblés (b).

a) Des critères jurisprudentiels

Le Livre blanc sur les énergies prévoit que « la fiscalité du nucléaire, des énergies fossiles et des énergies renouvelables devra également inciter à une plus grande maîtrise des consommations

¹⁵²⁶ Algérie, loi n° 99-09 du 28 juillet 1999 relative à la maîtrise de l'énergie, 28/07/1999, art. 22

¹⁵²⁷ R. HERTZOG, "Fiscalité et environnement", in *Actes du colloque fiscalité et environnement, actes du colloque organisé les 10 et 11 décembre 2009 à Lyon, Revue française de finances publiques*, à paraître

¹⁵²⁸ M. PRIEUR, "L'énergie et la prise en compte de l'environnement", *préc.* ; P. BAUBY, "La notion d'intérêt général dans le domaine de l'énergie", *Énergie*, n° 583, 2008, p.161-169 ; R. HERTZOG, "Fiscalité et environnement", *Fiscalité et environnement, actes du colloque organisé les 10 et 11 décembre 2009 à Lyon*, à paraître ; S. CAUDAL, "Fiscalité de l'environnement et système juridique", *Fiscalité et environnement, actes du colloque organisé les 10 et 11 décembre 2009 à Lyon*, à paraître ; *Droit env.*, n° spécial, Les entretiens du Conseil d'État - La fiscalité environnementale - Actes du colloque du 17 juin 2009 à l'école nationale d'administration, janv. 2010

d'énergie »¹⁵²⁹. Le fait que le prix à l'essence est constitué de 80% de taxes démontre la possibilité de mettre en œuvre une telle mesure¹⁵³⁰. Cependant Jean-Yves Faberon relève le caractère embryonnaire de la fiscalité énergétique incitative¹⁵³¹. En effet, cette entreprise s'est heurtée à la censure du Conseil constitutionnel à plusieurs reprises¹⁵³².

Alors que l'instauration d'une fiscalité incitative ne contredit pas le principe d'universalité budgétaire posé par l'article 18 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, le principe d'égalité constitue un obstacle majeur¹⁵³³. Selon Sylvie Caudal, la question consiste à « *savoir si une fiscalité incitative telle que la TGAP, qui vise à orienter certains comportements dans un sens plus conforme à la protection de l'environnement, mais sans se soucier des capacités contributives, est ou non compatible avec un tel principe* »¹⁵³⁴. Dans la décision du 28 décembre 2000, le Conseil constitutionnel précise concernant le projet d'extension de la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP) aux consommations intermédiaires d'énergie que : « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs* »¹⁵³⁵. Néanmoins, la TGAP-énergie fut censurée sur le fondement d'une rupture injustifiée d'égalité, les différences de traitement n'étant « *pas en rapport avec l'objectif que s'est assigné le législateur* » puisqu'elle conduisait à appliquer une moindre taxation à des entreprises rejetant du gaz carbonique en quantité plus importante¹⁵³⁶.

Dans le même sens, une décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 2009 censurait la « *contribution carbone* » en se fondant sur le principe de rupture d'égalité devant les charges publiques, au motif que les activités assujetties représentaient moins de la moitié des émissions de gaz à effet de serre émises sur le territoire national et que la différence de traitement était sans

¹⁵²⁹ N. FONTAINE, *Livre blanc sur les énergies*, Ministère de l'industrie, la documentation française, nov. 2003

¹⁵³⁰ J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie*, préc., p. 313

¹⁵³¹ J.-Y. FABERON, "Droit de la maîtrise de l'énergie, avril 1991 à septembre 1992", *RJE*, n°2, 01/04/1993, p.239-276 ; E. DE CROUY-CHANEL, "Esquisse d'une théorie fiscale de l'écotaxe", *Droit fiscal*, n° 9, 26/02/2009, 207

¹⁵³² C. LONDON, "Énergie et environnement : une équation difficile", *Env.*, oct. 2005, p.11-16 ; J. BOUGELOT, "L'an III de la TGAP: les enjeux de la taxation des consommations intermédiaires d'énergie", *Droit de l'env.*, n°84, déc. 2000, p.15

¹⁵³³ Cons. Const., déc. n°90-285 DC du 28 décembre 1990, loi de finances pour 1991 ; Cons. Const., décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999 du 21 décembre 1999, loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 ; sur le risque de rupture d'égalité devant l'impôt: CE, *Rapport public 2001*, n°52, études et documents, la documentation française, p. 82 ; A. BAUDU, "La charte de l'environnement au secours de la fiscalité écologique ?", *RJE*, n°2, 2008, p.157-174 ; D. RIBES, "Principe d'égalité", *D.*, 2001, p.1842-1843 ; B. CASTAGNEDE, "Le contrôle constitutionnel d'égalité fiscale", *LPA*, n°86, 01/05/2001, p.4-14

¹⁵³⁴ S. CAUDAL, "Un nouvel obstacle pour l'écotaxe sur l'énergie, commentaire de l'extrait de la décision du Conseil constitutionnel n°2000-411 DC du 28 décembre 2000, concernant l'extension de la taxe générale sur les activités polluantes à l'énergie", *RJE*, n°2, 2001, p.215-230

¹⁵³⁵ Cons. Const., déc. n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, loi de finances rectificative pour 2000 ; le Conseil constitutionnel dans la décision n°97-388 DC du 20 mars 1997, cons. 25 reconnaît que « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte pour des motifs d'intérêt général des mesures d'incitation par l'octroi d'avantages fiscaux* ».

¹⁵³⁶ N. CLÉMENT, "Le contrôle du champ d'application de la TGAP par le Conseil constitutionnel", *BDEI*, 2001, p.31-32 ; S. COTTIN et D. RIBES, "Fiscalité incitative et égalité devant l'impôt: l'écotaxe devant le Conseil constitutionnel", *Revue de la recherche juridique - droit prospectif*, 2001, p.659-689 ; J.-E. SCHOETTL, "La deuxième loi de finances rectificative pour 2000 devant le Conseil constitutionnel", *LPA*, 01 et 02/01/2001, p.8-16

L'orientation vers l'énergie propre

rapport direct avec l'objectif assigné¹⁵³⁷.

Dans une décision du 7 décembre 2010, le Conseil constitutionnel censurait l'article L.2333-5 du CGCT relatif à la taxe communale d'électricité, au motif que les entreprises disposant d'une puissance souscrite supérieure à 250 kilovoltampères ne pouvaient bénéficier d'un système d'exonération lorsqu'elles avaient conclu une convention de fourniture d'électricité avec une commune avant le 5 décembre 1984¹⁵³⁸. Il retient que « *la différence de traitement instituée entre les entreprises fournies en courant sous une puissance supérieure à 250 kVA selon qu'elles sont ou ne sont pas signataires d'une telle convention ne repose pas sur des critères objectifs et rationnels définis en fonction des buts que le législateur s'est assignés ; que cette différence est constitutive d'une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »¹⁵³⁹.

Dans une décision du 11 avril 2013, le Conseil constitutionnel a censuré le bonus-malus sur les consommations domestiques d'énergie¹⁵⁴⁰. Le principe d'égalité devant les charges publiques impliquait de retenir une pratique similaire concernant l'ensemble des usagers des énergies de réseaux. Or, en excluant les consommations professionnelles alors que certaines sont soumises aux mêmes règles tarifaires et pèsent tout autant sur les coûts de production et de distribution des énergies de réseaux, les sages ont retenu que la différence de traitement entre les consommations professionnelles et domestiques méconnaissait le principe d'égalité devant les charges publiques¹⁵⁴¹.

Ces quatre décisions s'inscrivent dans le prolongement de la jurisprudence Arcelor du juge de l'Union, considérant que le principe général d'égalité impose que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit fondé sur des critères objectifs et appropriés par

¹⁵³⁷ P. THIEFFRY, "La taxe carbone contraire à l'objectif de lutte contre le changement climatique", *AJDA*, 2010, p.1 ; W. MASTOR, "La contribution carbone à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009 : chronique d'une mort - et d'une renaissance ? - annoncées", *AJDA*, 2010, p.277 ; P. BILLET, "Trop d'exonérations tuent la taxe", *Env.*, n°2, alerte 14, fév. 2010 ; confirmation de la décision Cons. Const., déc. n°2002-464 DC, du 27 déc. 2002, *loi de finance pour 2003*, *JO* du 31 déc. 2002 ; L. AYRAULT, "La taxation de la distribution des COUNA: à propos de la décision du Conseil constitutionnel n°2002 DC du 27 décembre 2002, *Loi de finance pour 2003*", *Dr. env.*, n°109, 2003 ; M. ROCARD, *Rapport de la conférence des experts et de la table ronde sur la contribution Climat et Énergie*, 28/97/2009 ; A. QUINET, *La valeur tutélaire du carbone*, n°16, A. QUINET, *La valeur tutélaire du carbone*, n°16, Centre d'analyse stratégique, La documentation française, 2009 ; Y. COCHET, N. MAMÈRE et F. DE RUGY, "La contribution climat-énergie", *Le Monde*, 15/08/2009 ; S. ROUSSEAU, "Taxe carbone: beaucoup de bruit pour peu...", *Droit de l'env.*, n°171, sept. 2009, p.3 ; E. LAURENT et J. LE CACHEUX, "Taxe carbone : TCA contre CO2", *La lettre de l'OFCE*, n° 311, 06/07/2009 ; S. LANDRIN, "La taxe carbone inconstitutionnelle, un camouflet pour Nicolas Sarkozy", *Le Monde*, 31/12/2009 ; elle se distingue de la proposition de loi relative à la transformation écologique de l'économie qui visait « *l'ensemble des consommations énergétiques* » : F. DE RUGY, M. BILLARD, Y. COCHET et N. MAMÈRE, proposition de loi relative à la transformation écologique de l'économie, AN, n°1622 du 15/04/2009

¹⁵³⁸ A. LE GALL, "La loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité : le transitoire appelé à durer", *JCP A*, n°3, 03/02/2011, 1076

¹⁵³⁹ Cons. const. 4 févr. 2011, n° 2010-97 QPC ; R. HERTZOG et G. SIAT, "Fiscalité locale et énergie: des relations discrètes, réciproquement fructueuses", in *Les collectivités territoriales et l'énergie - Annuaire 2007 des collectivités locales*, CNRS éditions, 2007, p.93-101

¹⁵⁴⁰ Cons. const., déc. n° 2013-666 DC du 11 avril 2013, note M.-C de Montecler, *AJDA*, 2013 p. 771 ; *JCP E*, n° 16, 18 avril 2013, act. 290 ; *JCP A*, n° 17, 22 avril 2013, act. 365 ; T. Garancher et J.-N. Clément, *BDEI*, 2013, n° 45, "Rubrique de jurisprudence de droit de l'énergie" (Oct. 2012 – Mars 2013) ; C. KROLIK, "Un prélude en demi-teinte : à propos de la décision n° 2013-666 DC loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre", *RJE*, n° 3, 2012

¹⁵⁴¹ Cons. 13.

Le droit environnemental de l'énergie (droits européen et français)

rapport au but poursuivi par la législation en cause¹⁵⁴². Des exonérations demeurent donc possibles à condition d'être compensées par des contraintes financières ou fiscales effectives¹⁵⁴³. Selon la Cour de justice, une fiscalité incitative peut être adoptée à condition de respecter trois critères : la fiscalité mise en place doit être légitime, fondée sur des critères objectifs, et être non-discriminatoire¹⁵⁴⁴.

En sus des considérations juridiques nationales, la validité d'une fiscalité énergétique incitative requiert d'être compatible avec le droit de l'Union. Ne respectent pas ces conditions, les mesures discriminatoires relatives aux droits de douane et aux taxes d'effet équivalent, l'aménagement du système fiscal pour discriminer les produits étrangers, et les entraves à l'importation et à l'exportation¹⁵⁴⁵. Lorsque l'affectation du produit de la taxe relève du régime des aides d'État, il doit faire l'objet d'une notification à la Commission européenne¹⁵⁴⁶. Enfin, la transposition d'une directive européenne constitue une obligation en vertu du droit originaire et une exigence constitutionnelle¹⁵⁴⁷. A cet effet, la Commission européenne reproche à la France une transposition incorrecte de la directive 2003/96/CE imposant une taxation minimale des produits énergétiques, et a saisi la Cour de justice d'un recours en manquement¹⁵⁴⁸.

La mise en œuvre d'une fiscalité énergétique incitative requiert donc de respecter des critères précis, pour éviter la censure prétorienne. A défaut, de mesure globale en ce sens, le système juridique français applique une série de moyens ciblés.

b) Des moyens ciblés

La fiscalité énergétique incitative repose essentiellement en France sur un ensemble de mécanismes sectoriels. Elle se traduit par une défiscalisation des droits d'accises sur certains produits énergétiques. Le système doit alors être compatible avec les interdictions de taxes d'effet équivalent à des droits de douane et d'impositions intérieures discriminatoires ou protectrices au sens du droit de l'Union¹⁵⁴⁹. La compatibilité doit ensuite être assurée avec les droits d'accises minimaux prévus dans la directive 2003/96 aux articles 15, 16 et 19¹⁵⁵⁰. Alors que les carburants sont en principe taxable au titre de la taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques (TICPE), conformément à l'article 265 ter du code des douanes, une défiscalisation partielle est

¹⁵⁴² CJCE, Gr. Ch., 16 déc. 2008, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et a.* JCP A, 2009, Europe 2189, n°6, obs. DUBOS et SZYMCZAK ; *Env.*, mars 2009, comm. 25, obs. VIAL ; *RJEP* 2009, comm. 22, obs. DONNAT

¹⁵⁴³ P. BILLET, "L'invalidation de la "contribution carbone"", *JCP A*, n°4, 25/01/2010, p.31-35

¹⁵⁴⁴ N. DE SAADELLER, "Fiscalité environnementale et respect du principe de libre circulation des marchandises", *Fiscalité et environnement, actes du colloque organisé les 10 et 11 décembre 2009 à Lyon*, à paraître ; E. ENGLE, "Ecotaxes and the European Union", *European Environmental Law Review*, nov. 2007, p.298-303 ; CJCE, 20 sept. 1988, *Commission c/ Danemark*, aff. C-302/86, *Rec.* p. 4607 ; CJCE, 11 déc. 1988, *Commission c/ Danemark*, , aff. C-47/88, *Rec.* p. 4530 ; CJCE, 20 mars 1997, *Bic Benelux c/ Belgique*, aff. C-13/96, *Rec.* p. 1753

¹⁵⁴⁵ Respectivement: TFUE: art. 28, 110, 34 et 35

¹⁵⁴⁶ TFUE: art. 107

¹⁵⁴⁷ Cons. Const., déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *loi relative au secteur de l'énergie*, *Rec.*, p. 120, consid. 4

¹⁵⁴⁸ "Taxes locales de l'électricité: la Commission attaque la France", *Energie2007*, 24/11/2010, <http://energie2007.fr>

¹⁵⁴⁹ CJCE, 17 juill. 1997, *Hahr Petroleum*, aff. C-90/94, *Rec.* p. 4085 ; CJCE, 28 janv. 1981, *Kortmann*, aff. 32/80, *Rec.* p. 251

¹⁵⁵⁰ Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, *JOUE L.* 283/51 du 31/10/2003, *préc.* ; sur la compatibilité d'un soutien public aux énergies renouvelables avec les règles de l'OMC : B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables*, Le moniteur, 2008, p.262-264

L'orientation vers l'énergie propre

applicable à une liste de biocarburants visés à l'article 265 bis A dudit code¹⁵⁵¹. Une défiscalisation totale concerne les huiles végétales pures dédiées à l'autoconsommation agricole et l'avitaillement des navires de pêche professionnelle¹⁵⁵². Tel est le cas de la taxe intérieure à la consommation sur le gaz naturel pour les « *entreprises de valorisation de la biomasse* », conformément à l'article 266 quinquies B du code des douanes. Alors que le législateur instituait dans l'article 32 de la loi de finance pour 2005 une taxation progressive au titre de la TGAP pour les entreprises mettant sur le marché certains carburants, une diminution est prévue proportionnellement à la quantité de biocarburants mis à la consommation¹⁵⁵³.

Un taux de TVA réduit est également applicable aux travaux d'entretien et de rénovation des logements de plus de deux ans et aux appareils destinés à être alimentés en énergie renouvelable, aux abonnements de réseaux de chaleur recourant aux énergies renouvelables et à l'achat de chaleur utilisant au moins 60% de biomasse¹⁵⁵⁴. Des réductions de taxes s'appliquent ensuite aux véhicules recourant à des énergies plus propres comme le superéthanol¹⁵⁵⁵.

L'incitation fiscale peut encore se traduire par un crédit d'impôt tel que le prévoit la loi de finance pour 1975 concernant les dépenses résultant « *du remplacement d'une chaudière à fuel usagée par [...] un appareil captant l'énergie solaire* » ; « *un système utilisant l'énergie géothermique* » et « *une dépense relative à des appareils de chauffage d'appoint alimentés par l'énergie solaire* »¹⁵⁵⁶. Le recours à cet instrument s'étend progressivement à d'autres catégories de biens telles que les investissements dans des travaux d'amélioration de la performance énergétique¹⁵⁵⁷. Des réductions fiscales par le recours à la technique de l'amortissement d'impôt sont applicables aux personnes physiques imposées dans le cadre du régime des bénéficiaires industriels et commerciaux (BIC) pour les entreprises recourant aux matériaux destinés à économiser l'énergie et les équipements d'énergie renouvelable¹⁵⁵⁸. Une exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties peut être mise en œuvre pour une durée de quinze ans concernant les constructions et les logements neufs bénéficiant de prêts aidés par l'État¹⁵⁵⁹. Un dégrèvement est encore applicable au profit des offices HLM et des sociétés d'économie mixte effectuant des travaux d'économie d'énergie dans les logements sociaux, égal à 25% des dépenses éligibles¹⁵⁶⁰.

Une diversité d'instruments sectoriels complète le dispositif en faveur des énergies propres pour les particuliers tels que l'allocation de prêts par la caisse des dépôts et le fonds d'investissement pour la maîtrise de l'énergie (FIDEME) qui propose des taux d'intérêts attractifs pour les emprunts

¹⁵⁵¹ P. MARINI, *Rapport d'information sur les prélèvements obligatoires et leur évolution*, Sénat, 2006

¹⁵⁵² C. douanes, art. 265 *ter*

¹⁵⁵³ Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005, *JORF* n°304 du 31 décembre 2004, p. 22459

¹⁵⁵⁴ CGI, art. 279 *ter* et 279.b *nonies*

¹⁵⁵⁵ CGI, art. 1010 A ; CGI, art. 1635 bis O

¹⁵⁵⁶ Loi n° 1974-1484 du 30 décembre 1974 de finance pour 1975, *JORF* du 31 décembre 1974, p. 13243

¹⁵⁵⁷ CGI, art. 200 *quater* ; A. SANDRIN-DEFORGE, "Les énergies solaires", *BDEI*, n°.1, 2008

¹⁵⁵⁸ Les dispositions instituées par la loi n° 90-1168 du 29 décembre 1990 de finances pour 1991, *JORF* n°303 du 30 décembre 1990 p. 16367, permettent de mettre en œuvre l'amortissement exceptionnel de l'article 39 AB du CGI ou l'amortissement dégressif de l'article 39 AA du CGI ; J.-L. BAL, "Les outils de financement des énergies renouvelables", *AJCT*, 2010, p.16

¹⁵⁵⁹ CGI, art. 1384 A ; X. CABANNES, "Les énergies renouvelables et la fiscalité locale", *AJCT*, 2010, p.20

¹⁵⁶⁰ CGI, art. 1391 E

Le droit environnemental de l'énergie (droits européen et français)

d'entreprises porteuses de projets¹⁵⁶¹. La loi Grenelle 2 renforce ces mesures par l'affectation d'une partie des sommes collectées au moyen du livret de développement durable pour réduire les consommations d'énergie des PME. Son article 5 prévoit l'adoption d'incitations financières visant à encourager les propriétaires et les syndicats de copropriétaires à réaliser des travaux de rénovation destinés à accroître la performance énergétique de logements anciens aux caractéristiques énergétiques dégradées.

Dans le secteur automobile, ces incitations prennent la forme d'un « *bonus malus* », complété par des instruments des collectivités territoriales et certains établissements publics tels que l'ADEME, en faveur d'appareils efficaces en énergie ou recourant aux énergies renouvelables¹⁵⁶².

Des dispositifs originaux encouragent la production d'énergie renouvelable par les collectivités territoriales tels que le fonds d'amortissement des charges d'électrification (FACE) soutenant la production d'énergie renouvelable, le fonds de garantie des investissements liés à la maîtrise de l'énergie (FOGIME) destiné à garantir les prêts bancaires concernant l'investissement, ainsi que des soutiens spécifiques telles que l'aide N 353/2001 gérée par l'ADEME en faveur de l'amélioration des systèmes de transport par le recours notamment aux biocarburants.

Ces mesures mettent en exergue la diversité des instruments fiscaux employés pour concourir à une énergie propre. Cependant, les recherches démontrent que la fiscalité énergétique demeure essentiellement orientée à des fins budgétaires¹⁵⁶³. Pourtant, les instruments fiscaux demeurent un levier d'orientation des comportements, et un régime juridique incitatif en ce sens pourrait contribuer de manière importante à l'énergie propre, sous réserve du respect des critères jurisprudentiels mentionnés *supra*.

En complément des instruments fiscaux, le droit français regroupe une série de mesures concourant à l'énergie propre.

2) Des mesures sectorielles

A l'instar du droit de l'UE, les moyens juridiques mis en œuvre dans le système français concernant l'énergie propre se distinguent selon leur caractère incitatif (a) ou contraignant (b).

a) La norme incitative

Le droit français comprend plusieurs catégories d'instruments concourant à l'énergie propre. Parmi ceux-ci, les objectifs quantitatifs fixent une ligne directrice à la politique énergétique. Le législateur prévoit une réduction annuelle de l'intensité énergétique finale de 2 % dès 2015 et 2,5 % d'ici à 2030, 10% de biocarburants dans la quantité totale d'essence et de gazole mise en vente sur le marché national à des fins de transport au 31 décembre 2015, et une part d'énergie renouvelable d'au

¹⁵⁶¹ FIDEME: aide N 353/2001

¹⁵⁶² "Véhicules automobiles : un système de bonus/malus écologique à compter du 1er janvier 2008", *Dépêches JurisClasseur*, n°.1422, 06/12/2007 ; "Présentation d'un plan de relance de l'investissement", *Dépêches JurisClasseur*, n°.1534, 08/12/2008 ; R. HERTZOG, "Les incitations financières au développement de l'énergie solaire", *RJE*, 1979, p.227

¹⁵⁶³ N. CORREA, *Fiscalité de l'énergie et promotion des énergies renouvelables*, Mémoire présenté pour le Master 2ème année droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme, Limoges, 2011

L'orientation vers l'énergie propre

moins 23 % de la consommation d'énergie finale en 2020¹⁵⁶⁴. L'article 5 de la loi Grenelle 1 fixe un objectif de réduction des consommations d'énergie du parc des bâtiments existants d'au moins 38 % d'ici 2020, impliquant une rénovation annuelle de 400 000 logements à compter de 2013¹⁵⁶⁵.

Ces objectifs sont complétés par des droits spécifiques en faveur de l'énergie propre, tels l'article L.511-6 du code de l'énergie qui autorise une augmentation de puissance de 20% des installations hydrauliques par un régime déclaratif, à condition de ne pas porter atteinte à la sûreté et à la sécurité des ouvrages. Dans le même sens, une obligation d'achat d'énergie produite à partir de sources renouvelables fut instaurée par un décret du 20 mai 1955 mettant à la charge d'EDF et des entreprises locales de distribution, l'obligation d'acheter l'électricité des producteurs autonomes¹⁵⁶⁶. Ce dispositif fut progressivement renforcé, le régime applicable étant désormais régi par les articles L.314-1 et L.446-2 du code de l'énergie visant les installations de production d'énergie renouvelable, de valorisation des déchets ménagers, d'alimentation d'un réseau de chaleur et celles efficaces en énergie comme la cogénération, dans une limite de douze mégawatts. L'obligation prend la forme d'un contrat d'achat nominatif et incessible dont la mise en œuvre est précisée par le pouvoir réglementaire¹⁵⁶⁷. Ces tarifs sont arrêtés par le ministre chargé de l'énergie sur proposition de la CRE¹⁵⁶⁸.

La certification énergétique est apparue en France au début des années 1980 pour dépasser les exigences de performance énergétique imposées par la réglementation. Elle se traduit dans le secteur de la construction par six labels énergétiques pouvant être octroyés par un organisme ayant passé une convention avec l'État¹⁵⁶⁹. La certification se distingue de la « démarche » qui repose sur le volontariat du maître d'œuvre et ne contient ni objectif chiffré, ni contrôle¹⁵⁷⁰. Elle coexiste avec une labellisation privée qui demeure licite tant qu'elle n'induit pas de confusion avec une véritable certification¹⁵⁷¹.

L'incitation à l'énergie propre résulte également de politiques publiques exemplaires. Elle s'est traduite par la création du « *Groupe d'étude des marchés développement durable, environnement* » destiné à promouvoir des achats éco-responsables dans les marchés publics¹⁵⁷². Dans le même sens, une utilisation du superéthanol fut mise en œuvre à titre expérimental par

¹⁵⁶⁴ Loi POPE, art. 3 et 4 ; Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 2 ; B. LE BAUT-FERRARÈSE, "La loi d'orientation agricole du 5 février 2006 et les énergies renouvelables", *Env.*, n° 10-13, mars 2006 ;

¹⁵⁶⁵ B. LE BAUT-FERRARÈSE et D. LANDBECK, "La loi sur l'énergie du 13 juillet 2005 et les énergies renouvelables", *AJDA*, 2006, p.189 ; C. KROLIK, "Énergie et climat dans la loi portant engagement national pour l'environnement", *préc.*

¹⁵⁶⁶ Décret n°55-662 du 20 mai 1955 S entre les établissements visés par les articles 2 et 23 de la loi du 8 avril 1946 et les producteurs autonomes d'énergie électrique, *JORF* du 22 mai 1955 p. 5184

¹⁵⁶⁷ Décret n°2001-410 du 10 mai 2001 modifié relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, *JORF* n°110 du 12 mai 2001 p. 7543

¹⁵⁶⁸ C. énerg., art. L.121-9

¹⁵⁶⁹ CCH, art. R. 131-25 à R. 131-28-1 ; ces six labels sont HPE, THPE, HPE EnR, THPE EnR, HPE rénovation et BBC

¹⁵⁷⁰ C. DEN HARTIGH, "Labels énergétiques : s'y retrouver entre les sigles", 31/10/2007, www.amisdelaterre.org ; N. HERVÉ-FOURNEREAU (DIR.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PU Rennes, 2008

¹⁵⁷¹ MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE, "La certification des produits industriels et des services en 7 questions", nov. 2004, ; Cas du label HQE délivré par l'association HQE: www.assohqe.org

¹⁵⁷² GPEN/DDEN, *Guide de l'achat public éco-responsable: l'efficacité énergétique dans les marchés d'exploitation de chauffage et de climatisation pour le parc immobilier existant*, 04/04/2006, www.ecoresponsabilite.ecologie.gouv.fr

Le droit environnemental de l'énergie (droits européen et français)

certaines collectivités territoriales, au titre de la stratégie nationale de développement durable¹⁵⁷³. Cette exigence du législateur français se retrouve dans le concours à la création d'une plate-forme européenne sur l'éco-construction¹⁵⁷⁴. L'article 5 de la loi Grenelle 2 prévoit quant à lui la réalisation d'un audit énergétique pour l'ensemble des bâtiments de l'État et de ses établissements publics.

Le droit national comprend donc une diversité de normes incitant à un comportement compatible avec l'énergie propre. Ce dispositif est complété par des mesures contraignantes.

b) La norme contraignante

Au même titre que pour la norme incitative, le droit français regroupe un ensemble de mesures contraignantes en faveur de l'énergie propre. Dans ce sens, le système des certificats d'économie d'énergie ou « *certificats blancs* » impose aux fournisseurs d'énergie de réaliser ou de faire réaliser des économies d'énergie chez les consommateurs, en fonction d'un objectif national d'économie d'énergie¹⁵⁷⁵. Ils constituent des biens meubles négociables inscrits au registre national des certificats d'économies d'énergie, dont l'unité de compte est le kilowattheure d'énergie finale économisé¹⁵⁷⁶. Leur non-restitution dans le délai imparti peut conduire au prononcé d'une amende administrative, d'un montant maximal de deux centimes d'euros par kilowattheure. L'expérience du Royaume-Uni démontre qu'ils peuvent contribuer à une réduction notable des consommations¹⁵⁷⁷.

La norme est également employée sous la forme de standards minimaux de performance énergétique. Une réglementation thermique applicable en France depuis 1974, désormais régie par le code de la construction, concerne les bâtiments neufs des secteurs résidentiels et tertiaires¹⁵⁷⁸. L'article 4 de la loi Grenelle 1 prévoit que toutes les constructions neuves faisant l'objet d'une demande de permis de construire déposée à compter de la fin de l'année 2012 et, par anticipation à compter de la fin 2010 s'il s'agit de bâtiments publics et de bâtiments affectés au secteur tertiaire, présenteront une consommation d'énergie primaire inférieure à un seuil de 50 kilowattsheures par mètre carré et par an en moyenne¹⁵⁷⁹. Le code de l'environnement complète ces règles en matière d'éco-conception des produits, par des standards minimaux de performance pour certains biens recourant à l'énergie, tandis que le code de la route encadre la consommation énergétique des

¹⁵⁷³ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p.450

¹⁵⁷⁴ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 6

¹⁵⁷⁵ C. éner., art. L. 221-1 et s. ; décret n° 2006-600 du 23 mai 2006 relatif aux obligations d'économies d'énergie dans le cadre du dispositif des certificats d'économies d'énergie, *JORF* n°122 du 27 mai 2006 p. 7944 ; Arrêté du 26 septembre 2006 fixant la répartition par énergie de l'objectif national d'économies d'énergie pour la période du 1er juillet 2006 au 30 juin 2009, *JORF* n°230 du 4 octobre 2006 p. 14663 ; "Les certificats d'économie d'énergie: un mécanisme innovant de promotion de l'efficacité énergétique", *ADEME&vous*, n°10, 04/03/2008, www.ademe.fr

¹⁵⁷⁶ www.emmy.fr

¹⁵⁷⁷ Selon l'ADEME, ce dispositif multipliait par 4,5 les économies d'énergie sur la première année, réduisant la facture du consommateur d'1% environ. Le Gouvernement a pour objectif d'éviter la consommation de 54 à 57 TWh en trois ans soit des objectifs quelque peu inférieurs à l'objectif britannique. S. POIGNANT, *Rapport sur le projet de loi d'orientation sur l'énergie*, n°1597, AN., 18 mai 2004 ; H. REVOL, *Projet de loi d'orientation sur l'énergie*, n°330, Sénat, 2 juin 2004 ; MEEDDAT, *Rapport sur le fonctionnement du dispositif des certificats d'économies d'énergie*, mai 2009, www.developpement-durable.gouv.fr

¹⁵⁷⁸ CCH, art. L. 111-9 et R111-20

¹⁵⁷⁹ A. CURZYDLO-MULLER, "Performance énergétique des bâtiments", *Env.*, n°2, fév. 2010, alerte 16

L'efficacité de l'énergie propre

véhicules automobiles¹⁵⁸⁰. Dans le prolongement, l'article 18 de la loi Grenelle 1 prévoit un retrait progressif de la vente d'ampoules à forte consommation, et l'article 19 interdit la mise en service de nouvelles centrales à charbon ne s'inscrivant pas dans une logique complète de démonstration de captage, de transport et de stockage du dioxyde de carbone.

La norme est également envisagée pour contraindre au changement de comportement. Elle se traduit dans l'obligation de réaliser des plans et des programmes concourant à améliorer la performance énergétique. Le gestionnaire du réseau français de transport d'électricité (RTE) se voit ainsi imposer la réalisation d'un « *schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables* » tandis que les collectivités responsables des réseaux de distribution d'électricité et de gaz peuvent contraindre les gestionnaires à des actions de maîtrise de la demande d'énergie ou d'extension des réseaux¹⁵⁸¹. L'introduction d'un article L.111-10-3 dans le code de la construction conduit à l'obligation de réaliser des travaux d'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments à usage tertiaire ou dans lesquels s'exerce une activité de service public¹⁵⁸². De plus, tout bailleur peut imposer au locataire de contribuer aux investissements résultant de travaux de renforcement de la performance énergétique des bâtiments, à condition d'engager une concertation préalable sur les opérations envisagées¹⁵⁸³. Enfin, un décret du 31 août 2010 prévoit le développement de compteurs électriques permettant aux utilisateurs d'accéder aux données relatives à leur production et leur consommation, ainsi qu'aux tiers qu'ils autorisent¹⁵⁸⁴.

Les normes contraignantes rejoignent donc un cadre juridique étoffé en faveur de l'énergie propre. Ce *corpus* se caractérise par le caractère sectoriel de ses mesures et pose la question de leur évaluation pour éviter un phénomène d'empilement. L'interrogation porte ensuite sur les moyens permettant de contrôler et renforcer l'efficacité du dispositif. En ce sens, un ensemble d'instruments participent à cette fonction et invitent à leur analyse.

2/ L'efficacité de l'énergie propre

L'efficacité juridique se réfère à l'application du droit et à la réalisation des effets escomptés. En ce sens, une série de moyens juridiques, pour l'essentiel étrangers au droit de l'énergie, contribuent à l'efficacité de l'énergie propre¹⁵⁸⁵. Leur analyse conduit à distinguer les moyens matériels applicables en la matière (I), des recours administratifs et juridictionnels (II).

I. Des moyens juridiques

La mise en œuvre de l'énergie propre est renforcée par un ensemble de droits subjectifs

¹⁵⁸⁰ C. env. art. L.224-1 à L. 224-2-1 ; C. BERNARD, "Eco-conception : un cadre réglementaire de plus en plus ambitieux", *Environnement & technique*, n°278, 2008, p.49-51 ; sur le rendement des chaudières et le contrôle périodique de l'efficacité énergétique : c. env. art. R.224-21 à 41 ; code de la route : art. L. 311-1 et L. 318-1 à L. 318-3

¹⁵⁸¹ C. énerg., art. L.321-7 ; CGCT, art. L. 2224-34

¹⁵⁸² A. VINCENT, "Examen du Grenelle II au Sénat : volets bâtiment et urbanisme", *D.*, 2009, p.2215

¹⁵⁸³ CCH, art. R. 442-24 à 26 ; P. MARCANGELO-LEOS, "Contribution des locataires aux travaux d'économies d'énergie", *envirolex*, 27/11/2009, www.envirolex.fr

¹⁵⁸⁴ Décret n°2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité en application du IV de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF* n°0203 du 2 septembre 2010 p.15993

¹⁵⁸⁵ M. PRIEUR, "L'énergie et la prise en compte de l'environnement", *préc.*

spécifiques à l'énergie (A) auquel s'adjoint la protection complémentaire du droit de l'environnement (B).

A. Les droits subjectifs de l'énergie propre

La transcription juridique de l'énergie propre dans le système juridique national se matérialise dans un droit à l'énergie renouvelable (1) et un droit à l'information sur l'énergie (2).

1) Un droit à l'énergie renouvelable

Julien Florin préconise l'intégration d'un « *droit aux énergies renouvelables* » dans le système constitutionnel français¹⁵⁸⁶. Le droit positif confère implicitement cette prérogative au niveau législatif par la reconnaissance d'une liberté de produire de l'énergie renouvelable dans la limite d'une consommation domestique (a) et un droit de consommer de l'électricité issue de sources renouvelables (b).

a) La liberté de produire de l'énergie renouvelable dans la limite d'une consommation domestique

La liberté de produire de l'énergie renouvelable est une spécificité du système juridique français. Alors que la loi du 8 avril 1946 nationalisait la production d'électricité, son article 8 laissait libre la production d'énergie dans une limite de 8 000 kilovoltampères¹⁵⁸⁷. Cette exception fut propice au développement de la production d'énergie renouvelable et explique l'importance relative de l'électricité d'origine hydraulique dans le bouquet énergétique national¹⁵⁸⁸. La production d'électricité à partir de sources renouvelables est régie par un système déclaratoire pour des sites de production d'une puissance inférieure ou égale à 4,5 mégawatts, et une absence de formalité en deçà de 250 kilowatts¹⁵⁸⁹. L'installation de panneaux solaires sur des habitations se limite à une simple mention dans la demande de permis de construire ou fait l'objet d'une déclaration préalable de travaux¹⁵⁹⁰. Sont également dispensées de toute formalité au titre du code de l'urbanisme, les éoliennes dont la hauteur du mât et de la nacelle au-dessus du sol est inférieure à douze mètres¹⁵⁹¹. Obéissent aux mêmes règles les ouvrages de production d'électricité à partir d'énergie solaire installés sur le sol dont la puissance crête est inférieure à trois kilowatts et dont la hauteur maximum au-dessus du sol ne dépasse pas un mètre quatre-vingts¹⁵⁹². Ces mêmes installations sont soumises à une déclaration préalable lorsque la puissance crête est inférieure à trois kilowatts mais dont la hauteur dépasse un mètre quatre-vingts, ainsi que celles dont la puissance crête est supérieure ou

¹⁵⁸⁶ J. FLORIN, *La naissance d'un droit aux énergies renouvelables, une réponse pertinente à la mutation inéluctable du modèle énergétique français, dans le respect de l'environnement*, thèse droit, Université du littoral côte d'Opale, 2007, p. 105-132

¹⁵⁸⁷ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *préc.*

¹⁵⁸⁸ A. CARRON, "La production autonome d'électricité et le droit", *CJEG*, déc. 1972, p.77

¹⁵⁸⁹ C. énerg., art. L.311-1 ; décret n°2000-877 du 7 septembre 2000 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité, *JORF* n°210 du 10 septembre 2000 p. 14214 ; J.-B. AUBY et P. LIGNIÈRES (DIR.), "Énergie photovoltaïque : un cadre juridique à parfaire", *DA*, n°11, prat. 2, nov. 2008 ; A. FOURNIER, "Installations photovoltaïques - Quelques règles essentielles applicables selon le cadre juridique et technique adopté", *JCP Notarial*, n°19, 1191, 14/05/2010 ; Rép. min. n° 10629, *JO Sénat* Q 15 avr. 2010, p. 955, *Env.*, n° 6, juin 2010, alerte 73

¹⁵⁹⁰ C. urb., art. R. 421-17

¹⁵⁹¹ C. urb., art. R. 421-2

¹⁵⁹² *Ibidem*

L'efficacité de l'énergie propre

égale à trois kilowatts et inférieure ou égale à deux cent cinquante kilowatts quelle que soit leur hauteur¹⁵⁹³. L'article 17 du décret du 28 mars 1978 prévoit que l'exploitation des gîtes géothermiques à basse température de minime importance est dispensée de permis d'exploitation.¹⁵⁹⁴ Les installations de méthanisation sont soumises à un régime de déclaration au titre des ICPE pour un seuil de matières traitées inférieur à 30 tonnes par jour¹⁵⁹⁵. Les installations de combustion de biogaz ne sont contraintes par aucune formalité au dessous de 0,1 mégawatt. La production de biocarburants demeure libre mais la mise à la consommation est régie soit par le régime de l'entrepôt fiscal lorsqu'ils sont vendus en tant que tels, soit par le régime de l'agrément fiscal lorsqu'ils sont intégrés aux carburants fossiles¹⁵⁹⁶. La production d'huile végétale est également libre mais sa distribution demeure circonscrite par le code des douanes à une utilisation comme carburant agricole, à l'avitaillement des navires de pêche ou à l'utilisation expérimentale par des collectivités territoriales¹⁵⁹⁷.

L'article L.111-6-2 du Code de l'urbanisme complète le régime juridique en établissant le principe selon lequel le permis de construire, d'aménager ou la décision prise sur une déclaration préalable ne peut s'opposer à l'utilisation de matériaux renouvelables, de matériaux ou procédés de construction permettant d'éviter l'émission de gaz à effet de serre, ou la production d'énergie renouvelable. Il tend à conférer aux individus, un droit de produire de l'énergie renouvelable dans la limite d'une consommation domestique des occupants de l'immeuble, en dehors des secteurs protégés¹⁵⁹⁸. Son effectivité est garantie par l'obligation d'achat d'électricité d'origine renouvelable de l'article L.314-1 du code de l'énergie.

Les communes et leurs groupements peuvent également produire de l'électricité d'origine renouvelable dans la mesure où l'électricité produite n'est pas destinée à être vendue à des clients éligibles, à condition que les installations nouvelles se traduisent par une économie d'énergie et une réduction des pollutions atmosphériques ou lorsqu'elles sont de nature à éviter, dans de bonnes conditions économiques, de qualité, de sécurité et de sûreté de l'alimentation électrique, l'extension ou le renforcement des réseaux publics de distribution d'électricité relevant de leur compétence¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹³ C. urb., art. R.421-9

¹⁵⁹⁴ Décret n°78-498 du 28 mars 1978 relatif aux titres de recherches et d'exploitation de géothermie, *JORF* du 4 avril 1978, p. 1493

¹⁵⁹⁵ C. env., art.R.511-9

¹⁵⁹⁶ Régime de l'entrepôt fiscal : code des douanes: art. 158 D ; régime de l'agrément fiscal : code des douanes, art. 265 bis A ; D. LANDBECK, "Le régime juridique des biocarburants", *Env.*, n° 6, 01/06/2007, p.11-17

¹⁵⁹⁷ B. LE BAUT-FERRARÈSE, "La loi d'orientation agricole du 5 février 2006 et les énergies renouvelables", *Env.*, p.10-13, mars 2006 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p. 93-118

¹⁵⁹⁸ Cette exception s'applique dans un secteur sauvegardé, ZPPAUP, dans le périmètre de protection d'un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques, en site inscrit ou classé, à l'intérieur du cœur d'un parc national, aux travaux portant sur un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques ou adossé à un immeuble classé et aux immeubles protégés en application du 7° de l'article L. 123-1-5 du Code de l'urbanisme. C. KROLIK, "Énergie et climat dans la loi portant engagement national pour l'environnement", *préc.*

¹⁵⁹⁹ CGCT, art. L. 2224-32 et L. 2224-33 ; H COURVIAUD, "Les collectivités locales confrontées à la libéralisation des activités de réseaux électriques: convergences et divergences d'approche entre la France et l'Allemagne", *CJEG*, n° 411-429, nov. 2001 ; C. ISIDORO, L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-uni), *LGDJ*, Bibliothèque de droit public tome 242, thèse droit, Paris, 2006, p. 253-327 ; C. BARTHÉLEMY, "La loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique et les collectivités locales", *JCP-A*, n° 36, 05/09/2005

Le droit environnemental de l'énergie (droits européen et français)

Le droit reconnaît donc implicitement et encourage une liberté de produire de l'énergie renouvelable dans la limite d'une consommation domestique. Cette prérogative est complétée par un droit de consommer de l'électricité issue de sources renouvelables.

b) Un droit de consommer de l'électricité issue de sources renouvelables

Le droit de consommer de l'électricité issue de sources renouvelables était difficilement applicable sous l'empire de la loi du 8 avril 1946, dont le quasi-monopole de la distribution d'électricité ne permettait pas de choisir l'origine de l'énergie produite. L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence permet désormais à tout particulier de choisir son fournisseur en fonction de l'origine de l'énergie produite¹⁶⁰⁰. Le service universel de l'énergie renforce cette prérogative en reconnaissant que tous les clients résidentiels ont le « *droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie* »¹⁶⁰¹. Sa réalisation est garantie par des obligations d'information à la charge des fournisseurs d'énergie et le système des certificats verts en assure la traçabilité¹⁶⁰².

Cette prérogative s'inscrit plus largement dans un droit à l'énergie renouvelable, complété d'un droit à l'information sur l'énergie.

2) Un droit à l'information sur l'énergie

Le droit à l'information sur l'énergie comprend des règles visant à renseigner le consommateur sur les caractéristiques de l'énergie commercialisée et les performances énergétiques des biens et services mis sur le marché¹⁶⁰³. Il regroupe des obligations d'information sur l'énergie (a) et un droit à l'information sur l'énergie nucléaire (b).

a) Des obligations d'information sur l'énergie

Le service universel de l'énergie est à l'origine d'un ensemble d'obligations d'information sur l'énergie. En ce sens, l'exposé des motifs de la directive sur le marché intérieur de l'électricité dispose qu'« *il convient également de garantir aux consommateurs le droit d'être dûment informés de leur consommation d'énergie* » et insiste sur « *la fourniture suffisamment fréquente d'informations sur les coûts de l'énergie aux consommateurs* » et sur la possibilité de « *disposer d'informations claires et compréhensibles sur leurs droits vis-à-vis du secteur énergétique* »¹⁶⁰⁴.

L'article 5 du décret 2004-388 transpose ces exigences en faisant obligation aux fournisseurs d'électricité d'informer les consommateurs sur l'origine de l'électricité fournie¹⁶⁰⁵. Cette charge

¹⁶⁰⁰ Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *préc.*, art. 22-I

¹⁶⁰¹ Directive 2009/72/CE du parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 4

¹⁶⁰² S. COSSÉ, "Il faut un nouveau mode de financement des énergies renouvelables", *Le Monde*, 17/03/2011, www.lemonde.fr

¹⁶⁰³ Sur l'absence de définition juridique de l'information : J.C. GALLOUX, "Ébauche d'une définition juridique de l'information", *D.*, 1994, p.229

¹⁶⁰⁴ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 3§3

¹⁶⁰⁵ Décret n°2004-388 modifié du 30 avril 2004 relatif à l'exercice de l'activité d'achat d'électricité pour revente aux clients éligibles et aux obligations des fournisseurs relatives à l'information des consommateurs d'électricité, *JORF*

L'efficacité de l'énergie propre

consiste à faire figurer sur la facture, la contribution de chaque source d'énergie primaire utilisée pour produire l'électricité desservie. Elle oblige le fournisseur à faire référence à des publications relatives à la quantité de dioxyde de carbone et aux déchets radioactifs générés mais n'implique pas de fournir ces indications à la suite de demandes individuelles.

L'article L.224-1 du code de l'environnement complète le dispositif en prévoyant la possibilité pour le pouvoir réglementaire de prescrire aux fournisseurs d'énergie l'obligation de promouvoir une utilisation rationnelle de l'énergie dans leurs messages publicitaires¹⁶⁰⁶. Ces dispositions ont longtemps été privées de règlement d'application mais un arrêté du 28 novembre 2006 prévoit désormais l'obligation pour les fournisseurs d'énergie de faire la promotion d'une utilisation rationnelle de l'énergie, d'inciter aux économies d'énergie, et de faire figurer le message : « *l'énergie est notre avenir, économisons-la !* » de manière lisible, audible ou intelligible dans leurs messages publicitaires¹⁶⁰⁷. Le non-respect de ces dispositions peut faire l'objet d'une sanction administrative délivrée par le ministre de chargé de l'énergie, proportionnée à la gravité du manquement, sans excéder 1500 euros par diffusion, le montant étant porté à 3000 euros en cas de récidive¹⁶⁰⁸. Conformément à l'article L.142-2 du Code de l'environnement, les associations agréées de protection de l'environnement ont la possibilité de recourir en justice pour faire respecter cette obligation¹⁶⁰⁹.

La directive 2010/30 établit un système d'étiquetage obligatoire et unifié sur la performance énergétique des appareils domestiques¹⁶¹⁰. Elle impose un marquage relatif à la consommation d'énergie du produit, sa notation parmi une échelle de sept classes et innove par rapport à la législation précédente dans le fait qu'elle étend l'obligation d'étiquetage aux produits qui « *ont un impact significatif direct ou indirect* » sur la consommation d'énergie comme les fenêtres, les portes et les châssis¹⁶¹¹. L'obligation d'affichage s'étend aux bâtiments des établissements et des collectivités recevant du public d'une surface hors œuvre nette supérieure à 1000 m², aux voitures particulières neuves proposées à la vente ou en crédit-bail, aux pneumatiques, ainsi qu'au diagnostic de performance énergétique¹⁶¹².

n°104 du 4 mai 2004 p. 7932

¹⁶⁰⁶ J.-Y. FABERON, "Chronique des textes d'application de la loi sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie du 30 décembre 1996", *LPA*, n° 91, 31/07/1998, p.11 ; J.L. PISSALOUX, "La loi sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie ou la gestation difficile d'un édifice inachevé", *LPA*, n° 59, 16/05/1997, p.11

¹⁶⁰⁷ Arrêté du 28 novembre 2006 relatif à la publicité dans le domaine de l'énergie, *JORF* n°277 du 30 novembre 2006, p. 18025 ; C. LEPAGE, "Les innovations de la loi du 13 juillet 2005 en matière d'économie d'énergie et d'énergies renouvelables", *Gaz. Pal.*, n° 19, 19/01/2006, p.3

¹⁶⁰⁸ Décret n°2006-1464 du 28 novembre 2006 relatif à la promotion des économies d'énergie dans les messages publicitaires des entreprises du secteur énergétique, *JORF* n°276 du 29 novembre 2006 p. 17905

¹⁶⁰⁹ Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757, F-D, JurisData n° 2009-050171 ; F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (2e partie) juin 2009 / juillet 2010", *Env.*, n° 1, chron. 1, janv. 2011

¹⁶¹⁰ Directive 2010/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie, *préc.*

¹⁶¹¹ D. AB IAGO, "Efficacité énergétique : Parlement et Conseil s'accordent sur deux outils clés", *Europol. éner.*, n° 768, 02/12/2009, p.1 ; D. AB IAGO, "Le Parlement adopte le compromis sur l'étiquetage des pneus", *Europol. éner.*, n° 768, 02/12/2009, p.7 ; I. SMETS, "Un label énergétique pour les pneus en 2012 au plus tard", *Europol. env.*, n° 776, 15/10/2009, p.22

¹⁶¹² CCH., art. R134-4-1 ; arrêté du 10 avril 2003 relatif à l'information sur la consommation de carburant et les émissions de dioxyde de carbone des voitures particulières neuves, *JORF* n°107 du 8 mai 2003 p. 7986 ; règlement (CE) n°1222/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'étiquetage des pneumatiques en

Le droit environnemental de l'énergie (droits européen et français)

Ces obligations contribuent à démocratiser les informations sur la qualité de l'énergie et la performance énergétique des biens et des services consommés. Elles sont complétées par un droit à l'information sur l'énergie nucléaire.

b) Un droit à l'information sur l'énergie nucléaire

L'article 7 de la Charte de l'environnement reconnaît que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Cette prérogative est mise en œuvre par une diversité de fondements juridiques. Des obligations d'information reposent sur une diversité d'instances telles que l'État, l'ASN, l'ANDRA, le Haut Comité pour la transparence et l'information sur la sécurité nucléaire et les Commissions locales d'information dont l'accès est garanti dans les conditions de la loi du 17 juillet 1978¹⁶¹³. Les articles L.124-1 à 8 du code de l'environnement complètent le dispositif en conférant un droit d'accès aux informations présentant un caractère environnemental, permettant en plus du précédent fondement, d'obtenir la communication d'actes préparatoires lorsqu'ils sont achevés. Le droit à l'information sur les risques majeurs reconnu à l'article L.125-2 du code de l'environnement s'applique aux exploitants d'installations nucléaires de base (INB) qui doivent procéder tous les cinq ans à une information des populations couvertes par un plan particulier d'intervention¹⁶¹⁴. La loi du 13 juin 2006 reconnaît enfin le droit pour toute personne d'obtenir auprès de l'exploitant d'une INB, les informations détenues sur les risques liés à l'exposition aux rayonnements ionisants et sur les mesures de sûreté et de radioprotection prises pour prévenir ou réduire ces risques ou ces expositions, dans des conditions définies aux articles L.124-1 à L.124-6 du code de l'environnement¹⁶¹⁵.

La consolidation du droit à l'information sur l'énergie nucléaire résulte également du droit de l'Union. Elle est mise en lumière dans une annulation par le Conseil d'Etat d'un décret du 9 février 2006 autorisant EDF à procéder aux opérations de mise à l'arrêt définitif et de démantèlement complet de la centrale nucléaire de Brennilis au motif qu'aucune disposition législative ou réglementaire nationale n'avait transposé l'exigence définie par le droit européen d'informer le public préalablement à la délivrance d'une autorisation relative à un projet ayant fait

relation avec l'efficacité en carburant et d'autres paramètres essentiels, *JOUE* L.342/46 du 22/12/2009

¹⁶¹³ Loi 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, *JORF* n°136 du 14 juin 2006, p. 8946 ; loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JORF* du 18 juillet 1978 p.2851 ; H. DELZANGLES, "L'indépendance de L'Autorité de sûreté nucléaire, des progrès à envisager", *RJE*, 2013, n° 1, p. 7-30

¹⁶¹⁴ Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JORF* du 18 juillet 1978 p. 2851, art.1 al.2 ; CADA, avis 20090234, 15/01/2009

¹⁶¹⁵ Loi 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, *préc.*, art. 19: « Toute personne a le droit d'obtenir, auprès de l'exploitant d'une installation nucléaire de base ou, lorsque les quantités en sont supérieures à des seuils prévus par décret, du responsable d'un transport de substances radioactives ou du détenteur de telles substances, les informations détenues, qu'elles aient été reçues ou établies par eux, sur les risques liés à l'exposition aux rayonnements ionisants pouvant résulter de cette activité et sur les mesures de sûreté et de radioprotection prises pour prévenir ou réduire ces risques ou expositions, dans les conditions définies aux articles L. 124-1 à L. 124-6 du code de l'environnement ».

l'objet d'une étude d'impact¹⁶¹⁶.

Ces mesures participent à la transparence du secteur de l'énergie nucléaire. Néanmoins, la doctrine s'est attachée à démontrer leur relativité, au motif qu'elles doivent être conciliées avec d'autres intérêts comme le secret défense¹⁶¹⁷. Selon l'arrêté du 26 janvier 2004 : « *présentent un caractère de secret de la défense nationale la divulgation de renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers relatifs à la protection et au contrôle des matières nucléaires fusibles, fissiles ou fertiles de nature à nuire ou à nuire gravement à la protection physique de ces matières nucléaires dans les domaines de la prévention de la malveillance et de la prolifération* »¹⁶¹⁸. Une circulaire du 26 janvier 2004 prise pour son application précise que : « *les informations et études relatives à la sûreté des matières nucléaires sont exclues de son champ d'application* » et entend limiter le secret à la lutte contre les actes de malveillance. Cependant, des informations relatives à la sûreté nucléaire peuvent être employés pour commettre des actes de malveillance. Tel est le sens des hypothèses, règles utilisées et analyses associées concernant la résistance du réacteur EPR face au risque lié aux chutes d'avions civils que l'exploitant préconisait de « *ne pas les faire figurer dans les rapports de sûreté accessibles ou susceptibles d'être accessibles publiquement* »¹⁶¹⁹.

La relativité du droit à l'information sur l'énergie nucléaire s'observe également dans les catégories de documents pouvant être transmis aux particuliers par les exploitants au titre des articles L.124-1 à L.124-6 du code de l'environnement. En cas de différend, la compétence relève de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). En ce sens, la demande de communication auprès de l'ANDRA d'une liste des 3115 communes susceptibles d'accueillir un centre de stockage de déchets radioactifs de « *faible activité à vie longue* » a reçu un avis favorable¹⁶²⁰. En revanche, une étude détaillant le périmètre d'intervention, en cas de déclenchement du PPI et énonçant les hypothèses des scénarios accidentels a été déclarée non transmissible au motif que sa communication porterait atteinte à la sécurité publique et au secret industriel et commercial¹⁶²¹. Les informations relatives à l'émission de substances dans l'environnement présentent un caractère communicable sauf si elles sont susceptibles de porter atteinte aux relations internationales, à la sécurité publique ou à la défense nationale, au déroulement des procédures juridictionnelles et à la recherche des infractions pouvant donner lieu à des sanctions pénales et

¹⁶¹⁶ CE, 6 juin 2007, *Association Le réseau sortit du nucléaire*, n° 292386

¹⁶¹⁷ M. PRIEUR, "Nucléaire, information et secret défense", in *Débat public sur le projet EPR à Flamanville*, Rapport du groupe de travail dit « Accès à l'information » du 14/11/2005, annexe 8, p. 70, *RJE*, n°3, 2006, p.289, www.debatpublic-epr.org ; M. PRIEUR, "Propositions de réforme du secret défense à la lumière des nouvelles exigences juridiques du droit à l'information en matière d'environnement", *Ibidem*, p. 106-112 ; C. KROLIK, "La prévention de risques nucléaires civils", in *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Bruylant, 2011

¹⁶¹⁸ Arrêté du 26 janvier 2004 relatif à la protection du secret de la défense nationale dans le domaine de la protection et du contrôle des matières nucléaires pris pour l'application du décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale, *JORF* n°24 du 29 janvier 2004, p. 2092

¹⁶¹⁹ Voir la lettre de B. LESCOEUR au Directeur général de la sûreté nucléaire et de la radioprotection du 12//08/2003, www.sortirdunucleaire.org

¹⁶²⁰ CADA, avis 20084058 du 23/10/2008

¹⁶²¹ CADA, avis 20040423 du 05/02/2004

atteinte à des droits de propriété intellectuelle¹⁶²². Dans le même sens, la Commission considère que la communication d'éléments relatifs à la circulation des matières nucléaires, à l'intervention du personnel et à l'organisation interne des centrales est susceptible de porter atteinte à la sûreté publique¹⁶²³.

Enfin, des limitations à la portée juridique du secret défense ont été censurées par le Conseil constitutionnel dans une QPC du 10 novembre 2011¹⁶²⁴. Les sages de la rue de Montpensier ont jugé inconstitutionnelle la subordination d'une perquisition dans un lieu classifié au titre du secret défense à une décision de déclassification temporaire. Ces prescriptions étaient contraires au principe de séparation des pouvoirs, au droit des personnes intéressées d'exercer un recours juridictionnel effectif et au droit à un procès équitable.

Le droit à l'information sur l'énergie nucléaire a donc bénéficié de multiples consolidations. Cependant, la nécessité de le concilier avec la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation amène à des limitations dans sa portée. Il concourt à l'énergie propre en améliorant l'accès aux impacts environnementaux des activités nucléaires et complète un ensemble de droits subjectifs poursuivant cette même finalité, auxquelles s'ajoutent des dispositions protectrices du droit de l'environnement.

B. La protection du droit de l'environnement

Le droit de l'environnement renforce l'efficacité de l'énergie propre dans le cadre de l'évaluation environnementale (1) et de règles applicables aux activités énergétiques (2)¹⁶²⁵.

1) L'évaluation environnementale

L'évaluation environnementale permet d'analyser les incidences des projets susceptibles d'avoir un impact significatif sur les écosystèmes. Elle constitue un moyen de prévenir les nuisances générées par le secteur énergétique (a) et s'adapte à celui-ci par des règles spécifiques (b).

a) Un régime applicable au secteur énergétique

L'article L.122-4 du code de l'environnement pose le principe selon lequel les plans et les programmes au sens de la directive 2001/42/CE, adoptés par l'État, les collectivités territoriales ou leurs groupements et les établissements publics doivent faire l'objet d'une évaluation environnementale lorsqu'ils encadrent des projets soumis à une étude d'impact et plus largement pour les problèmes environnementaux liés au plan ou au programme¹⁶²⁶. En ce sens, certaines

¹⁶²² CADA, avis 20074487 du 06/12/2007

¹⁶²³ CADA, conseil 20072409 du 26/07/2007

¹⁶²⁴ Cons. const., déc. N° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011 ; F. ROME, "Le Conseil constitutionnel et le secret défense : une décision mi figue, mi raison", *D.*, 17/11/2011, n° 40 ; "Secret défense : inconstitutionnalité des règles relatives aux lieux classifiés", *D.*, 18/11/2011, n° 41, p. 2793 ; M. HAAS et A. MARON, "Illustration et défense du secret défense", *Droit pénal*, déc. 2011, n° 12, p. 36-37

¹⁶²⁵ P. BILLET, "Les contraintes environnementales de l'énergie, atouts du développement", *Env.*, juin 2007, p.2

¹⁶²⁶ Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *JOCE L. 197/30* du 21/07/2001, p. 30-37, Annexe II ; CRIDEAU et CIDCE, *L'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement*, Journée d'étude du 24 janvier 2002, www.cidce.org

L'efficacité de l'énergie propre

évaluations prévues par les articles R.122-17 du code de l'environnement et R.121-14 du code de l'urbanisme concernent des plans et programmes en relation avec l'usage de l'énergie, tels que Les directives territoriales d'aménagement, Les schémas de cohérence territoriale, et certains plans locaux d'urbanisme. En revanche, aucune évaluation n'est prévue pour des instruments encadrant spécifiquement le secteur de l'énergie. Cette carence a conduit la Commission européenne à mettre en demeure la France pour une transposition incomplète et incorrecte de la directive¹⁶²⁷.

L'article L.122-1 du code de l'environnement impose la réalisation d'une étude d'impact aux projets qui de par leur nature, leurs dimensions, leur localisation sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine. Il met en œuvre le traité sur la Charte de l'énergie requérant que les États « favorisent l'évaluation transparente, à un stade précoce et préalable à toute décision, et le contrôle ultérieur de l'impact environnemental des projets d'investissement en matière d'énergie qui présente un intérêt significatif pour l'environnement ». Il transpose la directive 85/337/CEE prévoyant dans son annexe I, une liste de projets devant obligatoirement faire l'objet d'une évaluation, tandis que les États conservent une marge d'appréciation pour les activités figurant dans l'annexe II¹⁶²⁸.

De nombreux projets concernent l'énergie parmi lesquels l'extraction de houille, de lignite, de pétrole et de gaz naturel ; les raffineries de pétrole brut, les installations de gazéification et de liquéfaction ou de schiste bitumineux ; les installations de production d'électricité et de chaleur ; le transport d'énergie ; les installations d'enrichissement et de retraitement nucléaires, les centres de stockages de gaz et de déchets radioactifs... La réforme engagée par la loi Grenelle 2 confère à l'étude d'impact une portée juridique renforcée lors de l'autorisation du projet et pendant sa surveillance¹⁶²⁹. Le législateur a également développé un système d'évaluation au cas par cas fondée sur des seuils et selon la sensibilité des milieux¹⁶³⁰.

Le cadre juridique est consolidé par l'institution d'une autorité environnementale chargée de rendre un avis sur la qualité de l'évaluation¹⁶³¹. L'autorité relève du préfet de région pour les projets approuvés localement, mais le ministre chargé de l'environnement peut décider de s'y substituer. Cette autorité est le Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) pour les projets élaborés par le ministre chargé de l'environnement, les établissements publics relevant de sa tutelle, les concessionnaires ou les délégataires de missions entrant dans ses attributions et pour ceux autorisés par le ministre de l'environnement ou adoptés par décret sur son rapport¹⁶³². Elle dépend dans les autres cas du ministre chargé de l'environnement. Concernant les plans et les programmes adoptés localement, elle appartient selon leur type aux préfets de

¹⁶²⁷ Commission européenne, mise en demeure n° 2009/2225 du 8 octobre 2009 ; Commission européenne, avis motivé n° 2005/2312 du 20 novembre 2009

¹⁶²⁸ Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOCE* n° L 175 du 05/07/1985 p. 40-48

¹⁶²⁹ C. env., art. L. 122-1-V al. 2 et L. 122-3-1 à 4 ; sur la portée de l'étude d'impact : B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p. 182-184

¹⁶³⁰ C. env., art. L. 122-1-I al. 3 et R.122-3

¹⁶³¹ C. env. art. R. 122-1-1 ; circulaire du 3 septembre 2009 relative à la préparation de l'avis de l'autorité environnementale, non paru au *JO*, v. annexes

¹⁶³² Décret n° 2008-679 du 9 juillet 2008 relatif au Conseil général de l'environnement et du développement durable, *JORF* n° 160 du 10 juillet 2008

département, de région, de bassin ou de Corse¹⁶³³. Le CGEDD constitue l'autorité évaluatrice pour les plans et programmes approuvés par arrêté du ministre chargé de l'environnement ou par décret pris sur son rapport. Les autres plans et programmes nationaux relèvent du ministre de l'environnement.

L'évaluation du risque complète l'évaluation écologique et se traduit par le recours au plan particulier d'intervention applicable aux centrales électriques présentant un risque pour les populations, les biens et l'environnement, une étude de dangers pour les ouvrages hydrauliques présentant des risques pour la santé publique, et un rapport de sûreté et une étude de maîtrise des risques pour les INB¹⁶³⁴. Des servitudes peuvent également être instaurées autour des installations énergétiques en cas de danger pour la sécurité publique¹⁶³⁵.

L'évaluation environnementale comprend donc un corps de règle évolutif permettant de prévenir les impacts négatifs générés par les activités énergétiques sur la santé et des milieux. Une particularité de celui-ci réside dans son adaptation au secteur de l'énergie par des règles spécifiques.

b) Des règles spécifiques au secteur énergétique

Le secteur de l'énergie évolue et le droit des évaluations environnementales s'adapte à ses particularités¹⁶³⁶. Ces ajustements sont de deux ordres. D'une part, ils conduisent à étendre le champ d'application des activités soumises à ce régime juridique. En ce sens, la nomenclature des ICPE s'adapte aux technologies et impose désormais la réalisation d'une étude d'impact pour les installations de production de biogaz et les éoliennes¹⁶³⁷. D'autre part, l'adaptation s'entend en termes de contenu. A cet effet, les infrastructures de transport doivent faire l'objet d'une évaluation des consommations d'énergie résultant de l'exploitation du projet, notamment du fait des déplacements qu'il entraîne ou permet d'éviter¹⁶³⁸.

Le droit des évaluations environnementales se présente donc comme un complément indispensable au droit environnemental de l'énergie, et s'adapte au secteur énergétique par des dispositions particulières. Ce rôle est également assuré par un second ensemble de dispositions relatif à l'encadrement des activités énergétiques.

¹⁶³³ C. env., art. R. 122-19 ; c. urb., R. 121-15

¹⁶³⁴ Décret n°92-997 du 15 septembre 1992 relatif aux plans particuliers d'intervention concernant certains aménagements hydrauliques, *JORF* n°218 du 19 septembre 1992 p. 12961 ; décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005 relatif aux plans particuliers d'intervention concernant certains ouvrages ou installations fixes et pris en application de l'article 15 de la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 relative à la modernisation de la sécurité civile, *JORF*, n°215 du 15 septembre 2005 p. 14949 ; C. KROLIK, "La prévention de risques nucléaires civils", *préc.*; c. env., art. L211-3 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p.209

¹⁶³⁵ Loi 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, *préc.*, art. 31 ; C. env. L. 214-1-1 ; circulaire du 13 juillet 1999 relative à la sécurité des zones situées à proximité ainsi qu'à l'aval des barrages et aménagements hydrauliques, face aux risques liés à l'exploitation des ouvrages

¹⁶³⁶ C. LONDON, "L'intégration de l'environnement dans les politiques communautaires", *BDEI*, n°6, nov. 2006, p.44-54 ; C. LONDON, "Énergie et environnement : une équation difficile", *préc.*

¹⁶³⁷ M PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5è. éd., 2003, p.487-514 ; R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 6è. éd., 2007, p. 467-479 ; J.-P. BOIVIN, "Le droit des installations classées", *Le moniteur*, 1994

¹⁶³⁸ C. env., art. L. 122-3-II-2°

2) L'encadrement des activités

Le droit de l'environnement prolonge l'encadrement des nuisances générées par les activités énergétiques dans des instruments de planification (a) et de participation citoyenne (b).

a) La planification environnementale

En complément du droit de l'énergie, le droit de l'environnement prévoit une planification du secteur énergétique en vue d'en prévenir les nuisances. En ce sens, l'article L.222-1 du code de l'environnement impose la réalisation de schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie (SRCAE) en remplacement des plans régionaux pour la qualité de l'air (PRQA). Ils sont élaborés dans chaque région dans un délai d'un an à compter de la publication de la loi Grenelle 2. Ils fixent aux horizons 2020 et 2050, les orientations conduisant à une division par quatre des émissions de gaz à effet de serre, et déterminent des objectifs régionaux de maîtrise de l'énergie. Ils répartissent par zones géographiques, les objectifs qualitatifs et quantitatifs à atteindre en matière de valorisation du potentiel énergétique terrestre, renouvelable et de récupération. Le projet de schéma doit notamment se fonder sur un inventaire des émissions de gaz à effet de serre, un bilan énergétique, une évaluation du potentiel énergétique, et des améliorations possibles en matière d'efficacité énergétique. Ce schéma est approuvé par le Conseil régional puis arrêté par le préfet de région, après consultation des collectivités territoriales concernées et de leurs groupements. La participation du public demeure limitée puisque le législateur ne prévoit qu'une mise à disposition du public sous une forme électronique notamment, pour une durée minimale de quinze jours.

Un plan climat-énergie territorial (PCET) est rendu obligatoire à compter du 31 décembre 2012 pour les régions, les départements, les communes et leurs groupements de plus de 50 000 habitants¹⁶³⁹. Il constitue le volet climat d'un projet territorial de développement durable ou d'un Agenda 21 local et définit des objectifs en termes d'atténuation du réchauffement climatique et un programme d'action comprenant une amélioration de l'efficacité énergétique et un accroissement de la production d'énergie renouvelable. Il contient un dispositif de suivi et d'évaluation des résultats. L'article L.122-1-12 du code de l'urbanisme prévoit que le SCOT doit « *prendre en compte* » les plans climat-énergie territoriaux, ces derniers devant être « *compatibles* » avec le SRCAE¹⁶⁴⁰.

Ces instruments complètent la planification énergétique (PPIE, schémas de services collectifs de l'énergie, schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables...) en portant l'attention sur l'impact environnemental des activités énergétiques. Ils assurent également un rôle essentiel en liant des objectifs énergétiques et environnementaux nationaux fixés par le législateur, et une mise en œuvre locale. Ils s'inscrivent enfin dans un cadre complémentaire régissant le secteur de l'énergie concernant la participation citoyenne.

b) La participation citoyenne

Les carences relatives à la participation citoyenne dans le domaine de l'énergie ont été

¹⁶³⁹ C. env., art. L.229-26 ; A. FOURMON, "L'essor des plans Climat-Énergie territoriaux", *Gaz. Pal.*, n°185, 04/07/2009, p.24

¹⁶⁴⁰ C. env., art. L. 229-26-IV

Le droit environnemental de l'énergie (droits européen et français)

révélées au cours des débats relatifs à la loi de 1991 sur la gestion des déchets radioactifs¹⁶⁴¹. Selon Christian Bataille, l'objet de la participation citoyenne est encore parfois mal compris dans notre pays, précisant qu'« en 1990, le gouvernement de l'époque, celui de Michel Rocard, s'est tourné vers le pouvoir législatif, presque en désespoir de cause, en tout cas confronté à une situation qu'il n'avait pas prévu: une révolte, une jacquerie, des émeutes de populations n'acceptant pas les solutions préconisées en matière de déchets nucléaires parce qu'elles n'y avaient pas été préparées, pour ne rien comprendre ou en tout cas, ne pas comprendre l'essentiel du problème En bref, on n'avait pas pris la peine de leur donner des explications »¹⁶⁴². La participation citoyenne est d'autant plus essentielle dans ce domaine que « depuis quelques décennies, les orientations et les décisions sont prises par le pouvoir gouvernemental, un pouvoir exécutif essentiellement conseillé par un pouvoir technique et économique, sans recours au débat, sans recours à la législation. Aujourd'hui encore, il reste un long chemin à parcourir »¹⁶⁴³.

Elle intègre le droit de l'environnement jusqu'à disposer d'instruments diversifiés dans le domaine de l'information et de la participation, dont le caractère fondamental se révèle dans la consécration constitutionnelle du droit d'accès aux informations environnementales détenues par les autorités publiques et celui de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement¹⁶⁴⁴. Ces dispositions sont complétées par la convention d'Aarhus, ratifiée par la France le 8 juillet 2002, reconnaissant les droits d'accès à l'information sur l'environnement, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière environnementale¹⁶⁴⁵. Ces prérogatives sont reconnues par la directive 2003/35 et dans une proposition de directive visant à renforcer ce dispositif¹⁶⁴⁶. L'importance que confère le législateur à ces instruments se manifeste dans leur place au sein des premiers articles du code de l'environnement, à la suite des principes généraux. Ceux-ci reconnaissent que l'information et la participation du public doivent être menées à un stade précoce de la procédure et se traduisent par la

¹⁶⁴¹ Loi n°91-1381 du 30 décembre 1991 relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs, *JORF* n°1 du 1 janvier 1992, p. 10 ; M.PRIEUR, "Les déchets radioactifs, une loi de circonstance pour un problème de société", *RJE*, n°1, 1992, p.19

¹⁶⁴² C. BATAILLE, "Les choix technologiques et la démocratie", E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie*, 1996, p.57-58

¹⁶⁴³ *Ibidem*, p.58 ; M. BOURJOL, *Énergie et démocratie : rapport au Ministre délégué auprès du Ministre de l'industrie chargé de l'énergie, rapport du Groupe de travail sur les aspects institutionnels de la politique énergétique*, Paris, La documentation française, 1982

¹⁶⁴⁴ M. PRIEUR, "La convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale", *RJE*, n° spécial: la convention d'Arhus, actes de la journée d'études du 28 janvier 1999, 1999, p.9-29 ; M. PRIEUR, "Les nouveaux droits", *AJDA*, n°21, 06/06/2005, p.1157-1163 ; B. MATHIEU, "La portée de la charte pour le juge constitutionnel", *AJDA*, 2005, p.1173 ; K. FOUCHER, "La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement", *AJDA*, 2006, p.2316 ; M. MOLINER-DUBOST, "Démocratie environnementale et participation des citoyens", *AJDA*, 2011, p. 259

¹⁶⁴⁵ *RJE*, n° spécial: la convention d'Arhus, actes de la journée d'études du 28 janvier 1999, 1999 ; J. BETAÏLLE, "Le droit français de la participation du public face à la Convention d'Arhus", *AJDA*, 2010, p.2083 ; J. BETAÏLLE, "The Aarhus Convention direct effect seen by the French "Conseil d'Etat", *ELNI Review*, n°2, 2009, p.63-73

¹⁶⁴⁶ Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil, *JOUE* L.156/17 du 25/06/2003 ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2003 relative à l'accès à la justice en matière d'environnement, COM/2003/624final ; J.-C. HÉLIN, "Les directives "plans-programmes" et la participation du public - les procédures du droit interne sont-elles conformes aux exigences du droit communautaire", in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.509-528

L'efficacité de l'énergie propre

possibilité pour la personne responsable d'un projet, d'un plan ou d'un programme, de procéder à « une concertation préalable à l'enquête publique associant le public pendant la durée d'élaboration du projet, plan, programme ou décision »¹⁶⁴⁷. Elle se traduit par l'organisation de débats publics pour la création de lignes électriques, d'oléoducs, de gazoducs, de barrages hydroélectriques, d'INB et de manière générale pour les « options générales d'intérêt national en matière d'environnement, de développement durable ou d'aménagement »¹⁶⁴⁸. Le maître d'ouvrage est alors tenu d'informer la Commission nationale du débat public (CNDP) postérieurement au débat jusqu'à l'enquête publique des modalités d'information et de participation du public mises en œuvre et de leur évaluation¹⁶⁴⁹. Lorsque la CNDP estime qu'un débat n'est pas nécessaire, elle peut désigner un « garant » chargé de veiller à ce qu'une concertation permette au public de présenter ses observations et ses contre-propositions¹⁶⁵⁰. Afin d'accroître la confiance citoyenne et inciter la participation, Bertrand Pancher et Marie-Jo Zimmermann proposent d'élargir le champ d'application du débat public, de valoriser l'utilisation des technologies d'information et de communication, et d'envisager « un mode de saisine sur le modèle d'une pétition citoyenne »¹⁶⁵¹.

La participation citoyenne à la politique énergétique se manifeste également dans la possibilité pour le préfet, en sus des cas obligatoires, d'instituer une commission locale pour améliorer l'information des citoyens sur l'impact environnemental et sanitaire d'une ou plusieurs installations classées¹⁶⁵². Il peut également créer des instances pluripartites destinées à éviter, réduire et, lorsque c'est possible, compenser les effets négatifs notables des projets d'infrastructures de transport, et mettre à la charge du maître d'ouvrage les frais d'études et d'expertise¹⁶⁵³. L'enquête publique est en principe requise pour des projets, des plans et des programmes susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'environnement, son régime ayant évolué en conférant des pouvoirs élargis au commissaire enquêteur, la possibilité de recourir à une enquête unique, de la suspendre, d'établir une enquête complémentaire, et par un regroupement des dix-sept procédures préexistantes

¹⁶⁴⁷ C. env., art. L. 121-16

¹⁶⁴⁸ C. env., art. R. 121-2 et L. 121-10 ; sur les conditions de saisine de la CNDP: CE, 28 déc. 2005, n° 277128, *Synd. d'agglomération nouvelle Ouest Provence*, Juris-Data n° 2005-069434, J.-M. FÉVRIER, *Env.*, n° 3, mars 2006, comm. 39

¹⁶⁴⁹ C. env., art. 121-13-1 ; A. CURZYDLO-MULLER, "Projet de reconstruction de la ligne de grand transport d'électricité entre Charleville-Mézières et Reims", *Env.*, n° 1, alerte 9, janv. 2011 ; à propos de l'EPR: CNDP, déc. n° 2004-37, n° 2004-39, 1er déc. 2004, *JO* 14 décembre 2004, *Env.*, n° 1, janv. 2005, alerte 9 ; CNDP, déc. n° 2009-32, 1er juill. 2009, *JO* 19 nov. 2009, *Env.* n° 1, Janvier 2010, alerte 8 ; sur la gestion des déchets radioactifs: CNDP, déc. n° 2005-10, 2 mars 2005 relative aux options générales en matière de gestion des déchets radioactifs de haute activité et de moyenne activité à vie longue : *JO* du 23 mars 2005, n° 5, mai 2005, alerte 46 ; sur un parc éolien: CNDP, déc. n° 2009/50/2 CÔTES/1, 7 oct. 2009, *JO* 29 oct. 2009, n° 12, déc. 2009, alerte 91; sur l'absence de débat public relativement à un projet de raccordement par liaison souterraine de 400 000 volts d'une centrale de production de type « cycle combiné à gaz » en Moselle: CNDP, déc. n° 2009-59, 4 nov. 2009 : *JO* du 26 nov. 2009, *Env.*, n° 1, janv. 2010, alerte 7 ; sur les projets de terminaux méthaniens au Verdon, sur le port de Dunkerque et sur le port d'Antifer: CNDP, déc. n° 2007-15, 4 janv. 2007 : *JO* du 20 avril 2007 ; CNDP, déc. n° 2007-16, 17 janv. 2007, *JO* du 20 Avril 2007. - CNDP, déc. n° 2007-22, 2 mai 2007, *JO* 15 mai 2007, *Env.*, n° 6, juin 2007, alerte 35 ; sur le transport de gaz naturel en Île-de-France: CNDP, déc. n° 2009/07, 4 févr. 2009 relative au projet de canalisation de transport de gaz naturel entre Cuvilly (Oise) et Voisines (Haute-Marne) (projet Arc de Dierrey), *JO* du 21 Février 2009, texte n° 84, *Env.*, n° 4, avril 2009, alerte 29

¹⁶⁵⁰ C. env., art. L. 121-9

¹⁶⁵¹ B. PANCHER et M.-J. ZIMMERMANN, *Pour une citoyenneté active en France - Moderniser la décision publique par la participation*, AN, nov. 2010, p. 49-50

¹⁶⁵² C. env., art. L. 125-2-1

¹⁶⁵³ C. env., art. L. 125-8

Le droit environnemental de l'énergie (droits européen et français)

en deux régimes distincts : l' « *enquête publique environnementale* » et l' « *enquête d'utilité publique* »¹⁶⁵⁴. Pour les projets, les plans et les programmes de moindre importance, une « *mise à disposition du public* » peut suffire. Enfin, l'article L.120-1 du code de l'environnement établit le principe selon lequel les décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics sont soumises soit à une publication du projet avant la saisine d'un organisme consultatif comportant des représentants des usagers, ou à défaut, une participation directe du public par voie électronique, pour une durée minimale de quinze jours francs¹⁶⁵⁵.

La participation citoyenne dans le secteur de l'énergie peut encore être assurée par des fondements du droit commun. Depuis le 1er avril 2012, un million de ressortissants de l'Union peuvent soumettre une proposition législative et présenter l'initiative lors d'une audition publique organisée devant le Parlement européen¹⁶⁵⁶. La Commission doit répondre au moyen d'une communication dans laquelle elle expose ses conclusions sur l'initiative, l'action qu'elle compte entreprendre, ainsi que les motifs de sa décision¹⁶⁵⁷.

Au niveau national, le président de la République a la possibilité de recourir à une révision constitutionnelle par la voie référendaire¹⁶⁵⁸. Il peut également sur proposition du Gouvernement, soumettre au référendum, tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation, et sur les services publics qui y concourent¹⁶⁵⁹. Cette procédure peut également être employée pour autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a modifié l'article 11 de la Constitution, en prévoyant la possibilité pour un cinquième des parlementaires, d'organiser une « *initiative référendaire* », soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales¹⁶⁶⁰. Stéphane Pinon qualifie cette procédure de « *référendum minoritaire* », étant donné les conditions contraignantes de sa mise en œuvre¹⁶⁶¹.

Le Conseil économique, social et environnemental (CESE) peut également être saisi par voie de pétition par 500 000 personnes majeures de nationalité française ou résidant régulièrement

¹⁶⁵⁴ J. BETAÏLLE, "La réforme de l'enquête publique issue de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement", *Complément territorial*, déc. 2010 ; C. KROLIK, "Utilité et rôle de l'enquête publique : point sur la réforme en cours et le calendrier de sa mise en application", Journée d'information et d'échanges avec les commissaires enquêteurs, Paris, 07/10/2008, www.afpcn.org, ; Y. JÉGOUZO, *Étude d'impact d'une réforme de l'enquête publique*, juin 2007, www.cnce.fr ; CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2003*, Études et documents du Conseil d'État, n° 54, La documentation française, Paris

¹⁶⁵⁵ G. MONÉDIAIRE, "L'admission très circonspecte de la participation du public à l'élaboration des actes administratifs réglementaires : l'article 244 de la loi dite "Grenelle 2", *Complément territorial*, déc. 2010, p.13-17

¹⁶⁵⁶ TUE, art. 11 ; règlement (UE) n°211/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 relatif à l'initiative citoyenne, *JOUE*, L.65/1 du 11/03/2011

¹⁶⁵⁷ F. KAUFF-GAZIN, "Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne : un bilan contrasté", *Europe*, n° 7, dossier 5, Juill. 2008

¹⁶⁵⁸ Const., art. 89

¹⁶⁵⁹ Const., art. 11

¹⁶⁶⁰ Projet de loi organique n°3072 du 22 décembre 2010 portant application de l'article 11 de la Constitution ; projet de loi, n°3073 du 22 décembre 2010 portant application de l'article 11 de la Constitution

¹⁶⁶¹ S. PINON, "Improbable loi organique, impossible initiative populaire", *AJDA*, 2009, p.2002

L'efficacité de l'énergie propre

en France¹⁶⁶². Celle-ci est transmise à la commission des lois qui peut décider, soit du classement pur et simple, soit du renvoi à une autre commission permanente ou à un ministre, soit de l'élaboration d'un rapport à inscrire à l'ordre du jour d'une séance publique. Dans tous les cas, la commission concernée ou le ministre sont tenus d'adresser un avis au pétitionnaire. Stéphane Pinon remarque que « *la réunion de 500 000 signatures pour saisir le CESE sera de nature à rebuter bien des initiatives* »¹⁶⁶³. Bertrand Pancher et Marie-Jo Zimmermann souhaitent simplifier l'accès à cette institution pour en faire un « *organe permanent de concertation* »¹⁶⁶⁴.

Localement, les électeurs peuvent être consultés par leur commune sur les décisions que le maire envisage de prendre, à condition que la question relève de sa compétence¹⁶⁶⁵. Un référendum peut également être institué à l'initiative des collectivités territoriales, sur tout projet relevant de ses prérogatives¹⁶⁶⁶. Un droit de pétition peut encore être initié par un cinquième des électeurs de la commune ou un dixième pour les autres catégories de collectivités, pour demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante, d'une question relevant de ses attributions¹⁶⁶⁷. Bertrand Pancher et Marie-Jo Zimmermann proposent de donner la possibilité aux citoyens de demander un débat public sur une question locale par voie de pétition¹⁶⁶⁸.

La participation peut être mise en œuvre par des dispositifs *ad hoc* tels qu'employés préalablement à l'adoption de la loi POPE. Une concertation aboutit à la publication d'un livre blanc en 2003, une consultation publique au printemps 2004, un rapport de Jean Besson suivi d'un débat législatif en avril 2004¹⁶⁶⁹. Concernant le Grenelle de l'environnement, un Groupe « *lutter contre les changements climatiques et maîtriser la demande d'énergie* » composé de représentants des syndicats de salariés, des employeurs, des collectivités territoriales, des associations, des services de l'État et des personnes morales associées, fut institué afin de moderniser le droit de l'environnement, l'adapter aux évolutions du secteur énergétique et encadrer ses incidences¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶² Loi organique n°2010-704 du 28 juin 2010 relative au Conseil économique, social et environnemental, *JORF* n°148 du 29 juin 2010, p.11633

¹⁶⁶³ S. PINON, "Le Conseil économique, social et environnemental : entre évolution et révolution", *DA*, n°7, étude 15, juill. 2010

¹⁶⁶⁴ B. PANCHER et M.-J. ZIMMERMANN, *Pour une citoyenneté active en France - Moderniser la décision publique par la participation, préc.*, p. 50

¹⁶⁶⁵ CGCT, art. L. 112-15 ; BENNER, *De l'intervention directe des électeurs dans la gestion des affaires municipales*, Thèse, Toulouse, 1897 ; sur la notion d'« *affaires de la commune* » : CE, 16 déc. 1994, *Commune d'Avrillé* ; CAA Lyon, 6 mars 1997, *Commune de Mandelieu-La Napoule* ; CE, 21 juin 2000, *Commune de Chervieu-Chavagneux* ; TA Grenoble, 16 août 2001, *Préfet de Haute-Savoie*

¹⁶⁶⁶ Const., art. 72-1 al. 2 ; CGCT, art. L.O. 1112-1 à 14 ; J. MORAND-DEVILLER, *Cours droit administratif*, Montchrestien, 10è. éd., 2007, p.209-210 ; P. DELVOLÉ, "L'organisation décentralisée de la République - le référendum local", *RFDA*, 2004, p.7-20 ; P. ZAVOLI, "La démocratie administrative existe-t-elle? Plaidoyer pour une refonte de l'enquête publique et du référendum local", *RDP*, n°5, 2000, p.1595-1527 ; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5. éd., 2003, p.134-135

¹⁶⁶⁷ Const., art. 72-1 al. 1 ; CGCT, art. L. 112-16 à 22 ; M. VERPEAUX, "Référendum local, consultations locales et Constitution", *AJDA*, 24/03/2003, p.540

¹⁶⁶⁸ B. PANCHER et M.-J. ZIMMERMANN, *Pour une citoyenneté active en France - Moderniser la décision publique par la participation, préc.*, p. 50

¹⁶⁶⁹ N. FONTAINE, *Livre blanc sur les énergies*, Ministère de l'industrie, la documentation française, nov. 2003 ; C. BARTHÉLEMY, "La loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique et les collectivités locales", *JCP A*, n°36, 05/09/2005

¹⁶⁷⁰ MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT ET DE L'AMÉNAGEMENT DURABLES, *Grenelle de l'environnement - Groupe 1 : « Lutter contre les changements climatiques et maîtriser la demande d'énergie »*, la

Jean-Éric Gicquel affirme que « la faiblesse de la démocratie référendaire française est patente. La place minorée des citoyens dans le processus de décision politique est symptomatique d'un esprit de défiance caractérisé à leur encontre. Un réaménagement des modalités de participation populaire s'avère donc souhaitable »¹⁶⁷¹. Pourtant, elle permettrait d'impliquer le public dans des choix énergétiques, à l'instar du débat public organisé en Norvège dans les années 1970 afin d'organiser la gestion des ressources en hydrocarbures¹⁶⁷². En 1980, par l'intermédiaire d'un référendum, les Suédois se sont prononcés pour une sortie progressive du nucléaire par un non-renouvellement des douze réacteurs du pays¹⁶⁷³. Dans le même sens, la Suisse adoptait en 1994 par référendum « l'initiative des Alpes », conduisant le Gouvernement à transférer le fret transalpin de la route vers le rail¹⁶⁷⁴. Bertrand Pancher et Marie-Jo Zimmermann considèrent que « les débats publics généraux dans notre pays demeurent extrêmement rares. Le Gouvernement ne les suscite que très peu et le Parlement n'a aucune capacité directe de saisine de la CNDP [...]. Notre pays affiche un retard considérable dans la généralisation de ces pratiques »¹⁶⁷⁵. Pour Jean-Bernard Auby : « la panoplie des mécanismes de participation des citoyens aux décisions administratives qu'offre le droit français est à la fois conséquente et lacunaire »¹⁶⁷⁶. Ces carences résident notamment dans des procédures parfois complexes à mettre en œuvre, notamment au titre des pétitions, justifiant certainement leur usage modéré. Pourtant, la participation citoyenne pourrait assurer un rôle essentiel dans un secteur de l'énergie marqué par un bouquet énergétique qui devra être précisé pour les prochaines décennies, et dont la réalisation implique une action combinée du corps social. Elle participe à l'éducation et à la responsabilisation des populations et complète ainsi un ensemble de moyens matériels concourant à l'efficacité de l'énergie propre. Cette fonction est également assurée par des instruments complémentaires relevant des recours administratifs et juridictionnels.

II. Des recours administratifs et juridictionnels

Certains recours juridiques participent à l'efficacité de l'énergie propre en conduisant l'administration ou le juge à étudier des impacts environnementaux générés par des activités énergétiques et en prononçant, le cas échéant, des injonctions permettant de réparer les nuisances. Ce constat conduit à préciser ces catégories de recours (A) et les régimes juridiques applicables (B).

A. Les catégories de recours

Les activités énergétiques peuvent engendrer des dommages environnementaux auprès d'une multitude de victimes, tant pour des accidents de grande ampleur que pour une accumulation de faibles doses. Cette caractéristique implique de disposer de recours permettant une appréhension

documentation française, sept. 2007

¹⁶⁷¹ J.-E. GICQUEL, "Faut-il introduire en France le référendum législatif d'initiative populaire ?", *LPA*, n°20, 28/01/2005, p.5

¹⁶⁷² J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie*, préc., p.276

¹⁶⁷³ P. FARCY, "La Suède renoue avec le nucléaire", *Univers-nature*, 27/06/2006, www.univers-nature.com ; le Parlement adoptait le 17 juin, une loi l'interdiction de construire de nouveaux réacteurs nucléaires.

¹⁶⁷⁴ "Le "tunnel du siècle" achevé au cœur des Alpes suisses", *Le Monde*, 14/10/2010, www.lemonde.fr

¹⁶⁷⁵ B. PANCHER et M.-J. ZIMMERMANN, *Pour une citoyenneté active en France - Moderniser la décision publique par la participation*, p. 49

¹⁶⁷⁶ J.-B. AUBY, "Nouvelles de la démocratie administrative", *DA*, n°4, repère 4, avril 2010

globale des préjudices, par un recours des ONG (1) ou un recours collectif (2).

1) Le recours des ONG

Les ONG ont su s'imposer comme des acteurs essentiels de la protection environnementale par le recours juridictionnel¹⁶⁷⁷. En ce sens, l'article L.142-1 du code de l'environnement reconnaît à toute association ayant pour objet la protection de la nature et de l'environnement, la possibilité d'engager un recours devant les juridictions administratives pour tout grief se rapportant à celle-ci. De plus, toute association de protection de l'environnement agréée justifiant d'un intérêt peut également recourir contre une décision administrative ayant un rapport direct avec son objet et ses activités statutaires si elle produit des effets dommageables sur l'environnement, sur tout ou partie du territoire pour lequel elle bénéficie de l'agrément. Néanmoins, la capacité de recourir des ONG environnementales demeure inégale selon les systèmes juridiques¹⁶⁷⁸. Alors que le juge des droits de l'Homme conforte cette solution (a), le juge de l'Union adopte une position conservatrice (b).

a) Des contours fixés par le juge des droits de l'Homme

Selon l'article 34 de la CEDH : « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles ». La question est de savoir si une ONG peut se prévaloir du statut de victime pour des atteintes portées à l'environnement par des activités énergétiques. Dans l'affaire *Gorraiz Lizarraga*, une association de riverains s'était constituée pour faire face à la construction d'un barrage et le Gouvernement espagnol invoquait l'absence de qualité de victime des requérants¹⁶⁷⁹. La Cour réaffirma une jurisprudence constante selon laquelle la qualité de victime, au sens de l'article 34 de la Convention implique « un lien suffisamment direct entre le requérant en tant que tel et la violation alléguée ». Elle poursuit en affirmant que cette notion doit « faire l'objet d'une interprétation évolutive à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui » constatant que « dans les sociétés actuelles, lorsque le citoyen est confronté à des actes administratifs spécialement complexes, le recours à des entités collectives telles que les associations constitue l'un des moyens accessibles, parfois le seul, dont il dispose pour assurer une défense efficace de ses intérêts particuliers ». Notant que l'association fut créée dans le but spécifique de défendre les intérêts de ses membres devant les tribunaux et que ces derniers étaient directement affectés par le projet de barrage, la Cour reconnaît à l'ONG requérante la qualité de victime. Le juge des droits de l'Homme affirme dans une jurisprudence constante, que cette notion « doit être interprétée de façon autonome et indépendante de notions internes telles que celles concernant l'intérêt ou la qualité pour agir »¹⁶⁸⁰.

Dans l'arrêt *Collectif stop Melox et Mox* du 28 mars 2006, la Cour admet l'invocabilité de l'article 6 par une ONG alors même que la procédure litigieuse visait essentiellement la défense de

¹⁶⁷⁷ J.A FUENTES VÉLIZ, "L'évolution du rôle des organisations non gouvernementales dans le droit de l'environnement", *REDE*, n° 4, 2007, p.401-430 ; J.-B. AUBY, "Le « troisième secteur »", *DA*, n° 8, repère 8 Août 2006

¹⁶⁷⁸ *RJE*, n° spécial: le juge en Europe et le droit communautaire de l'environnement, déc. 2009

¹⁶⁷⁹ CEDH, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga e. a. / Espagne*, req. 62543/00

¹⁶⁸⁰ H. LABAYLE et F. SUDRE, "droit administratif et convention européenne des droits de l'homme", *RFDA*, 2005, p. 985

l'intérêt général, dès lors que la contestation soulevée présente un lien suffisant avec un « *droit* » dont elle peut se considérer titulaire en tant que personne morale¹⁶⁸¹. La Cour conforta cette jurisprudence dans l'affaire *l'Erablière*, dans laquelle l'ONG ne se présentait cette fois pas comme une association de riverains mais bien comme une association de défense de l'environnement, en considérant que l'intérêt général défendu ne peut « *être assimilé à une actio popularis, compte tenu des circonstances de l'espèce, notamment la nature de l'acte attaqué, la qualité de la requérante et de ses fondateurs ainsi que le but matériellement et géographiquement limité poursuivi par celle-ci* »¹⁶⁸².

Le droit d'accès à un tribunal implique l'existence d'un lien direct entre le dommage environnemental et le droit de caractère civil invoqué, un lien ténu ou des répercussions lointaines ne pouvant suffire¹⁶⁸³. Lorsque la menace sur l'environnement est sérieuse, précise et imminente, le recours à l'article 6 est possible dès lors que les dangers présentent un degré de probabilité suffisant pour rendre l'issue du litige directement déterminante pour les droits des intéressés¹⁶⁸⁴. Cette jurisprudence conduit à ouvrir plus largement le recours des ONG et permet une harmonisation de la qualité pour agir des ONG environnementales¹⁶⁸⁵.

L'accès des ONG est également reconnu dans la Charte sociale européenne depuis le protocole de 1995 entré en vigueur le 1er juillet 1998, afin d'introduire des « *réclamations* » devant le Comité européen des droits sociaux, tendant au constat d'une violation des dispositions de la Charte par un État, selon une procédure quasi-juridictionnelle¹⁶⁸⁶.

Le juge européen des droits de l'Homme instaure donc un régime juridique favorable aux recours des ONG pour des litiges environnementaux. Il précise également les contours des actions et fixe un cadre de référence pour les autorités juridictionnelles nationales. Cette jurisprudence contraste avec la position plus mitigée du juge de l'Union.

b) Une jurisprudence de l'Union européenne en demi-teinte

Le droit de l'Union présente la particularité de promouvoir le recours juridictionnel des ONG environnementales dans les États membres¹⁶⁸⁷. En effet, l'Union a ratifié puis transposé la Convention d'Aarhus reconnaissant les droits à l'information, à la participation et au recours en

¹⁶⁸¹ CEDH, 12 juin 2007, *Collectif stop MELOX et MOX / France*, req. n°75218/01 ; F.-G. TRÉBULLE, "droit de l'environnement", *D.*, 2009, p. 2448

¹⁶⁸² CEDH, 24 février 2009, *L'Erablière A.S.B.L. / Belgique*, req. n°49230/07 ; F. SUDRE, "droit de la Convention européenne des droits de l'homme", *JCP-G*, n°29, 13/07/2009, p. 143

¹⁶⁸³ CEDH, Grande Ch., 26 août 1997, *Balmer-Schafroth et a. / Suisse*, req. n°67/1996/686/876

¹⁶⁸⁴ CEDH, Grande Ch., 6 avril 2000, *Athanassoglou et a. c/ Suisse*, Juris-Data n° 2000-162516 et 2000-130657, *Rec. CEDH* 2000, IV, § 54 ; J.-F. RENUCCI, "Convention européenne des droits de l'Homme et environnement", *JCI Europe*, fasc. 6527, 03/03/2007

¹⁶⁸⁵ F. SUDRE (DIR.), "Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (2004)", *RDP*, n°3, 20/05/2005, p.755 ; V. LECHEVALLIER, "Qualité à agir d'une association et de ses membres", *Europe*, n°10, comm. 340, oct. 2004

¹⁶⁸⁶ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Strasbourg, 09/11/1995

¹⁶⁸⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement, COM/2003/0624 final ; l'article 5 de cette proposition prévoit pour des « *entités qualifiées* », le droit d'ester en justice sans avoir à prouver un intérêt suffisant à agir, ni à faire valoir une atteinte à un droit.

L'efficacité de l'énergie propre

matière environnementale¹⁶⁸⁸. Son article 9§3 reconnaît le droit du public d' « *engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement* ». Sa transposition dans l'article 10 bis de la directive 2003/35/CE précise que « *les membres du public concerné (...) ayant un intérêt suffisant pour agir doivent pouvoir former un recours devant une instance juridictionnelle pour contester la légalité des décisions, des actes ou omissions relevant des dispositions de la directive relatives à la participation du public* ». Saisie d'un recours préjudiciel, la Cour conclut que la notion de « *public concerné* » inclut les ONG œuvrant en faveur de la protection de l'environnement qui disposent d'un intérêt à agir pour recourir contre la décision d'une instance nationale statuant sur une demande d'autorisation de projet¹⁶⁸⁹.

En revanche, le juge de l'UE restreint le recours de ces mêmes ONG devant son prétoire. Cette résistance se manifeste dans l'arrêt *Stichting Greenpeace Council*, dans lequel Greenpeace s'est pourvue devant la Cour de justice pour annuler une décision de la Commission autorisant le versement de douze millions d'euros à l'Espagne, pour un projet de construction de deux centrales électriques dans les îles Canaries¹⁶⁹⁰. La Cour rejeta sa requête en considérant que les sujets autres que les destinataires d'une décision ne peuvent prétendre être concernés individuellement par celle-ci, que si elle les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne, et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire¹⁶⁹¹. L'existence d'un préjudice subi ou à subir ne saurait suffire pour conférer à un requérant la qualité pour agir. Elle réaffirme une jurisprudence constante selon laquelle « *une association constituée pour promouvoir les intérêts collectifs d'une catégorie de justiciables ne saurait être considérée comme étant individuellement concernée* »¹⁶⁹².

Le juge de l'Union adopte donc une position mitigée consistant à ouvrir le recours juridictionnel aux ONG environnementales devant les juridictions nationales, tout en conservant des critères restrictifs à son égard. Néanmoins, l'adhésion de l'UE à la CEDH prévue dans l'article 6§2 du TUE pourrait conduire à une censure du juge des droits de l'Homme, à moins que la Cour de justice n'anticipe un revirement qui semble de plus en plus évident. La jurisprudence européenne conduit donc à favoriser l'action des ONG devant les prétoires nationaux en vue d'assurer la réparation des dommages environnementaux pouvant résulter des activités énergétiques. L'indemnisation ne peut cependant porter que sur des préjudices subis par l'organisation. Par conséquent, la réflexion doit être poursuivie en précisant les modalités de recours collectif.

¹⁶⁸⁸ Cons UE, déc. 2005/370/CE, 17 févr. 2005, *JOUE L* 24 du 4 mars 2005, p. 1 ; directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil, *JOUE L* 156/17 du 25 juin 2003

¹⁶⁸⁹ A. BOUVERESSE, "Qualité pour agir des associations environnementales", *Europe*, n° 12, comm. 464, déc. 2009

¹⁶⁹⁰ CJCE, 2 avril 1998, aff. C-321/95, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e.a. c/ Commission des Communautés européennes*, *Rec* 1998, part I, p. 1651

¹⁶⁹¹ W. WEGENER, "Keine klagebefugnis für Greenpeace und 18 andere", *Zeitschrift für Umweltrecht*, 1998, p. 131

¹⁶⁹² CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission*, 25/62, *Rec.* p. 197 ; CJCE, 14 juillet 1983, *Spijker/Commission*, 231/82, *Rec.* p. 2559 ; CJCE, 21 mai 1987, *Deutsche Lebensmittelwerke e.a. / Commission*, 97/85, *Rec.* p. 2265 ; CJCE, 19 mai 1993, *Cook/Commission*, aff. C-198/91, *Rec.* p. I-2487

2) Le recours collectif

Les activités énergétiques peuvent causer des dommages importants et induire un problème de représentation en justice des personnes touchées. En effet, en cas de pollution diffuse, un grand nombre de personnes peut être victime d'un dommage environnemental, sans toutefois pouvoir agir en justice étant donné la faiblesse des indemnisations individuelles et des frais envisagés. De plus, une action contre l'auteur du dommage peut présenter la particularité d'une inégalité de situation entre les parties, la victime aux moyens financiers réduits défendant ses intérêts individuels face à une entreprise produisant des richesses et fournissant des emplois aux populations. Dès lors, l'équilibre des armes supposerait qu'une personne puisse agir au nom d'un groupe pour obtenir la réparation des préjudices.

Le recours collectif s'entend comme « la voie de droit par laquelle un seul justiciable peut, au nom d'une catégorie de personnes dont il est reconnu habilité à porter les intérêts, demander que soit établi par un jugement ayant autorité de chose jugée, la réparation du préjudice ou les droits individuels de tous les membres de cet ensemble, tiers au procès »¹⁶⁹³. Il conduit un « requérant-pilote » (test claimant en droit anglo-saxon) à agir pour le compte d'une catégorie de personnes prétendument lésée, pour obtenir un jugement dont la solution s'appliquera à tous ses justiciables. Cette procédure présente une légitimité renforcée depuis la reconnaissance constitutionnelle du droit à un environnement sain. De plus, le rassemblement dans un procès unique évite l'encombrement des prétoires et permet des économies pour les requérants¹⁶⁹⁴. Ces remarques conduisent à s'intéresser aux procédures applicables en la matière (a) et à proposer des voies de modernisation (b).

a) Les procédures ineffectives

Le juge de l'Union déclare irrecevable toute action de groupe mais la Commission envisage son institution dans le domaine des droits de la consommation et de la concurrence¹⁶⁹⁵. A l'inverse, le droit de recourir collectivement est reconnu dans plusieurs législations étrangères et conduit de nombreux auteurs à plaider en sa faveur en droit français¹⁶⁹⁶. L'action collective n'est pourtant pas une idée nouvelle et son instauration en matière sociale remonte à une loi du 10 juillet 1915¹⁶⁹⁷. Le

¹⁶⁹³ P. CASSIA, "Vers une action collective en droit administratif ?", *RFDA*, 2009, p.657

¹⁶⁹⁴ AN, *Rapport n° 3200 sur le livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 28/06/2006, p. 47

¹⁶⁹⁵ CJCE, 17 sept. 2002, *Antonio Munoz y Cia SA et Superior Fruiticola SA c/ Frumar Ltd et Redbridge Produce Marketing Ltd.*, Aff. C-253/00 ; Livre vert - Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 19/12/2005, COM(2005) 672 final ; consultation publique : "Public consultation : Towards a Coherent European Approach to Collective Redress", du 04/02/2011 au 30/04/2011, <http://ec.europa.eu/justice>

¹⁶⁹⁶ K. BECKER, "Fifth Circuit Holds that Individual Citizens Have Standing to Sue Energy Companies for Global Warming", *The Energy Law Blog*, 22/10/2009, www.theenergylawblog.com ; S. WALTHER, "Murphy Oil Spill Class Settlement Approved", *The Energy Law Blog*, 06/02/2007, www.theenergylawblog.com ; S. WALTHER, "Pipeline Canal Class Action Dismissed", *The Energy Law Blog*, 01/12/2006, www.theenergylawblog.com ; F. CABALLERO, "Plaisons par procureur! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe", *RTD civ.*, 1985, p. 273 ; A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, 2006, n° 372 et s. ; L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, mai 2006, n° 505 et s. ; S. CABRILLAC, "Pour l'introduction de La class action en droit français", *LPA*, n° 165, 18/08/2006, p.4 ; J. LEMONTEY, "Les « class actions » américaines et leur éventuelle reconnaissance en France", *JDI*, n° 2, var. 2, avril 2009

¹⁶⁹⁷ J. TOURRET, *Le salaire minimum des ouvrières à domicile, loi du 10 juillet 1915 (articles 33, 99, et 107 du Code*

L'efficacité de l'énergie propre

juge peut être amené à connaître de la protection d'un intérêt collectif qu'une personne morale requérante s'est donnée pour mission de défendre, recouvrant selon l'objet social soit l'intérêt de la collectivité des membres de la personne morale, soit la défense des valeurs poursuivies par l'action associative. Cependant, elle ne peut recourir pour la défense d'intérêts personnels, en raison de l'interdiction de l'*actio popularis*, conformément au principe constitutionnel de la liberté personnelle interdisant qu'un justiciable soit entraîné malgré lui dans une procédure judiciaire¹⁶⁹⁸. La réparation demandée par la personne morale au nom de l'intérêt collectif qu'elle défend ne peut donc avoir pour objet ou pour effet de réparer les préjudices individuels, même de ses membres. Par conséquent, chaque intéressé doit introduire un recours propre, à moins qu'un mandat ne soit confié à un tiers.

En ce sens, l'article L.142-3 du code de l'environnement organise une action en représentation conjointe reprenant le mécanisme du droit de la consommation, disposant que « *lorsque plusieurs personnes physiques identifiées ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'une même personne et qui ont une origine commune, dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2, toute association agréée au titre de l'article L. 141-1 peut, si elle a été mandatée par au moins deux des personnes physiques concernées, agir en réparation devant toute juridiction au nom de celles-ci* »¹⁶⁹⁹. La représentation des victimes est assurée par un mandat auquel il peut être mis fin à tout moment, l'association centralisant les preuves et la procédure, tandis que le jugement statue *in fine* sur chaque préjudice individuel.

L'action présente des lourdeurs administratives du fait de son formalisme et de l'obligation faite à peine d'irrecevabilité, d'indiquer les nom, prénom et adresse de chacune des personnes physiques pour le compte desquels elle agit¹⁷⁰⁰. De plus, le législateur précise que « *le mandat ne peut être sollicité* », rendant impossible l'invitation des victimes à l'action, même lorsqu'elles en reçoivent le mandat¹⁷⁰¹. Cette mesure pouvant être considérée comme une restriction à la liberté d'expression visée aux articles 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et 10 de la CEDH, elle devrait être d'interprétation stricte. Par conséquent, la diffusion d'informations et la réponse à des entretiens permettrait peut-être de renseigner les victimes sur la possibilité de se joindre à l'instance, sans toutefois violer l'interdiction. Malgré tout, faute de sollicitation publique, une généralisation de

du travail) décret du 24 septembre 1915, Paris, L. TENIN, 1916 ; J.-M. GOLDNADEL, "L'introduction des class actions en France", *Gaz. Pal.*, 2005, p.3072 ; D. MAINGUY, "L'introduction en droit français des class actions", *LPA*, n° 254, 22/12/2005, p.6

¹⁶⁹⁸ Cons. const., déc. n° 89-257 DC du 25 juill. 1989, *loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, *Rec.* p. 59, cons. 23 et 24, *AJDA*, 1989, p. 796, note F. BENOÎT-ROHMER ; CE 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges* ; CE 4 déc. 2006, *Mme Le Pen*, req. n° 293965 ; par exception, le Conseil d'État admet la recevabilité d'une action collective de syndicats pour la défense d'intérêts individuels concernant des autorisations administratives de licenciements de salarié : CE, sect., 23 juin 1972, *Syndicats des métaux CFDT des Vosges* ; ou un délégué du personnel : CE, ass., 10 avr. 1992, *Sté Montalev*, *Rec.*, p.170

¹⁶⁹⁹ C. env., art. L. 142-3 ; c. env., art. R. 142-1 à 9 ; J. MORAND-DEVILLER, "Les réformes apportées au droit des associations et de la participation publique", *RFDA*, n°2, 01/04/1996, p.218-227 ; L. BORE, "Contentieux associatif", *JCL. env.*, fasc. 1035

¹⁷⁰⁰ G. VINEY, "L'action d'intérêt collectif et le droit de l'environnement écologique et sa réparation", in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruylant, LGDJ, 2008, p.223

¹⁷⁰¹ C. env., art. L.142-3 al. 2

l'action en représentation conjointe demeure incertaine¹⁷⁰².

Une autre difficulté réside dans le monopole accordé aux associations agréées de protection de l'environnement pour engager l'action, alors que les dommages causés par une activité énergétique sont également susceptibles d'affecter les personnes et les biens¹⁷⁰³. De plus, ces dernières peuvent s'avérer mal placées pour défendre des intérêts individuels. La mise en œuvre d'une telle action implique encore une gestion rigoureuse des dossiers et une expertise juridique par un personnel qualifié, dont la mesure des coûts pourrait s'avérer inadaptée pour des instances aux finances intrinsèquement faibles¹⁷⁰⁴. Cette charge doit être combinée au risque financier en cas de déboulement ou de recours des victimes à son encontre pour défaut de diligence dans la gestion de l'affaire¹⁷⁰⁵.

Ces considérations expliquent la déshérence de l'action en représentation conjointe et conduisent à envisager des voies de modernisation¹⁷⁰⁶.

b) Des voies de modernisation

L'efficacité procédurale requerrait un renforcement des droits des victimes pouvant s'inspirer de la *class action* des modèles américain, québécois, brésilien, suédois et portugais¹⁷⁰⁷. Dans le système de l'option d'inclusion ou *opt-in*, seules sont concernées les personnes ayant expressément exprimé leur volonté d'être partie à l'instance, tandis que l'option d'exclusion ou *opt-out* s'applique à toutes les personnes présentant les qualités requises, à l'exception de celles ayant manifesté leur volonté d'être exclues de l'action¹⁷⁰⁸. Des obstacles juridiques s'opposent à cette dernière comme l'adage « *nul ne plaide par procureur* », la prohibition des arrêts de règlement, et la relativité de la chose jugée¹⁷⁰⁹. Dans une décision du 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel

¹⁷⁰² M. CHATELAIN, *La responsabilité environnementale*, thèse droit, Montpellier, 2003, p. 360 ; R. MARTIN, "L'action en représentation conjointe des consommateurs", *JCP-G*, I 3756, n° 17, 1994 ;

¹⁷⁰³ C. CANS, "Associations agréées de protection de l'environnement", *JCL Env.*, fasc. 240, n° 59

¹⁷⁰⁴ J. MORAND-DEVILLER, "Les associations de défense de l'environnement et la décision administrative", *LPA*, n°50, 24/04/1996, p.67-74 ; J. MORAND-DEVILLER, "Renforcement de la protection de l'environnement", *AJDA*, n°6, 20/06/1995, 439-453

¹⁷⁰⁵ L. BORE, "L'action en représentation conjointe, class action française ou action mort-née ?", *D.*, n°267, Chron., 1995, p. 270-271 ; R. LEOST, "L'agrément des associations de protection de l'environnement", *RJE*, 1995, p.280

¹⁷⁰⁶ G. VINEY, "L'action d'intérêt collectif", in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruylant, 2006

¹⁷⁰⁷ L. BORE : *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997 ; P. C. LAFOND, "Le recours collectif et le juge québécois: de l'inquiétude à la sérénité", *LPA*, 10/06/05, p.11 et s. ; D. HOUTCIEFF, "Les class actions devant le juge français, rêve ou cauchemar", *LPA*, 10/06/05, p.44 et s. ; J. FRANCK, "Actions de groupe: les initiatives européennes en droit interne et droit communautaire", *LPA*, 10/06/2005, p.19 et s. ; A. FIÉVÉE et J. GROSJEAN, "L'action de groupe... ou l'introduction d'une nouvelle voie de droit : réflexions sur les travaux en cours", *Contrats - concurrence - consommation*, n°12, étude 14, 2010 ; "Défense des consommateurs, l'action de groupe à la française, les pays qui l'ont adopté", *Le Monde*, 09/11/2006

¹⁷⁰⁸ S. GUINCHARD, "Une class action à la française?" *D.*, 2005, p.2180 ; L. BORE, "L'action en représentation conjointe, class action française ou action mort-née?", *D.*, n°267, Chron., 1995 ; J. M. GOLDNADEL, "L'introduction des class actions en France", *Gaz. Pal.*, 2005, p.3072

¹⁷⁰⁹ H.P. GLENN, "A propos de la maxime "nul ne plaide par procureur"", *RTD civ.*, 1988, p.73 ; M.-A. FRISON-ROCHE, "Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action: obstacles et compatibilité", *LPA*, 10/06/2005, p.22 ; S. GUINCHARD (DIR.), *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Précis Dalloz, 2005, n° 710 ; P. JULIEN et N. FRICÉRO, "Représentation en justice - Représentation « ad agendum » et la règle « Nul ne plaide par procureur ».- Représentation « ad litem »", *JCl Procédure civile*, fasc. 106, 1999

L'efficacité de l'énergie propre

interdisait le recours à cette méthode sur le fondement constitutionnel de la liberté personnelle¹⁷¹⁰. Elle présente également des inconvénients pour le défendeur au regard du droit au procès équitable, concernant le principe d'égalité des armes, l'auteur du dommage ne pouvant formuler d'exception à l'encontre des victimes non-recensées¹⁷¹¹. Ces remarques conduisent à préférer un recours collectif fondé sur le système de l'option d'inclusion, davantage conforme au droit positif et à la tradition juridique.

En vue d'accroître l'efficacité procédurale, Vincent Rebeyrol propose de confier cette action à toute personne, faisant ainsi écho à l'article 2 de la Charte de l'environnement disposant que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». Un rôle central serait alors confié à l'avocat dans la recherche des victimes, cette solution se justifiant tant pour ses compétences juridiques que par l'obligation de souscrire une assurance de responsabilité civile professionnelle faisant défaut aux associations¹⁷¹². La sollicitation du mandat devrait également être permise, ce qui impliquerait de modifier la règle interdisant le démarchage aux avocats¹⁷¹³.

L'action du requérant-pilote pourrait ensuite être facilitée par un cadre financier incitatif, aux fins d'une prise en charge matérielle du travail de sollicitation et de gestion des mandats. Elle pourrait résulter d'un fonds affecté à la réparation du préjudice écologique tel que proposé dans la suite du raisonnement, solution proche du droit québécois et d'une proposition de loi n°3055 prévoyant la création d'un fonds partiellement financé par le produit des amendes administratives perçues en cas de violation des dispositions du code de la consommation¹⁷¹⁴. En complément, Vincent Rebeyrol propose, la suppression de la règle prohibant la rémunération des avocats sous la forme exclusive d'honoraires proportionnels au résultat obtenu¹⁷¹⁵. Cette solution offrirait l'avantage d'une absence d'avance de frais de procédure, l'avocat n'étant rémunéré qu'en cas de succès, par le prélèvement d'un pourcentage sur les sommes allouées au groupe.

La consolidation du régime juridique en matière de recours collectif résulte des vœux du président Chirac, du Conseil d'Etat, et figure dans plusieurs propositions législatives¹⁷¹⁶. Elle

¹⁷¹⁰ Cons. const. déc. n° 89-257 DC du 25 juill. 1989, *loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, Rec. p. 59, cons. 24

¹⁷¹¹ L. SINOPOLI, "Action de groupe et procès équitable", *Lamy droit Civil*, n°11, pt. 32, 2006

¹⁷¹² J. ROUSSEL, "Les avocats favorables à une «class action» à la française ?", *LPA*, n°22, 01/02/2005, p.3 ; N. FAUSSAT, "L'introduction en droit français des class actions est un enjeu de société auquel les avocats ne peuvent rester étrangers", *LPA*, n°103, 25/05/2005, p.7 ; A. DAMIEN et H. ADER, *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz, 2008/2009, p. 9

¹⁷¹³ R. MARTIN, *Déontologie de l'avocat*, Litec, 2008, n°504 ; A. DAMIEN et H. ADER, *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz, 2008/2009, n° 45.16 et s.

¹⁷¹⁴ P. C. LAFOND, "Le recours collectif et le juge québécois : de l'inquiétude à la sérénité ", *LPA*, 10/06/05, p.13 ; Proposition de loi visant à instaurer les recours collectifs de consommateurs, n° 3055, 26/04/2006

¹⁷¹⁵ Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* du 5 janvier 1972 p. 131, art. 10

¹⁷¹⁶ L. BORE, "Action collective et protection de l'environnement", in *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010 ; COMMISSION DE RÉFORME DE L'ACCÈS AU DROIT ET À LA JUSTICE, *La réforme de l'accès au droit et à la justice*, La documentation française, 2001, p. 32 ; Proposition de loi déposée par les députés STASI, PRORIOL et ZELLER, *JOAN*, 1984-1985, doc. 2554 ; J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, La documentation française, 1985 ; J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un code de la consommation*, La documentation française, 1990 ; "Allocution de M. Jacques CHIRAC, Président de la République, à l'occasion des vœux aux forces vives", Paris, Palais de l'Élysée, 04/01/2005, www.elysee.fr ; G. CERUTTI et M.

concourrait également à l'efficacité de l'énergie propre en permettant une réparation des dommages environnementaux résultant d'activités énergétiques. Elle conduit à prolonger le raisonnement en s'intéressant aux moyens invocables par les justiciables.

B. Les moyens invocables

Les activités énergétiques peuvent causer des atteintes à l'environnement susceptibles d'être réparées dans un contentieux juridictionnel. Le terme de dommage relève de considérations factuelles et caractérise l'atteinte portée à une personne, un bien ou au milieu naturel. Le préjudice relève du droit et désigne les conséquences de cette lésion, individuellement appréciées pour chaque victime¹⁷¹⁷. Le préjudice matériel peut résulter de la perte d'un bien ou d'une situation professionnelle. Le préjudice moral est susceptible de conduire à la réparation de souffrances, d'atteintes à la considération et au respect de la vie privée. Le préjudice écologique est quant à lui causé au milieu naturel, indépendamment des répercussions sur les personnes ou sur leurs biens¹⁷¹⁸. La question est de savoir quels moyens peuvent être invoqués devant les juridictions pour obtenir réparation de ces préjudices. Cette recherche conduit à présenter les prérogatives environnementales (1) avant de préciser les instruments garantissant la réparation du préjudice écologique (2).

1) Les prérogatives environnementales

La réalisation d'un « *droit à l'énergie propre* » requiert préalablement la liberté d'expression (a). Elle nécessite ensuite de disposer d'un fondement juridique de référence issu du droit fondamental à un environnement sain (b)¹⁷¹⁹.

a) La liberté d'expression

Selon la Cour de Cassation, une décision publique qui fait peser un risque sur l'environnement et la santé ne saurait légitimer la dégradation des biens d'autrui, dès lors qu'il existe des procédures de droit commun « *simples et rapides, comme le référé administratif, qui auraient permis aux prévenus de demander la suspension puis le retrait de l'autorisation administrative* »¹⁷²⁰. Dès lors, le système juridique doit comprendre un ensemble de moyens

GUILLAUME, Rapport sur l'action de groupe, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et ministère de la justice, 16/12/2005, www.ladocumentationfrancaise.fr ; Proposition de loi visant à instaurer les recours collectifs de consommateurs, n° 3055, 26/04/2006 ; Proposition de loi sur le recours collectif, n°322, 25/04/2006 ; J. CALAIS-AULOY, "La class action et ses alternatives en droit de la consommation", *LPA*, n°115, 10/06/2005, p.29 ; L.GAUDIN, "L'introduction d'une action de groupe en droit français : Présentation du projet de loi en faveur des consommateurs", *LPA*, n°13, 17/01/2007, p.3 ; O. DUFOUR, "Actions de groupe : les associations de consommateurs se mobilisent", *LPA*, n°71, 10/04/2006, p.3 ; "Faut-il ou non une class action à la française ?", *LPA*, n°182, 13/09/2005, p.3 ; I. TCHOTOURIAN, "Le projet français de *class action* au regard du recours collectif en matière d'environnement au Québec", *Droit de l'env.*, n°149, juin 2007, p.167-202

¹⁷¹⁷ M. FABRE-MAGNAN, "Le dommage existentiel", *D.*, 2010, p.2376 ; A. GUÉGAN, "La place de la responsabilité civile après la loi du 1er août 2008", *Env.*, n°6, dossier 3, juin 2009 ; P.-A. DEETJAN, "La traduction juridique d'un dommage écologique: le préjudice écologique", *RJE*, n°1, 2009, p.39-50

¹⁷¹⁸ C. CALFAYAN, "Préjudices environnemental et moral d'une association de protection de l'environnement", *Lamy droit de la responsabilité*, 09/2009

¹⁷¹⁹ CONSEIL EUROPÉEN SUR LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, *Le droit à l'environnement, un droit fondamental dans l'Union européenne*, Funchal, 2001 ; A.-C. KISS et D. SHELTON, *International Environmental Law*, New-York, 1991, p. 21

¹⁷²⁰ Cass. crim, 31 mai 2007, n° 06-86628

L'efficacité de l'énergie propre

juridiques garantissant une prévention et une réparation des atteintes environnementales générées par les activités énergétiques. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'Homme appréhende la liberté d'expression comme un préalable à ces prérogatives et développe une jurisprudence en ce sens, sur le fondement de l'article 10 de la CEDH.

Dans l'affaire *Vides Aizsardzības Klubs*, l'ONG requérante publiait en décembre 1997, une résolution dans un journal régional dans laquelle elle exprimait ses préoccupations quant à la préservation de la zone des dunes littorales de kāpu josla, dans une localité située au bord du Golfe de Riga¹⁷²¹. Celle-ci contenait des allégations selon lesquelles la maire de la commune de Mērsrags avait « *signé des documents, des décisions et des attestations illégales* » et omis intentionnellement de se conformer aux sommations de l'administration compétente visant à la cessation de travaux illégaux de construction. L'ONG fut condamnée au versement de dommages intérêts et à la publication d'un démenti officiel dans un jugement du 23 août 1999, confirmé en appel et en cassation, au motif qu'elle n'apportait pas la preuve de la véracité de ses allégations. La Cour européenne des droits de l'Homme fit droit à sa requête en considérant qu'« *une association doit pouvoir divulguer des faits de nature à intéresser le public, à leur donner une appréciation et contribuer ainsi à la transparence des activités des autorités publiques* ». Elle ajoute qu'« *en tant qu'organisation non gouvernementale spécialisée en la matière, la requérante a donc exercé son rôle de "chien de garde" conféré par la loi sur la protection de l'environnement* ». Cette expression peut être mise en parallèle avec celle de « *chien de garde de la liberté d'expression* » conférée aux journalistes¹⁷²².

En établissant une jurisprudence favorable à la liberté d'expression, la Cour favorise la prévention des dommages environnementaux susceptibles d'être causés par des activités énergétiques. Elle améliore également la réparation des préjudices en permettant l'information des personnes sur les atteintes et sur leurs droits. Elle permet enfin la mise en œuvre d'un « *droit à une énergie propre* » sur le fondement du droit à un environnement sain.

b) Le droit à un environnement sain

La première partie de ce chapitre a mis en exergue la fonction de prisme de l'énergie propre, en conférant une coloration particulière aux prérogatives existantes. En ce sens, l'appréhension du droit à un environnement sain au regard de ce concept tendrait à la reconnaissance d'un « *droit à l'énergie propre* ». Cette remarque conduit à préciser les fondements juridiques invocables et leur portée.

L'article 1 de la Charte de l'environnement reconnaît que « *chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». Les juges suprêmes reconnaissent la valeur constitutionnelle de la Charte, l'effet direct de ses articles et leur obligatorité pour les autorités dans leur domaine de compétence¹⁷²³. Dès lors, la justiciabilité de ce droit semble permise en cas de

¹⁷²¹ CEDH, 27 mai 2004, *Vides Aizsardzības Klubs / Lettonie*, req. 57829/00, RJE 2/2005, p. 167-173

¹⁷²² F. SUDRE (DIR.), "Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (2004)", RDP, n° 3, 20/05/2005, p. 755

¹⁷²³ Cons. Const., 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, déc. n°2008-564, Rec. p. 313 ; AJDA 2008, p. 1614, note O. DORD, « *...l'ensemble des droits et devoirs définis dans le Charte de l'environnement, ont*

Le droit environnemental de l'énergie (droits européen et français)

« défaillance d'une des deux exigences, soit parce que l'environnement ne sera pas équilibré, soit parce qu'il ne sera pas respectueux de la santé »¹⁷²⁴. Il présente le caractère d'un droit subjectif, invocable à l'encontre de toute personne, et justiciable devant toute juridiction¹⁷²⁵. Le tribunal administratif d'Amiens reconnaît l'effet direct de l'article premier pour la partie requérante « à la condition qu'elle apporte devant le juge les éléments de nature à faire regarder la décision attaquée comme portant atteinte à sa situation personnelle protégée par ce droit »¹⁷²⁶. Cette décision s'inscrit dans la notion traditionnelle de l'intérêt à agir qui doit être direct et certain, le requérant devant être affecté dans des conditions spéciales, certaines et directes¹⁷²⁷. La Charte de l'environnement érige au rang constitutionnel les principes de prévention, de précaution, d'intégration, d'information et de participation mettant en œuvre le droit à un environnement sain, complété par un « devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement »¹⁷²⁸. Ces mesures sont enrichies par la Convention d'Aarhus reconnaissant les droits à un environnement sain, à l'information, à la participation du public et à l'accès à la justice dans une formulation complémentaire à la Charte¹⁷²⁹.

valeur constitutionnelle », Cons. 18 et 49 ; CE, 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, *RJE*, 4/2009, note A. BOYER, p. 435-442, « comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle, elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétences respectifs » ; CE, 13 juin 2006, *Asso. FNE*, n°293764 ; CE, 2 fév. 2007, *Asso. Convention vie et nature pour une écologie radicale*, n° 289758 ; CE, 6 avril 2006, n° 283103, *Ligue pour la protection des oiseaux et a*, *JurisData* n° 2006-070107 ; M. PRIEUR, "Droit à l'environnement", *préc.* ; M.A. COHENDET, "La Charte et le Conseil constitutionnel", *RJE*, n° spécial, 2005, p.110 ; M. BARY, "Le droit à un environnement sain", *Lamy droit civil*, n°71, mai 2010, p.52 ; Cons. Const., 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, p. 78.

¹⁷²⁴ F. G. TRÉBULLE, "Du droit de l'homme à un environnement sain (art. 1)", *Env.*, comm. 29, 2005

¹⁷²⁵ M. PRIEUR, "Les nouveaux droits", *AJDA*, 2000, p.1159 ; F. X. FORT, "L'insertion de la Charte constitutionnelle de l'environnement au sein du droit public français", *Env.*, n°1 et 2, janv. 2009 ; P. SAVIN, "Le droit à l'environnement", *Gaz. Pal.*, n°77, 18/03/2006, p.49 s. ; A. PERI, "La Charte de l'environnement: reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental", *LPA*, n°39, 24/02/2005, p.8-18 ; C. LEPAGE, C. HUGLO et E. MITEVA, "Le droit à l'environnement: nouvelle liberté fondamentale", *Env. & Techn.*, n°248, juill./août 2005, p.55-56 ; F. X. FORT, "L'insertion de la Charte constitutionnelle de l'environnement au sein du droit public français", *Env.*, n°1 et 2, janv. 2009

¹⁷²⁶ TA Amiens, ord., 8 déc. 2005, *Nowacki* : *AJDA* 2006, p. 1053, note BORÉ EVENO *AJDA* 2006, p. 1057

¹⁷²⁷ CE, 22 janv. 1988, *Laugt, Rec. CE* 1988, p. 946. - CE, 28 déc. 2005, n° 262857, *Mme X*

¹⁷²⁸ M. PRIEUR, "L'environnement entre dans la Constitution", *Droit de l'env.*, n°106, mars 2003, p.38-42 ; J. MORAND-DEVILLER, "Les " grands principes " du droit de l'environnement et du droit de l'urbanisme", *Droit de l'env.*, n°95, 01/01/2002, p. 8-15 ; Y. JÉGOUZO et F. LOLOUM, "La portée juridique de la Charte de l'environnement", *DA*, étude 5, 2004 ; M. PRIEUR, "Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement", *Env.*, n°4, avril 2005, p.7 ; M.A COHENDET, "La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue", *RJE*, n° spécial, 2005, p.112 ; C. CANS, "La Charte constitutionnelle de l'environnement: évolution ou révolution du droit français de l'environnement", *Droit de l'env.*, n°131, sept. 2005, p.194-203 ; R. ROMI, "La constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement: de la grandeur à la mesquinerie ? Les contours du rapport Coppens", *Droit de l'env.*, n°109, juin 2003, p.114-116 ; C. HUGLO, "Pour la première fois de sa jeune histoire, le droit de l'environnement est reconnu comme un droit fondamental", *Env.*, juin 2005, p.3 ; *RJE*, n° spécial: la Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur, 2005 ; *RJE*, n° spécial "la Charte en débat", sept. 2003

¹⁷²⁹ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 25/06/1998 ; *RJE*, n° spécial la convention d'Aarhus, 1999 ; lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre des principes figurant à l'article 7 de la charte, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions sous réserve, s'il s'agit de dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de la charte, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de celle-ci: CE, sect., 23 avr. 2009, n° 306242, *Assoc. France Nature Environnement*, *JurisData* n° 2009-075322, *DA*, n° 6, juin 2009, comm. 89 ; J. BETAÏLLE, "The Aarhus Convention direct effect seen by the French "Conseil d'Etat", *ELNI Review*, n°2, 2009, p.63-73 ; J. BETAÏLLE, "Le droit français de la participation du public face à la Convention d'Aarhus",

L'efficacité de l'énergie propre

Le contrôle du droit à un environnement sain est également assuré par la CEDH sur le fondement de prérogatives reconnues par la Convention, telles que le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la vie, le droit au respect des biens et de la propriété, le droit à un procès équitable, et la liberté d'expression¹⁷³⁰. Ainsi, dans l'affaire relative à la centrale nucléaire de Mühleberg, le juge précise la nécessité d'apporter la preuve d'un « *lien direct entre les conditions d'exploitation de la centrale nucléaire et leur droit à la protection de leur intégrité physique* », la menace devant être « *sérieuse* » et « *imminente* », les effets sur la population demeurant en l'espèce « *hypothétiques* »¹⁷³¹. Dans le même sens, l'affaire *Athanassoglou* rappelle la nécessité pour les riverains de la centrale nucléaire de Beznau de prouver une exposition personnelle et directe à une menace sérieuse, précise et imminente¹⁷³².

Une protection complémentaire est conférée par le Comité européen des droits sociaux, dans le cadre d'un recours collectif. A cet effet, l'affaire *Marangopoulos* concernait une réclamation relative à une mine de lignite grecque affectée à la production d'électricité et dont les émissions d'anhydride sulfureux, d'oxyde d'azote, et de dioxyde de carbone induites par la combustion compromirent significativement la santé des populations riveraines, par des troubles des voies respiratoires tels que des rhinites et des bronchites chroniques, des maladies cardio-vasculaires et des cancers. En rappelant que la Charte est un instrument vivant qui a pour objet de protéger des droits effectifs et non pas théoriques, par une interprétation des droits et libertés à la lumière des conditions actuelles, le Comité condamna la Grèce sur le fondement du droit à un environnement sain, par le truchement de l'article 11, reconnaissant le droit de toute personne de bénéficier de toutes les mesures lui permettant de jouir du meilleur état de santé qu'elle puisse atteindre¹⁷³³.

Le « *droit à une énergie propre* » semble donc bénéficier d'une protection effective par le

AJDA, 2010, p.2083

¹⁷³⁰ Sur le droit au respect de la vie privée et familiale: CEDH, 20 mai 2010, *Oluic c/ Croatie*, req. n°61260/08 ; CEDH, 30 mars 2010, *Bacila c/ Roumanie*, req. n°19234/04 ; CEDH, 10 nov. 2004, n° 46117/99, *Taskin c/ Turquie*, § 113, note L. BENOIT, *Env.*, 2005, comm. 7 ; CEDH, 8 juill. 2003, n° 36022/97, *Hatton c/ Royaume Uni*, § 122 ; CEDH, 9 juin 1998, n° 14/1997/798/1001, *LCB c/ Royaume Uni* ; CEDH, 19 févr. 1998, n° 116/1996/735/932, *Guerra c/ Italie* ; CEDH, 9 déc. 1994, n° 41/1993/436/515, *Lopez Ostra c/ Espagne*, § 51 ; sur le droit à la vie: CEDH, 30 nov. 2004, n° 48939/99, *Onerlyildiz c/ Turquie* ; sur le droit au respect des biens et de la propriété: CEDH, 18 févr. 1991, *Fredin c/ Suède*, § 51 ; sur le droit à un procès équitable: CEDH, 12 juill. 2005, *Okyay c/ Turquie*, § 52 ; CEDH, 15 févr. 2005, n° 68416/01, *Steel and Morris c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 7 mai 2002, n° 59498/00, *Burdov c/ Russie* ; sur la liberté d'expression : CEDH, 27 mai 2004, *Vides Aizsardzības Klubs / Lettonie*, req. 57829/00, *RJE*, n°2, 2005, p. 167-173 ; M. PRIEUR, "droit à l'environnement", *préc.* ; J.-F. RENUCCI, "Convention européenne des droits de l'Homme et environnement", *JCL Europe*, fasc. 6527, 03/03/2007 ; J.-F. FLAUSS, "La procéduralisation des droits substantiels de la convention européenne des droits de l'Homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances", in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.1263-1276 ; S. NADAUD et J.-P. MARGUÉNAUD, "Chronique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme 2008-2009", *RJE*, n°1, 2010, p.61-74 ; S. NADAUD et J.-P. MARGUÉNAUD, "Chronique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme 2009-2010", *RJE*, n°4, 2010, p.657-672 ; M. DÉJEANT-PONS, *Le droit de l'homme à l'environnement et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Liber amicorum Marc-André Eissen, 1995, p.79 et s. ; C. LEPAGE JESSUA, *L'impact de la Convention et de la Cour européennes des Droits de l'Homme sur l'évolution du droit de l'environnement*, rapport présenté à la Commission des Communautés européennes, 1997

¹⁷³¹ CEDH, *Balmer-Schafroth et autres contre Suisse*, n° 67/1996/686/876, 26/08/1997

¹⁷³² CEDH, *Athanassoglou et autres c/ Suisse*, n° 27644/95, 06/04/2000

¹⁷³³ CEDS, *Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme (FMDH) c/ Grèce*, décision sur le bien fondé, *RJE*, n°3, 2007, p. 335-345 ; sur l'interprétation dynamique de la Charte : CEDS, *Commission internationale de Juristes c/ Portugal*, réclamation n°1/1998, décision sur le bien fondé du 09/09/1999, §32

truchement du droit fondamental à un environnement sain. Dès lors, toute personne s'avère en mesure de saisir une juridiction pour annuler une norme contraire ou pour obtenir la réparation de dommages causés par une activité énergétique. Les préjudices indemnisables peuvent être matériels, moraux ou écologiques. Alors que les deux premiers sont désormais connus de juristes, ce dernier n'a intégré le système juridique français que récemment, conduisant à des précisions en ce sens.

2) La réparation du préjudice écologique

La notion de préjudice écologique se fonde sur l'article 4 de la Charte constitutionnelle disposant que « *toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi* ». Elle est mise en œuvre par des régimes de police (a) et de responsabilité environnementales (b).

a) La police environnementale

Les articles L.162-1 à 23 du code de l'environnement transposent la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale, mettant en œuvre les devoirs de prévention et de réparation des dommages environnementaux figurant aux articles 2, 3 et 4 de la Charte de l'environnement¹⁷³⁴. Ils se traduisent par un régime de police administrative spécifique au préjudice écologique indépendamment de toute répercussion sur des intérêts humains individualisables, sous le contrôle du juge administratif dans un contentieux de pleine juridiction¹⁷³⁵. Cette police s'applique sans préjudice des polices spéciales relatives aux installations classées, à l'eau et aux déchets et vise à prévenir et à réparer les dommages graves causés aux sols, aux eaux, et aux habitats naturels protégés en vertu des directives oiseaux et habitats¹⁷³⁶. Cette police est applicable à toute activité économique exercée à titre professionnelle par toute personne physique ou morale, publique ou privée. Par conséquent, elle est susceptible de couvrir les activités du secteur énergétique.

Un régime de responsabilité objective s'applique aux activités présumées dangereuses visées à l'article R.162-1 du code de l'environnement, les autres activités étant soumises à un régime de responsabilité pour faute pour les dommages causés aux habitats de l'Union. Les mesures de réparation sont arrêtées par le préfet après avoir mis l'exploitant en mesure de présenter ses observations¹⁷³⁷. Celui-ci est astreint à une obligation d'information à l'égard de l'administration, en cas de menace persistante ou en cas de réalisation du dommage environnemental. Les pouvoirs de police administrative conférés au préfet lui permettent d'exiger de l'exploitant à tout moment, en cas de menace imminente ou de survenue du dommage, toute information sur les événements et les mesures prises. Les fonctionnaires habilités ont également la faculté d'obtenir la communication de

¹⁷³⁴ L. FONBAUSTIER, "Les nouvelles orientations du principe de responsabilité environnementale sous la dictée du droit communautaire. - À propos de la loi du 1er août 2008", *JCP G*, n°37, act. 544, 10/09/2008 ; C. HERMON, "La réparation du dommage écologique la perspective ouverte par la directive du 21 avril 2004", *AJDA*, n°33, 04/10/2004, p.1792-1800

¹⁷³⁵ A. VAN LANG, "La directive « responsabilité environnementale » et le droit administratif : influences prévisibles et paradoxales", *Env.*, étude 32, déc. 2005

¹⁷³⁶ Directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, *JOCE* n° L 103 du 25/04/1979 p. 1-18 ; directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JOCE* n° L 206 du 22/07/1992 p. 7-50

¹⁷³⁷ A. VAN LANG, "La directive « responsabilité environnementale » et le droit administratif : influences prévisibles et paradoxales", *Env.*, étude 32, déc. 2005

L'efficacité de l'énergie propre

tous documents utiles, d'accéder aux locaux, aux installations et aux moyens de transport à usage professionnel, une prescription trentenaire étant applicable à compter de la réalisation du dommage. L'obligation de chacun de préserver l'environnement et d'en réparer les atteintes se traduit par une garantie de l'État en cas de défaillance de l'exploitant responsable¹⁷³⁸. La réparation doit être effectuée en nature, de manière primaire ou compensatoire tandis que la réparation par équivalent est exclue¹⁷³⁹.

Malgré ces avantages, la police environnementale présente des certaines lacunes, parmi lesquelles la faible interaction avec les parties intéressées, puisque l'intervention des collectivités territoriales, des établissements publics, des associations de protection de l'environnement, et des propriétaires affectés en lieu et place de l'exploitant ne constitue qu'une faculté à la disposition du préfet, lorsque l'urgence le justifie. En revanche, les associations agréées de protection de l'environnement peuvent, si elles disposent d'éléments sérieux, informer l'autorité administrative compétente d'un dommage ou d'une menace imminente de dommage et lui demander de mettre ou de faire mettre en œuvre les mesures préventives ou réparatrices qui s'imposent¹⁷⁴⁰.

Alors que la réparation des dommages affectant les eaux, les espèces et les habitats doit viser à rétablir les services écologiques dans leur état initial, elle se limite à « *supprimer tout risque d'atteinte grave à la santé humaine* » concernant les dommages aux sols¹⁷⁴¹. De plus, la mise en demeure de l'exploitant concernant les mesures de prévention ou de réparation ne constitue qu'une faculté à la disposition du préfet et la suspension de l'activité génératrice du dommage n'est pas prévu¹⁷⁴². Dès lors, il conviendra, le cas échéant, de se référer aux polices administratives spéciales¹⁷⁴³.

Des limites résident ensuite dans les mesures de prévention et de réparation qui rejettent toute solidarité entre les co-auteurs d'un même dommage. La responsabilité des sociétés mères est exclue même en cas d'insolvabilité des filiales alors que cette possibilité est expressivement prévue dans la directive¹⁷⁴⁴. L'obligation de garantie fait également défaut. Des exonérations de responsabilité sont prévues pour les dommages résultant de conflits armés et de catastrophes naturelles assimilables à la force majeure ainsi que ceux résultant de missions régaliennes comme la protection contre les risques naturels majeurs et la défense nationale. Une même exception s'applique concernant les dommages soumis à un régime spécial d'indemnisation relevant des

¹⁷³⁸ Y. RAZAFINDRATANDRA, "La LRE: une première déclinaison du devoir de préservation de l'environnement", *Droit de l'env.*, n° 162, oct. 2008, p.3

¹⁷³⁹ C. env., art. L. 162-9 ; CGDD, *La directive « responsabilité environnementale » et ses méthodes d'équivalence*, n°179, Études et documents, avr. 2010 ; E. CORNU-THENARD, "La réparation du dommage environnemental: étude comparative de la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale et de l'*US Oil Pollution Act*", *RJE*, n° 2, 2008, p.175-190

¹⁷⁴⁰ C. env., art. R. 162-3 ; L. FONBAUSTIER, "Prévention et réparation des dommages causés à l'environnement par l'activité d'un exploitant . - À propos du décret du 23 avril 2009", *JCP G*, n° 20, act. 252, 13/05/2009 ; CJUE, gde ch., 9 mars 2010, aff. jtes. C-379 et 380/08, ERG SpA et a. ; note V. MICHEL, *Europe*, n° 5, mai 2010, comm. 178

¹⁷⁴¹ C. env., art. L. 162-8

¹⁷⁴² Le non respect de la mise en demeure est passible de sanctions pénales lorsqu'il est fait obstacle aux agents habilités au contrôle ou en cas de non respect de la mise en demeure pouvant être complétée par une peine d'affichage ou de diffusion de la condamnation prononcée: c. env., art. L. 163-4 et 5

¹⁷⁴³ I. DE LOS RIOS, "Les mesures réelles en droit de l'environnement", in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.1571-1585

¹⁷⁴⁴ P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p.613

conventions internationales dans le domaine de l'énergie nucléaire ; de la pollution de la mer par les hydrocarbures ; du transport par rail, par route ou par bateau de matières dangereuses ; tandis que le risque-développement constitue un motif d'exonération. Enfin, les dommages résultant de pollutions diffuses entrent dans le champ d'application de la police, à condition de prouver un lien de causalité entre les dommages ou leur menace et les activités des différents exploitants, ce qui pourrait s'avérer délicat en pratique lorsque cette pollution résulte d'un usage cumulé de l'énergie comme la pollution atmosphérique. Par conséquent, le secteur énergétique s'avère partiellement exonéré des prescriptions de la police environnementale.

Alors que le défaut ou l'insuffisance de mesures de prévention par l'autorité administrative sont en principe susceptibles d'ouvrir le droit à une indemnité devant le juge administratif, pour une rupture d'égalité devant les charges publiques ou pour faute, cette hypothèse demeure incertaine concernant la police environnementale qui n'est pas conçue comme une obligation mais demeure à l'appréciation du préfet¹⁷⁴⁵. Ces propos conduisent Delphine Hedary à affirmer que la loi du 1er août 2008 sur la responsabilité environnementale « n'a apporté, en raison de son champ d'application restreint, qu'une réponse très partielle » à la mise en œuvre de l'article 4 de la Charte de l'environnement¹⁷⁴⁶. Ces carences se révèlent en pratique par une quasi-absence de cas d'application¹⁷⁴⁷. Elles conduisent à étudier la seconde voie de reconnaissance du préjudice environnemental, tiré de la responsabilité environnementale.

b) La responsabilité environnementale

Tous les dommages ne donnent pas lieu à réparation¹⁷⁴⁸. Celle-ci est envisageable judiciairement, à condition que soit institué un mécanisme de responsabilité, dont les régimes peuvent être cumulés pour répondre à de multiples préjudices. Le dommage environnemental présente un caractère à la fois individuel et collectif et conduit à étudier dans quelles mesures le droit de la responsabilité permet de réparer les préjudices qu'une activité énergétique pourrait causer à l'environnement¹⁷⁴⁹.

Le préjudice personnel peut-être réparé devant le juge judiciaire sur le fondement de l'article 1382 du code civil¹⁷⁵⁰. Cette réparation peut cumulativement porter sur un préjudice matériel et

¹⁷⁴⁵ Concernant la rupture d'égalité devant les charges publiques : CE sect., 30 juill. 2003, *Asso. Pour le développement de l'aquaculture en région Centre e. a.*, RFDA, 2004, p. 144, concl. F. LAMY ; A. VAN LANG, "De l'art du trompe l'œil. Réflexions désenchantées sur quelques aspects récents de la responsabilité environnementale", in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Dalloz, 2007, p.167 ; concernant la responsabilité pour faute: TA Rennes, 2 mai 2001, *Sté Suez-Lyonnaise des eaux*, AJDA, 2001, p. 593, concl. J. F. COËNT ; A. VAN LANG, "L'enracinement constitutionnel de la responsabilité environnementale", in C. CANS (DIR.), *La responsabilité environnementale - prévention, imputation, réparation*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009, p. 53

¹⁷⁴⁶ D. HEDARY, "Les surprises de la Charte de l'environnement analyse de quatre années de jurisprudence", *Droit de l'env.*, n°.171, sept. 2009, p.11-16, D. HEDARY, "La LRE: quel progrès pour l'environnement?", *Droit de l'env.*, n°.163, nov. 2008

¹⁷⁴⁷ LE CLUB DES JURISTES, *Mieux réparer le dommage environnemental*, Rapport, janv. 2012, www.leclubdesjuristes.com, p. 20 et s.

¹⁷⁴⁸ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 9è. éd., 2005, n°697

¹⁷⁴⁹ SFDE et IDPD, *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Economica, collection droit et économie de l'environnement, 1992

¹⁷⁵⁰ Cass. civ., 27 nov. 1844 : DP 1845, 1, p. 13 ; Cass. 2e civ., 19 nov. 1986 : Bull. civ. 1986, II, n° 72 ; L. NEYRET, "La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire", *D.*, Chron., 2008, p.170

L'efficacité de l'énergie propre

moral, celui-ci devant revêtir être personnel, direct et certain¹⁷⁵¹. La réparation peut selon les cas être effectuée en nature ou par équivalent. Un dommage environnemental est également susceptible de causer un préjudice à la société dans sa globalité et peut, lorsqu'un texte le prévoit explicitement, engager la responsabilité pénale de son auteur¹⁷⁵². De telles incriminations ne sont prévues qu'à titre sectoriel et concernant l'acte de terrorisme écologique¹⁷⁵³. En ce sens, le rapport Lepage propose l'institution d'un délit général d'atteinte à l'environnement, non retenu par le législateur dans les lois sur le Grenelle de l'environnement¹⁷⁵⁴.

La question est ensuite de savoir si le droit positif admet la reconnaissance d'un préjudice écologique pour la nature, les générations actuelles et futures¹⁷⁵⁵. En ce sens, Marie-Pierre Camproux-Duffrène définit le préjudice écologique comme « *la répercussion de l'atteinte causée à la nature sur le droit d'usage collectif qu'a l'homme sur celle-ci, indépendamment des répercussions sur ses biens et sa personne* »¹⁷⁵⁶. Il fonde sa légitimité sur la reconnaissance constitutionnelle selon laquelle « *chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » tandis que « *toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi* ». Dès lors, le législateur pourrait en fixer les modalités d'exercice¹⁷⁵⁷.

Le préjudice écologique présente un caractère collectif. A ce titre, le code de l'environnement reconnaît la possibilité aux associations agréées de protection de l'environnement, l'ADEME, le Conservatoire du littoral, l'ONEMA, les agences de l'eau, l'ONCFS et au Centre des monuments nationaux, d'exercer les droits reconnus à la partie civile pour des faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre¹⁷⁵⁸. Le juge étend la compétence *ratione personae* en admettant l'action civile d'associations non agréées, voire à d'autres personnes non prévues par le code de l'environnement, dès lors que leur statut est en

¹⁷⁵¹ V. WESTER-OUISSE, "Le préjudice moral des personnes morales", *JCP G*, n°26, I 145, juin 2003 ; G.A. LIKILLIMBA, "Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements", *RTD Com.*, 2009, p.1

¹⁷⁵² L. NEYRET, "De l'approche extensive de la responsabilité pénale dans l'affaire Erika", *Env.*, n°11, étude 29, nov. 2010 ; Y. HIRIART, *L'utilisation du droit pénal en matière environnementale*, Ministère de l'Écologie et du Développement Durable, IDEI Working Paper n°326, déc. 2004 ; M. O. BERTELLA-GEFFROY, "Un an de droit pénal de l'environnement", *Env.*, fév. 2008, p.17-23 ; D. G., "La faute non-intentionnelle et délit de pollution des eaux", *Droit de l'env.*, n°127, avril 2005, p.73-74 ; C. LONDON, "La protection de l'environnement par le droit pénal: ue victoire de David contre Goliath?" in *Droit de l'env.*, n°134, déc. 2005, p.283-284 ; "Orientations de la politique pénale en matière d'environnement", *Droit de l'env.*, n°133, 260-261, nov. 2005

¹⁷⁵³ C. pénal, art. 421-2 ; M. BAYLE, "Les entreprises et les catastrophes écologiques", in *Les catastrophes écologiques et le droit échecs du droit, appels au droit*, Bruylant, à paraître

¹⁷⁵⁴ *Mission Lepage rapport final*, 2008, www.legrenelle-environnement.fr ; C. LIENHARD, "Rapport Lepage: techniquement rigoureux, pragmatiquement évident", *JAC*, n°82, 2008, www.jac.cerdacc.uha.fr

¹⁷⁵⁵ G. J. MARTIN, "Réflexions sur le dommage à l'environnement, le dommage écologique pur", in *droit et environnement*, PUAM, 1995, p.115 ; P. JOURDAIN, "Le dommage écologique et sa réparation", in B. DUBUISSON et G. VINEY (DIR.), *Les responsabilités civiles environnementales dans l'espace européen, Point de vue franco-belge*, Bruylant, 2006 ; G. J. MARTIN, "Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité: quelle notion, quel avenir?" *AJDA*, 2005, p.2222

¹⁷⁵⁶ M.-P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, "Le contentieux de la réparation civile des atteintes à l'environnement après la loi du 1er août 2008 sur la responsabilité environnementale", *Lamy droit civil*, mai 2010, p.59 ; M.-P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, "Conséquences de la nature juridique de la biodiversité sur la réparation du dommage", *Mél. G. Wiederkehr, De code en code* Dalloz, 2009, p.89 ; N. LEBLOND, "Le préjudice écologique", *JCL Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 112, 06/11/2009

¹⁷⁵⁷ CE, 3 oct. 2008, Commune d'Annecy, n°297931 ; CE, 24 juill. 2009, *CRIIGEN*, n°305614 et 305615

¹⁷⁵⁸ C. env., art. L. 132-1 et L. 142-2

adéquation avec l'intérêt collectif lésé¹⁷⁵⁹. Il élargit également la compétence *ratione materiae* en délaissant la preuve d'une infraction¹⁷⁶⁰.

Les premières décisions de justice fondées sur l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement requièrent la preuve d'un intérêt à agir direct et certain¹⁷⁶¹. Une partie de la doctrine s'oppose à cette conception, considérant que la qualification de l'environnement par le constituant de « *patrimoine commun des êtres humains* » et « *le devoir de toute personne de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* » devraient conduire à l'ouverture du droit d'action au plus grand nombre¹⁷⁶². Cette justification se fonde sur le droit à un environnement sain, en considérant que tout dommage à l'environnement constitue une atteinte à l'un des droits subjectifs du demandeur¹⁷⁶³. Elle trouve un écho dans la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le droit au respect de la vie privée considérant que « *la seule constatation de l'atteinte ouvre droit à réparation* », sans qu'il soit besoin pour le demandeur de justifier l'existence d'un dommage¹⁷⁶⁴.

Au préalable, la recherche d'une base légale conduit à remarquer que l'article L.162-2 du code de l'environnement relatif à la police environnementale exclut la possibilité de demander une réparation sur ce fondement. Alors que le juge administratif refuse de considérer que le dommage écologique ouvre droit à réparation, le juge judiciaire se révèle plus audacieux¹⁷⁶⁵. Implicitement reconnu dans un premier temps, des décisions mentionnent désormais explicitement le préjudice écologique¹⁷⁶⁶. Un avant projet de réforme du droit des obligations présenté en 2006, prévoyait sa

¹⁷⁵⁹ Sur le recours des associations non agréées: Cass. 2^e civ., 5 oct. 2006, n°05-17.602, *Juris-Data* n°2006-035251 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, n°99-10.709 *Juris-Data* n°2001-009336 ; Cass. 2^e civ., 27 mai 2004, n°02-15.700, *Juris-Data* n°2004-023895 ; Cass. 2^e civ., 7 déc. 2006, n°05-20.297, *Juris-Data* n°2006-036371 ; sur le recours des collectivités territoriales: T. corr. Paris, 16 janv. 2008, n° 9934895010 ; C. HUGLO, "A propos de l'Erika et des précédents existants sur la question du dommage écologique", *Env.*, fév. 2008, p.2

¹⁷⁶⁰ Cass. 3^e civ., 26 sept. 2007, n°04-20.636, *Juris-Data* n°2007-040517, *Env.* 2007, comm. 134, note M. BOUTONNET ; Cass. 2^e civ., 7 déc. 2006, n°05-20.297, *env.* 2007 comm. 63, M. BOUTONNET ; L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, mai 2006 ; Cass. 2^e. Cass. civ., 5 oct. 2006, *Bull. Civ. II*, n° 157 ; L. NEYRET, "La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire", *D.*, *Chron.*, 2008, p.170 : « *une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social* »

¹⁷⁶¹ CAA Douai, 4 juin 2008, *Commune de Gouvieux*

¹⁷⁶² L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, mai 2006, n°575 ; P. TROUILLY, "Charte de l'environnement. Domaine de la loi et du règlement", *Env.*, comm. 153, 2008 ; F. X. FORT, "L'insertion de la Charte constitutionnelle de l'environnement au sein du droit public français", *Env.*, n°1 et 2, janv. 2009 ; A.-C. KISS, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, Rec. des cours de l'Académie Internationale de la Haye, tome 175, 1982

¹⁷⁶³ Selon Vincent REBEYROL, le fondement du droit à l'environnement exonère la victime de la preuve d'un intérêt à agir c'est à dire de prouver qu'elle a subi personnellement l'atteinte dont elle demande réparation ainsi que la preuve de répercussions corporelles, économiques ou morales. Le droit à l'environnement ouvrirait la voie à une action populaire, tout sujet de droit étant autorisé sur ce fondement à saisir les tribunaux pour leur demander d'ordonner la cessation d'une pollution et la remise en état du milieu. V. REBEYROL, "Le droit à l'environnement comme nouveau fondement de la réparation des dommages environnementaux", in C. CANS (DIR.), *La responsabilité environnementale - prévention, imputation, réparation*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009, p.61

¹⁷⁶⁴ Cass. 2^e Civ., 18 mars 2004, *Bull. Civ. II*, n°135 ; Cass. 2^e Civ., 18 mars 2004, *Bull. Civ. II*, n° 137 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2006, *Bull. Civ. I*, n°362

¹⁷⁶⁵ CE, 12 juill. 1969, *Ville de Saint-Quentin*, *Rec.* p.385

¹⁷⁶⁶ Sur la reconnaissance implicite : CA Bordeaux, 13 janv. 2006, n° 05-00.567: « *préjudice subi par le milieu aquatique* » ; T. corr. Libourne, 21 juin 2004, *SARL d'exploitation de la laiterie du col Bayard c/ Fédération des Hautes Alpes pour la pêche* ; sur la reconnaissance explicite: TGI Narbonne, 4 oct. 2007, *Asso. Eccla e.a.*, n°935/07 ; T. corr. Paris, 16 janv. 2008, n° 9934895010, *JCP G*, 2008, I, 126, note K. LE COUVIOUR ; *JCP G*, 2008, II, 10053, note B. PARANCE ; *AJDA*, 2008, p. 934, note A. VAN LANG ; *RJE*, n°1, 2009, dossier: la traduction du dommage écologique après la décision du TGI de Paris dans l'affaire Erika ou "la nature n'a pas de prix mais elle a un coût" ; M. BOUTONNET, "2007-2008, l'année de la responsabilité environnementale", *Lamy droit civil*, avr. 2008, p.21 ;

réparation en retenant comme définition du préjudice la « *lésion (...) d'un intérêt individuel et collectif* ». Il proposait l'indemnisation des dépenses raisonnablement engagées pour prévenir un dommage imminent ou éviter son aggravation et suggérait la consécration de dommages-intérêts punitifs¹⁷⁶⁷. Son échec conduit le juge judiciaire à se fonder sur le droit commun de la responsabilité civile mais l'article 1382 du code civil implique la preuve d'un intérêt personnel à agir et le caractère certain, personnel et direct du dommage¹⁷⁶⁸. Or, ces conditions s'accommodent mal avec le préjudice écologique qui concerne des intérêts collectifs parfois sans répercussions immédiates et apparentes¹⁷⁶⁹. Par conséquent, l'article 4 de la Charte de l'environnement constituerait un fondement plus adapté¹⁷⁷⁰. La mission Lepage proposait sa médiation législative par l'intégration d'un article 1382-1 dans le code civil disposant que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à l'environnement un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Cette solution présente l'avantage de légitimer la jurisprudence sur le préjudice écologique mais requiert la preuve d'une faute intentionnelle. Mathilde Boutonnet et Laurent Neyret proposent quant à eux l'établissement d'un régime de responsabilité sans faute¹⁷⁷¹.

Contrairement à certains cas de la police environnementale, la responsabilité environnementale permet une réparation intégrale. La Cour de cassation affirme de manière constante que « *la réparation n'est pas assurée par l'allocation d'un euro symbolique* »¹⁷⁷². Cette

L. NEYRET, "Pour un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement", *D.*, 2008, p.2681 ; CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278, *Env.*, 2010, repère 6, note C. HUGLO ; *JCP G*, 2010, 432, note K. LE COUVIOUR ; M. BOUTONNET, "L'arrêt Erika, vers la réparation intégrale des préjudices résultant des atteintes à l'environnement ?", *Env.*, n°7, étude 14, juil. 2010 ; L. NEYRET, "Dieu nous garde de l'écologie des Parlements", *D.*, 2010, p.1008

¹⁷⁶⁷ D. GUIDAL, "Prévention et réparation de certains dommages à l'environnement", *RJEP*, p.3, déc. 2008 ; Le préjudice écologique ne constitue pas des dommages intérêts punitifs, les *supremes* du code d'Hammourabi prévoyaient au Moyen Age que les dommages et intérêts punitifs avaient pour objet d'aler « *au delà de ce que peut entraîner le préjudice subi* » : W. MASTOR, "Responsabilité environnementale et dommages et intérêts punitifs", *Constitutions*, n°1, mars 2010, p.144-145

¹⁷⁶⁸ G.J. MARTIN, *De la responsabilité pour faits de pollution au droit à l'environnement*, PPS, 1976 ; F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, 1981 ; P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, LGDJ, 1974 ; G. VINEY, "Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français", *JCP-G*, n°2, I, 3900, 1996 ; L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, mai 2006, n°472 et s. ; P. JOURDAIN, "Le dommage écologique et sa réparation", in B. DUBUISSON et G. VINEY (DIR.), *Les responsabilités civiles environnementales dans l'espace européen, Point de vue franco-belge*, Bruylant, 2006, p. 161 ; C. HUGLO, "Transposition de la directive 2004/35 du 21 avril 2004", *Env.*, mai 2009, p.27 ; T. corr. Paris, 16 janv. 2008, n° 9934895010 ; C. HUGLO, "A propos de l'Erika et des précédents existants sur la question du dommage écologique", *Env.*, fév. 2008, p.2. Dans cette affaire, la réparation est fondée sur la compétence spéciale que plusieurs lois attribuent aux demandeurs en matière d'environnement et qui « *leur confère une responsabilité particulière pour la protection, la gestion et la conservation d'un territoire* », les atteintes environnementales « *affectant les intérêts qu'elles sont en charge de défendre et leur causant un préjudice personnel direct* » ; L. NEYRET, "La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire", *préc.*

¹⁷⁶⁹ G. VINEY, "Le préjudice écologique", *RCA*, n° spécial, mai 1998, p.6 et s.

¹⁷⁷⁰ Agathe VAN LANG voit dans ces dispositions, une constitutionnalisation de la responsabilité environnementale : A. VAN LANG, "L'enracinement constitutionnel de la responsabilité environnementale", in C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale - prévention, imputation, réparation*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009, p.47 ; A. CAPITANI, "La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?", *RFDC*, 2005, p.504

¹⁷⁷¹ M. BOUTONNET et L. NEYRET, "Commentaire des propositions du rapport Lepage relatives à la responsabilité civile. Vers une adaptation du droit commun au domaine environnemental", *Env.*, n°4, dossier 8, avril 2008 ; cette proposition est également envisagée par le rapport sur le dommage environnemental du Club des juristes : LE CLUB DES JURISTES, *Mieux réparer le dommage environnemental, préc.*, p. 38 et s.

¹⁷⁷² Cass. Soc., 26 avril 2007, n°05/45624 ; Cass. Soc., 2 mai 2000, n°98/40755 ; Cass. Crim., 8 juill. 1975, *D.*, 1975, IR. 193 ; Cass. 2è. ch. Civ., 28 nov. 1962, *Bull. Civ.II*, n°756, *D.*, 1963, Jur. 77 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2è. éd., 200, n°64

situation conduit des auteurs à proposer une nomenclature des préjudices réparables selon la nature des milieux atteints, la rareté des espèces concernées, la réversibilité de l'atteinte, et la valeur symbolique du milieu¹⁷⁷³. Cette évaluation fait l'objet d'une appréciation souveraine des juges du fond qui ne sont pas tenus de préciser leur base de calcul¹⁷⁷⁴. Cependant, le caractère empirique de l'évaluation peut conduire à des inégalités et appelle des précisions normative.

Le juge judiciaire dispose de pouvoirs pour ordonner la cessation d'une pollution et prononcer une réparation en nature ou à défaut par équivalent¹⁷⁷⁵. Cette dernière pose le problème de son affectation puisque si la victime obtient réparation de son préjudice personnel, elle ne devrait pas bénéficier du préjudice écologique du fait de son caractère collectif¹⁷⁷⁶. De plus, le principe de libre disposition de l'indemnisation empêche le juge d'affecter les dommages et intérêts à un usage déterminé, le bénéficiaire pouvant en disposer comme il l'entend¹⁷⁷⁷. La solution pourrait alors résider dans la création d'un fonds pour la protection de l'environnement dédié à la restauration des milieux, tel que préconisé par le club des juristes et mis en œuvre dans la loi brésilienne du 24 juillet 1985 sur l'action civile en matière d'atteinte à l'environnement¹⁷⁷⁸.

La responsabilité environnementale constitue donc un complément essentiel à la police environnementale¹⁷⁷⁹. Cependant, l'urgence de la transposition de la directive sur la responsabilité environnementale n'a pas permis d'approfondir la réflexion sur l'articulation entre ces deux régimes¹⁷⁸⁰. Des éclairages pourraient néanmoins être trouvés dans l'ajustement réalisé par les juridictions administratives et judiciaires entre les polices des installations classées, de l'eau, des déchets, et la théorie du trouble anormal de voisinage¹⁷⁸¹. Les atteintes à l'environnement seraient ainsi renforcées par une réparation des préjudices individuels et collectifs.

Un droit environnemental de l'énergie s'affirme dans les systèmes juridiques européens et français, dans le continuum du droit international. En ce sens, le droit international de l'énergie établit un cadre institutionnel et un contenu commun, transcrits dans des orientations générales en droit de l'UE, et transposés dans des instruments spécifiques en droit français. Une originalité du dispositif réside dans sa relation inextricable avec des instruments relevant d'autres champs

¹⁷⁷³ L. NEYRET, "Proposition de nomenclature des préjudices réparables en cas d'atteinte à l'environnement", *Env.*, n°6, dossier 5, juin 2009 ; v. la nomenclature des préjudices liés au dommage corporel élaboré par le groupe de travail présidé par M. DINTILHAC, *JCP G*, 2005, act. 79

¹⁷⁷⁴ L. NEYRET, "La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire", *D.*, Chron., 2008, p.176

¹⁷⁷⁵ V. REBEYROL, "Le droit à l'environnement comme nouveau fondement de la réparation des dommages environnementaux", in C. CANS (DIR.), *La responsabilité environnementale - prévention, imputation, réparation*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009, p.61

¹⁷⁷⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN: les conditions de la responsabilité*, LGDJ, n°246-1, 2006

¹⁷⁷⁷ CA Rennes, 30 avril 1997, *RD rur.*, 2000, p. 42, obs. A. GAONAC'H

¹⁷⁷⁸ LE CLUB DES JURISTES, *Mieux réparer le dommage environnemental*, Rapport, préc., p. 35 et s.

¹⁷⁷⁹ D. GUIHAL, "Prévention et réparation de certains dommages à l'environnement", *RJEP*, déc. 2008, p.10

¹⁷⁸⁰ *Rapport fait par M. BIZET au nom de la commission des Affaires économiques au Sénat Session 2007-2008*, n°348, p. 22 ; *Rapport fait par M. GEST au nom de la commission des Affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée nationale*, n°973, p. 17

¹⁷⁸¹ N. REBOUL-MAUPIN, "Voisinage et environnement : le trouble anormal à l'honneur !", *Env.*, n°10, étude 10, oct. 2008

L'efficacité de l'énergie propre

juridiques qui participent à son efficacité. Une seconde singularité réside dans l'intervention d'instances à de multiples degrés : européennes, nationales et territoriales ; institutionnelles, professionnelles et non-gouvernementales. Ces phénomènes corroborent le caractère globalisé du droit de l'énergie et offrent les perspectives d'un premier bilan.

Conclusion de la première partie

Le droit de l'énergie regroupe l'ensemble des règles ayant pour objet l'énergie dans les systèmes juridiques international, européen et français et se structure en référence à la crise mondiale de l'énergie. Celle-ci légitime une intervention des autorités normatives pour l'enrayer dans un but d'intérêt général. Elle établit également l'idée d'une œuvre à accomplir : l'accès à l'énergie dans des dimensions économiques (sécurité des approvisionnements, prix abordable), sociales (universalité) et environnementales (propreté). Dès lors, en conférant un caractère finaliste au droit de l'énergie, elle en structure également le contenu en distinguant une branche pour chacune de ces dimensions. Ainsi, pour répondre aux problématiques économiques, sociales et environnementales de la crise énergétique, émerge un droit économique, social et environnemental de l'énergie¹⁷⁸². Le droit de l'énergie présente parfois un caractère embryonnaire dans certaines parties de ses branches, conduisant à proposer des voies de consolidation. Néanmoins, l'existence d'un ensemble de règles juridiques reposant sur un objet commun et doté d'une finalité spécifique caractérise une cohérence matérielle du droit de l'énergie. Par voie de conséquence, cette mise en lumière permet préciser les spécificités formelles du droit de l'énergie.

Le droit de l'énergie présente la particularité d'être organisé comme un ordre juridique transnational. Cette forme résulte de la crise de l'énergie dont le caractère mondialisé conduit à globaliser le *corpus*. Cette structure génère un ordonnancement original dans lequel ses règles fondamentales intègrent le système juridique international sous la forme de droits, de principes, d'objectifs et de standards. Ces dispositions sont ensuite transcrites dans les systèmes européens et français qui en précisent les modalités et en comblent les carences. Une subsidiarité s'opère entre les systèmes juridiques, le droit international assurant une fonction de calibrage en établissant ce socle commun tandis que les droits européens et français de l'énergie exercent une modulation en détaillant celui-ci et en l'adaptant à leurs cultures¹⁷⁸³. Cette caractéristique résulte de la supériorité du droit international qui s'impose avec une pleine force obligatoire à tous les sujets dont il délimite et règle l'activité juridique¹⁷⁸⁴. Cette organisation caractérise une globalisation juridique verticale descendante du droit de l'énergie garantie par la perméabilité des systèmes¹⁷⁸⁵.

Cette globalisation présente également un caractère ascendant en permettant aux acteurs du système juridique national de faire usage de leurs droits dans les systèmes européen et international. En cas de violation du droit de l'énergie, elle permet de recourir aux institutions de l'UE, au juge européen des droits de l'Homme ou à un arbitre international. Celle-ci se prolonge dans la capacité des ONG à concourir à la formation de la règle énergétique en tant qu'organes consultatifs au sein d'instances internationales, dans le cadre des mécanismes de suivi des traités, et par leurs actions au titre des sources matérielles du droit.

La globalisation juridique se manifeste encore sur le plan institutionnel parce qu'en

¹⁷⁸² M.-A. FRISON-ROCHE, "Droit de l'énergie, droit à l'énergie", *Revue de l'énergie*, n°509, 1999, p.615-618

¹⁷⁸³ M. PRIEUR, "Mondialisation et droit de l'environnement" in C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 397-406

¹⁷⁸⁴ D. CARREAU, *Droit international, préc.*, p.43 et s.

¹⁷⁸⁵ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Lextenso éditions, 2è. éd., 2010, p.116 et s.

Conclusion de la première partie

complément des autorités publiques, des acteurs privés participent à la création normative par des règles supplétives dans des processus plus ou moins formalisés¹⁷⁸⁶.

Elle est enfin horizontale au motif que le droit de l'énergie ne peut se suffire à lui-même pour réaliser ses finalités, recourant à des champs juridiques complémentaires comme condition d'effectivité. Cette particularité implique une présentation de ces instruments parce qu'ils participent également à son intelligibilité. Cette interrelation peut être précisée en étudiant le fonctionnement du droit de l'énergie dont les caractéristiques innovantes conduisent à l'appréhender comme un ordre juridique autonome et intégré.

¹⁷⁸⁶ M. DELMAS-MARTY, "Les processus de mondialisation du droit", in C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 63-80

Seconde partie : L'ordre juridique autonome et intégré

L'approche fonctionnelle des systèmes s'intéresse au processus par lequel le droit est créé et appliqué¹⁷⁸⁷. Cette seconde partie propose de démontrer qu'en plus de disposer d'un contenu et d'une forme spécifiques, le droit de l'énergie répond à un phénomène original de création normative. Le raisonnement s'inspire des deux caractéristiques de l'auto-référencement des ordres juridiques. La première concerne la clôture normative établissant une reproduction du système par ses instruments¹⁷⁸⁸. L'ordre juridique peut alors être qualifié d'autonome parce qu'il règle une part substantielle de sa création. La présentation du phénomène peut être apportée par la mise en exergue d'un processus d'institutionnalisation de l'énergie¹⁷⁸⁹. Les institutions sont des manières collectives d'agir et de penser et ont leur existence propre en dehors des individus¹⁷⁹⁰. Pour Émile Durkheim : « *on peut (...) appeler institutions, toutes les croyances et tous les modes de conduite institués par la collectivité* »¹⁷⁹¹. Selon Jean Carbonnier, elle se manifeste juridiquement dans « *un composé de règles de droit qui embrasse une série de relations sociales tendant aux mêmes fins* »¹⁷⁹². Pour Hans Kelsen, le droit « *ne peut se révéler qu'en une institution et l'institution existe comme telle en tant que le droit la crée et la maintient en vie* »¹⁷⁹³. Or, l'autoreproduction est un mode de fonctionnement inhérent à l'institution, Friedrich Hayek précisant en ce sens que les institutions se comporteraient comme de véritables organismes vivants cherchant avant tout à se perpétuer en adoptant un comportement inspiré des êtres vivants engagés dans une lutte pour la survie¹⁷⁹⁴. Ce raisonnement conduit à mettre en évidence un processus d'institutionnalisation de l'énergie concourant à un renouvellement du droit de l'énergie par ses éléments résultant d'un corps de règles structuré (Titre 1).

Cependant, l'autoréférence du système ne suffit pas à garantir sa pérennité dans le temps parce que le processus d'institutionnalisation est généralement accompagné d'un phénomène de bureaucratisation caractérisé par une reproduction par le nouveau pouvoir de la structure de l'ancien, une transmutation du « *neuf en simulacre de nouveau [...] dont le mouvement prétendrait détruire jusqu'au souvenir* »¹⁷⁹⁵. La longévité implique en complément une ouverture cognitive permettant au système de se maintenir à travers l'action motivée des individus ou des groupes qui en font partie¹⁷⁹⁶. En constituant un vecteur des activités humaines, l'énergie se retrouve dans chacune d'elles. Dès lors, pour être efficace, le droit de l'énergie ne peut se résoudre à une approche sectorielle. La prise en compte des objectifs du droit de l'énergie dans le droit positif se présente

¹⁷⁸⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit, préc.*, p.258

¹⁷⁸⁸ N. LUHMANN, "L'unité du système juridique", *Archives de philosophie du droit*, Le système Juridique, 1986, p.163-188

¹⁷⁸⁹ M. WEBER, *Economie et société*, tome 1 - Les catégories de la sociologie, Pocket, 1995, p.94

¹⁷⁹⁰ E. GOFFMAN, *Asiles. Études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, trad. de Liliane et Claude Lainé, Éditions de Minuit, Paris, 1979, p. 41

¹⁷⁹¹ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 1871, p.XXII-XXIII

¹⁷⁹² J. CARBONNIER, *Droit civil - Introduction*, PUF, 27^e éd., 2002

¹⁷⁹³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit, préc.*, p.31

¹⁷⁹⁴ F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Quadrige, Tome 3, 1995

¹⁷⁹⁵ G. MONEDIAIRE, "Le principe de non-régression en droit de l'environnement à la lumière de la théorie de l'institution", in M. PRIEUR et G. SOZZO, *La non-régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012, p.47-64

¹⁷⁹⁶ P. PONCELA, "Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal", *Archives de philosophie du droit*, Le système juridique, 1986, p.121-131

L'ordre juridique autonome et intégré

donc comme une condition de son efficacité et par la même occasion de sa pérennité en trouvant son fondement en dernier recours dans le pouvoir coercitif, celui de faire respecter, en recourant éventuellement à la force¹⁷⁹⁷. En ce sens, le droit de l'énergie présente l'originalité de recourir à des mécanismes permettant de transcrire juridiquement le caractère vectoriel de l'énergie. Ceux-ci assurent une prise en compte et une adaptation de ses objectifs dans le système juridique pour renforcer son efficacité. Le droit de l'énergie est alors programmé pour être en interaction avec son environnement qui garantit son appropriation aux mœurs du peuple auquel il se destine¹⁷⁹⁸. Ce caractère intégré du droit de l'énergie résulte de mécanismes garantissant une ouverture sur le système juridique (Titre 2).

¹⁷⁹⁷ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, §63 ; C. LEBEN, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, n°33, 2001, p.29-30

¹⁷⁹⁸ C. CASTORIADIS, "La logique des magmas et la question de l'autonomie", in P. DUMOUCHEL et J.-P. DUPUY, *L'auto-organisation : de la physique au politique*, Paris, Seuil, p.421-443 ; F. OST, "Entre ordre et désordre : le jeu du droit – Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit", *préc.*

Titre 1 : Un corps de règles structuré

La clôture normative constitue la première caractéristique du processus auto-référentiel d'un système et s'observe en partie concernant le droit de l'énergie. L'exégèse tient à un phénomène d'institutionnalisation de l'énergie dont le fonctionnement s'inspire d'un mécanisme de reproduction fondé sur la survie. Sa présentation conduit à se fonder sur la théorie de l'institution développée par Maurice Hauriou qui se matérialise dans : « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* »¹⁷⁹⁹. L'institution résulte donc d'une idée d'œuvre, d'un pouvoir de Gouvernement organisé, et de manifestations de communion, ces trois éléments devant s'articuler dans la durée¹⁸⁰⁰. L'idée d'œuvre repose sur un but et les moyens d'y parvenir. Elle est tournée vers l'avenir, dans une dimension temporelle et implique des choix politiques. Selon Emile Durkheim, cette œuvre présente un caractère objectif résidant dans une conscience collective : la « *loi du milieu social* »¹⁸⁰¹. Pour Maurice Hauriou, elle comporte une part de subjectivité correspondant à l'action des individus qui y adhèrent, y concourent et la critiquent¹⁸⁰². En ce sens, la première partie de la thèse a démontré que le droit de l'énergie poursuit l'idée d'une œuvre à accomplir : l'accès à l'énergie.

L'institution résulte également d'un pouvoir de Gouvernement organisé découlant de cette idée d'œuvre et correspondant à sa réalisation, à son service et doit permettre à l'œuvre de s'affirmer et d'acquérir une dimension sociale¹⁸⁰³. L'institution relève encore de manifestations de communion correspondant à l'adhésion des membres du groupe à l'idée, qui l'assimile et qui la fait sienne¹⁸⁰⁴. L'adhésion porte non pas sur une décision particulière mais sur le fonctionnement général de l'institution. Elle caractérise l'acceptation sociale des règles du jeu. Enfin, l'institution doit s'inscrire dans la durée et se traduire dans un processus d'intériorisation, c'est-à-dire d'incorporation et de personnification¹⁸⁰⁵.

Ce titre présente les éléments de l'institutionnalisation de l'énergie en mettant en exergue l'existence d'un Gouvernement organisé (Chapitre 1). Il entend ensuite matérialiser des manifestations de communion qui se réalisent dans le service public de l'énergie (Chapitre 2). Il fait enfin état de l'inscription de ces éléments dans la durée depuis l'adoption du code de l'énergie (Chapitre 3).

¹⁷⁹⁹ M. HAURIOU, "La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre, et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, réimprimé Université de Caen, 1990 (publication originale en 1925), p. 96 ; G. MARTY, "La théorie de l'institution", *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, fasc. 2, 1968, p.39

¹⁸⁰⁰ M. HAURIOU, "La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", *préc.*, p. 96

¹⁸⁰¹ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1993

¹⁸⁰² M. HAURIOU, "La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", *préc.*

¹⁸⁰³ R. CARRE DE MALBERG, "Contribution à la théorie générale de l'Etat", Paris, CNRS, 1962

¹⁸⁰⁴ E. MILLARD, "Hauriou et la théorie de l'institution", *Droit et Société*, 30/31, 1995, p. 381-412

¹⁸⁰⁵ M. HAURIOU, "L'institution et le droit statutaire", *Recueil de législation*, p.134-182

Chapitre 1: Le Gouvernement organisé de l'énergie

« Rien n'est possible sans les hommes, rien n'est durable sans les institutions »¹⁸⁰⁶.

L'existence d'un Gouvernement organisé est une condition de l'institution qui peut être révélée dans un corps de règles juridiques organisé propre à l'énergie. Le Gouvernement organisé de l'énergie se matérialise dans des institutions organismes, correspondant à des ensembles individualisés, parfois dotés de la personnalité morale, une structure implantée à l'échelle nationale ou territoriale, s'inscrivant dans l'ordre général des choses et dans la permanence¹⁸⁰⁷. Elles sont à leur tour créatrices d'institutions mécanismes, ensemble organisé de règles créées par le droit positif pour régir une situation juridique donnée, une sorte de « moules dans lesquels le droit objectif permet de couler les réalités de la vie »¹⁸⁰⁸. Ces institutions forment un socle sur lesquels vont émerger des droits subjectifs, des principes normatifs et leurs instruments de mise en œuvre. Ce processus donne naissance à un champ juridique (1/) susceptible d'intégrer la science dans une discipline juridique (2/)¹⁸⁰⁹.

1/ Un champ juridique

Le droit de l'énergie devient un champ juridique du système normatif français, entendu comme un ensemble de règles de droit fondé sur un objet commun et disposant d'un contenu suffisant pour donner naissance à une discipline universitaire. Ce phénomène trouve sa source dans un *corpus* original (I) décliné dans une classification (II).

I. Un corpus original

L'authenticité de ce corps de règles tient à la singularité de son objet qu'est l'énergie (A), à l'origine d'un régime juridique spécifique (B).

A. Un objet commun : l'énergie

La nature juridique de l'énergie demeure un sujet peu étudié par la doctrine et cette défection pourrait trouver sa source dans la variabilité de cette nature (1). A l'inverse, l'énergie fait depuis longtemps l'objet de conventions conférant une certaine intangibilité de sa portée juridique (2).

1) Une nature juridique variable

Le doyen Savatier affirmait que « le droit épouse et assimile nécessairement le contenu des techniques qui lui fournissent un donné nouveau »¹⁸¹⁰. Le sujet d'étude en constitue une illustration

¹⁸⁰⁶ Jean MONNET, mémoires

¹⁸⁰⁷ Sur la distinction entre les institutions organismes et mécanismes : J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^e éd., 2003, p. 193 à 207

¹⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 205

¹⁸⁰⁹ P. SABLIERE, "Y a-t-il un Droit de l'électricité", *préc.*, p.1 ; J.-B. AUBY, "L'unité du droit", *DA*, n°.6, repère 6, juin 2009

¹⁸¹⁰ R. SAVATIER, *Les bases sociales du droit comparé et l'accélération de l'histoire*, Institut japonais de droit comparé,

puisque l'énergie peut constituer soit une chose (a), soit un bien (b), selon ses caractéristiques physiques et l'utilisation qui en est faite.

a) La chose énergie

Michel Prieur remarque que « *la nature juridique du rayonnement solaire et la possibilité de se l'approprier librement est un problème non résolu* »¹⁸¹¹. Cette incertitude peut être étendue à d'autres sources d'énergie et sa résolution est d'autant plus délicate que l'énergie est susceptible de revêtir plusieurs formes, et par conséquent de multiples qualifications juridiques, complexifiant le dessein d'une théorie générale sur la nature juridique de l'énergie.

Des divergences doctrinales peuvent être constatées relativement à l'énergie solaire, dont les interprétations varient pour l'essentiel entre la qualification de chose commune inappropriable et celle de bien juridique appropriable¹⁸¹². Selon Charles Demolombe, la chose « *comprend tout ce qui existe, non seulement les objets qui peuvent devenir la propriété de l'homme mais même tout ce qui dans la nature échappe à cette appropriation exclusive* »¹⁸¹³. Si l'on s'en tient à la conception retenue dans l'avant-projet de réforme du droit des biens par l'association Henri Capitant, la qualification de bien résulterait de l'appropriation qui opèrerait la mutation du statut de chose à celui de bien¹⁸¹⁴. Au regard de cette distinction, Benoît Petit considère que : « *les rayonnements solaires semblent échapper à la qualification de bien juridique, étant donné que nul ne peut en devenir le propriétaire exclusif. À l'instar de l'air ou de l'eau, ils correspondraient davantage à la notion de "choses communes" définies par l'article 714 du Code civil comme étant 'des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous'* »¹⁸¹⁵. Selon cette acception, l'énergie résultant du rayonnement solaire, du courant de l'eau et du vent constituerait donc une chose commune¹⁸¹⁶.

L'énergie peut également être qualifiée de chose lorsqu'elle est issue de ressources sans maître, c'est à dire de choses qui n'ont pas encore de propriétaire mais qui sont susceptibles d'en avoir. Les *res nullius* sont des choses qui n'appartiennent à personne mais susceptibles

Tokyo, 1962, p. 379.

¹⁸¹¹ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5è. éd., 2003, p. 693

¹⁸¹² Sur la qualification de chose commune inappropriable : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 3è. éd., 2007, n°164 ; P.J.C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse droit, Bordeaux, 1988, p. 186 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, n°130 ; G. RINGEARD-DEMARCO, "L'énergie solaire et le droit international", *RJE*, n° spécial droit et énergie solaire, 1979, p. 237 ; sur la qualification de bien appropriable: B. PETIT, "Le droit du solaire : « petit embryon deviendra grand »", *Gaz. Pal.*, n°19, 19/01/2006, p.18 ; J.-B. PICCHINI, *Les aspects juridiques de l'énergie solaire*, thèse droit, Aix-en-Provence, 1984, p. 354

¹⁸¹³ C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, Paris, 1881, T. 9, n°9, p. 5

¹⁸¹⁴ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3è. éd., 2008, n° 2 ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, thèse droit, LGDJ, 2007, n°1716

¹⁸¹⁵ B. PETIT, "Le droit du solaire : « petit embryon deviendra grand »", *Gaz. Pal.*, n°19, 19 janvier 2006, p.18

¹⁸¹⁶ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - les biens*, Dalloz, 7è. éd., 2006, p. 8 ; M. PRIEUR, "Le droit public solaire en France", *RJE*, n°4, 1979, p.275 ; M. SANCY, *L'énergie solaire et le droit : analyse de droit comparé, éléments pour l'élaboration d'un système juridique cohérent favorisant le recours à cette forme d'énergie*, thèse, Arlon, Fondation Universitaire Luxembourgeoise, 1994, p. 74 et s. ; pour Marie-Alice CHARDEAUX, la lumière n'est pas une chose juridique et ne peut par conséquent être qualifiée de chose commune: *Les choses communes*, Université Panthéon-Sorbonne, thèse droit, Paris, juin 2006

Un champ juridique

d'appropriation¹⁸¹⁷. Elles sont particulièrement importantes en matière d'environnement. Tel est le cas des algues microscopiques expérimentées dans un but de production d'énergie¹⁸¹⁸. Les *res derelictae* caractérisent des choses abandonnées par leur propriétaire et pouvant être acquises par un tiers par occupation. Répondent à cette qualification les déchets susceptibles d'être valorisés en énergie. La possession s'exerce alors tant sur la matière que sur l'énergie qu'elle contient. Si ce déchet est une pile, la qualification de chose s'applique tant à la matière (la pile), qu'à l'énergie qu'elle contient (l'électricité)¹⁸¹⁹.

La question se prolonge lorsqu'il s'agit de qualifier l'énergie issue d'une transformation. Le rayonnement solaire peut être employé dans la production de chaleur et d'électricité, tandis que les énergies hydraulique et éolienne permettent de produire des énergies mécanique et électrique¹⁸²⁰. Dans ce cas, l'énergie produite devient une chose appropriée, l'installation faisant disparaître la source primaire pour la transformer en une autre chose. Dans cette condition, l'énergie est susceptible de se nover en un bien.

Au final, l'énergie semble constituer une chose lorsqu'elle se trouve à l'état de nature ou résulte d'une chose abandonnée. En revanche, lorsqu'elle est captée et transformée, elle devient un bien susceptible de faire l'objet de commerce.

b) Le bien énergie

François Terré et Philippe Simler précisent que le « *fait que des choses soient communes n'excluent pas qu'elles puissent faire l'objet d'une prise de possession, voire d'une appropriation privée* »¹⁸²¹. Tel est le cas de l'air approprié sous la forme d'air liquide : « *sans que sa substance soit nécessairement modifiée, l'air peut cesser d'être chose commune du fait qu'il est accueilli dans le cadre d'un certain espace* »¹⁸²². Dans le cas de l'énergie, cette mutation de la chose en bien résulte généralement d'un processus de transformation¹⁸²³. En ce sens, le doyen Savatier affirme que « *c'est le travail humain qui féconde économiquement les forces de la nature* »¹⁸²⁴. Il démontra dès 1958, que l'énergie constitue un bien, s'opposant en cela à la notion de service, interprétation confirmée par la Cour de justice de l'Union¹⁸²⁵.

¹⁸¹⁷ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - les biens*, Dalloz, 7è. éd., 2006, p. 9

¹⁸¹⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, "Production d'énergie : Les algues démontrent leur statut de plantes énergétiques versatiles et multifonctionnelles", Environmental Technologies Action Plan, 2009, www.ec.europa.eu ; IFREMER, "Des algues pour énergie : au Danemark aussi", 02/07/2007, www.ifremer.fr

¹⁸¹⁹ R. SAVATIER, "Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels", *RTD civ.*, 1958, p.23

¹⁸²⁰ Bien qu'expressément refusée lors des discussions relatives à la loi du 16 octobre 1919, l'énergie hydraulique est parfois qualifiée par la doctrine de bien du domaine public voire privé de l'État : B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, "Nouvelles règles pour l'attribution des concessions d'énergie hydraulique", *JCP A*, n°13, 2071, mars 2009 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p. 89

¹⁸²¹ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - les biens, préc.*, p. 8

¹⁸²² M. HEIDEGGER, *Qu'est-ce qu'une chose?*, Tel, 1998, p. 15

¹⁸²³ S. JEAN, "'Au théâtre ce soir" les panneaux photovoltaïques nous électrisent ! (Nature juridique de l'énergie solaire et électrique)", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.38-48

¹⁸²⁴ R. SAVATIER, "Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels", *préc.*, p.23

¹⁸²⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens*, PUF, 19e éd., T. 3, 2000, n° 49 ; CJCE 27 avr. 1994, aff. C-393/92, *Cne d'Almelo et autres*, *Rec. p.* 1477 ; *CJEG* déc. 1994. 623, concl. DARMON, note FIQUET ; il « *n'est pas contesté en*

Le Gouvernement organisé de l'énergie

Cette qualification n'a en réalité vocation à s'appliquer que lorsque l'énergie se trouve captée, transformée et conditionnée par l'Homme. Façonnée, elle diffère de son état originel pour satisfaire des besoins et entrer dans le commerce en devenant un bien¹⁸²⁶. A ce titre, Gisèle Ringear-Demarcq remarque que : « *le rayonnement ne peut être objet de transactions sous sa forme originelle. Le rayonnement devient une ressource aliénable, commercialisable lorsqu'il a été transformé en énergie solaire par la technique* »¹⁸²⁷. Tel est le cas du rayonnement solaire capté pour produire de la chaleur, et de l'énergie du vent et des cours d'eau utilisée pour produire de l'électricité¹⁸²⁸.

Deux critères cumulatifs sont alors requis pour un transfert de la nature juridique¹⁸²⁹. D'une part, l'énergie produite doit présenter une utilité. Or, si l'énergie présente un rôle fondamental pour l'Homme, encore faut-il qu'elle soit exploitable par celui-ci. Tel n'est en principe pas le cas de la foudre, d'un séisme, ou d'une éruption volcanique. En revanche elle le devient lorsque l'électricité produite par le panneau solaire est transformée par l'onduleur en courant alternatif, dans une fréquence et une tension adaptées au réseau de distribution.

D'autre part, la chose doit être cessible pour entrer dans le commerce juridique¹⁸³⁰. Dans ces conditions, l'énergie peut alors être qualifiée de bien meuble, corporel, fongible, consommable, et non-frugifère¹⁸³¹. La qualification de meuble résulte de l'article 516 du code civil selon lequel « *tous les biens sont meubles ou immeubles* », la catégorie des meubles étant considérée comme la catégorie ouverte, de sorte que tout ce qui n'est pas immeuble est meuble. Or l'énergie est détachable de la terre. Le caractère corporel résulte de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006 disposant dans son article 15 que « *sont assimilés à des biens corporels l'électricité, le gaz, la chaleur, le froid et les choses similaires* »¹⁸³². De plus, selon l'article 528 du code civil, les biens corporels sont caractérisés par leur matérialité et leur perceptibilité par les sens, les biens incorporels tirant à l'inverse leur existence de la construction juridique¹⁸³³. L'énergie est un bien fongible du fait de son interchangeabilité. Elle est consommable parce qu'elle se consomme par le premier usage, son utilisation provoquant sa transformation et donc sa destruction en l'état. Elle est enfin non-frugifère parce qu'une quantité donnée d'énergie est en principe insusceptible de produire

droit communautaire, ni d'ailleurs dans les droits nationaux, que l'électricité constitue une marchandise au sens de l'article 30 du traité » ; CJCE 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa c/ Enel*, Rec. p. 1141 ; CJUE, 22 avril 2010, aff. C-346/08, *Commission c/ Royaume-Uni*, note C. KROLIK, *RJE*, n° 3, 2010, p. 571 ; P. SABLIERE, "La nature juridique de l'électricité et les conséquences qui en résultent quant à sa fourniture", *LPA*, n° 113, 06/06/2007, p.4 et s.

¹⁸²⁶ R. SAVATIER, "Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels", *RTD civ.*, 1958, p.23

¹⁸²⁷ G. RINGEARD-DEMARCO, "Énergie solaire et le droit international", *RJE*, n° 4, 1979, p.323 et s.

¹⁸²⁸ M. LAMOUREUX, "Le bien énergie", *RTD com.*, 2009, p.239

¹⁸²⁹ Selon le Doyen DEMOLOMBE, les biens sont « *les choses qui sont susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir l'objet d'un droit de propriété* » : C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, Imprimerie générale de Ch. Lahure, T. IX, n° 15 et s.

¹⁸³⁰ D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques*, Lextenso, 2010, p. 139-143

¹⁸³¹ R. SAVATIER, *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, Dalloz, 3è.ed., 1974, n°36 et 48

¹⁸³² Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, *JOUE*, L. 347 du 11/12/2006

¹⁸³³ A. PIEDELIÈVRE, "Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien", *Mélanges M. De Juglart*, 1986, p.55

Un champ juridique

davantage de ressource que son stock original¹⁸³⁴. Entrent dans la catégorie des biens, des matières premières telles que le pétrole, le charbon, le bois, l'uranium et le gaz¹⁸³⁵.

La qualification de bien peut également résulter d'une reconnaissance explicite par le droit. En ce sens, l'article 1386-3 du code civil dispose que : « *l'électricité est considérée comme un produit* », le produit étant assimilable à un bien. Une solution comparable est retenue dans les articles 814 du code civil italien, 906 du code civil québécois et 6 du code de l'électricité du Congo Brazzaville. Constituent encore des biens meubles, les énergies minières et les gîtes géothermiques conformément à l'article L.112-1 du code minier.

Cette nature juridique de l'énergie est à l'origine d'une portée juridique particulière.

2) Une portée juridique

L'appropriabilité de l'énergie conduit à en faire un objet de droits (a) et de contrat (b).

a) L'énergie objet de droits

L'appropriation de la chose lui confère les attributs d'*usus*, de *fructus*, et d'*abusus* rendant le propriétaire maître d'en disposer comme bon lui semble¹⁸³⁶. Pour corollaire, ces prérogatives sont susceptibles d'être génératrices de responsabilité, lorsqu'elles contribuent à la réalisation d'un dommage tel qu'un incendie, une électrocution ou une explosion. La responsabilité sera d'ordre contractuelle relativement à la conception, l'exécution et la surveillance des travaux ; pour manquement à l'obligation de renseignement et de conseil, ou pour défaut de conformité¹⁸³⁷. Elle pourra être délictuelle en cas de dommage causé par des ouvrages énergétiques¹⁸³⁸.

L'appropriabilité de l'énergie lui confère la capacité de faire l'objet d'un vol. La Cour de cassation a admis cette possibilité dès 1912 concernant l'électricité¹⁸³⁹. En ce sens, l'article 311-2 du code pénal dispose que « *la soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol* ». *A contrario*, si la qualification de vol d'énergie peut être retenue concernant les choses appropriables, le caractère inappropriable de certaines sources d'énergie telles que le rayonnement solaire semble exclure cette possibilité à leur rencontre¹⁸⁴⁰. Des dispositions répressives générales peuvent également être invoquées pour des dommages causés aux installations énergétiques sur le

¹⁸³⁴ P. CATALA, "La matière et l'énergie", *préc.*, 1999, p.557 s.

¹⁸³⁵ M. LAMOUREUX, "Le bien énergie", *préc.*, p.239 ; R. SAVATIER, "Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels", *RTD civ.*, 1958, p.1 et s. ; un bien corporel est une « *chose qui est objet de droits et qui par sa nature physique fait partie du monde sensible (une chaise, une table...)* » : R. GUILLIEN et J. VINCENT (DIR.), *Lexique des termes juridiques*, *préc.*

¹⁸³⁶ C. SAINT-DIDIER, "Copropriété et panneaux photovoltaïques", *Env.*, n°2, dossier 2, fév. 2011

¹⁸³⁷ D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques*, *préc.*, p. 341-370

¹⁸³⁸ Les régimes de responsabilité civile induits par l'énergie font l'objet d'une étude dans le dernier chapitre dans le cadre des « *régimes de responsabilité civile adaptés aux dommages du secteur énergétique* ».

¹⁸³⁹ Cass. crim., 3 août 1912, *D.*, 1913, I, p. 439 ; confirmé par Cass. crim., 12 juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929, n°2, p. 251 ; Cass. crim., 3 mars 1943, *CJEG* mars 1950, jur., p. 168 ; Cass. crim., 30 mars 1954, *CJEG*, juin 1956, jur., p. 134 ; Cass. crim., 10 avril 1965, *CJEG*, juillet 1964, jur., p. 176 ; Cass. crim., 12 décembre 1984, *Bull.* N°403 ; Cass. crim., *CJEG* juin 1985 ; CA Limoges, 13 janvier 1989, *CJEG*, septembre 1990, jur., p. 321 ; CA Montpellier, 22 février 2000, *CJEG*, août-septembre 2001, jur., p. 349 ; M. LAMOUREUX, "Le bien énergie", *préc.*

¹⁸⁴⁰ B. BONZOM, "Le vol d'électricité", *CJEG*, Chron. 1., janv. 1985 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, droit pénal spécial t. 2, Cujas, Paris, 1982, n°2214 ; D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques*, *préc.*, p. 138

Le Gouvernement organisé de l'énergie

fondement de l'article 322-2 du code pénal¹⁸⁴¹. Cependant, la principale conséquence résultant de la nature juridique du bien réside dans la capacité d'en faire commerce et donc d'être un objet de contrat.

b) L'énergie objet du contrat

Le doyen Savatier remarquait que « *l'énergie, en tant que bien, a la vocation d'entrer dans le commerce juridique du droit privé* »¹⁸⁴². La question est alors de savoir si ce contrat doit être qualifié de vente ou de service. La distribution d'énergie et *a fortiori* d'électricité présente des similarités avec les communications téléphoniques que la Cour de cassation qualifie de prestation de service¹⁸⁴³. Pourtant, la qualification de contrat de vente devrait être retenue pour l'énergie au motif que l'objet de la convention repose sur un bien. Un transfert de propriété s'opère alors entre le producteur qui s'engage à livrer l'énergie et l'acheteur à payer cette contrepartie.

Outre la vente, l'énergie peut faire l'objet de divers contrats. Une difficulté majeure consistera à déterminer si la convention relève d'un régime de droit privé ou de droit public. Le Conseil d'État reconnaît la compétence du juge judiciaire concernant les litiges liés à un contrat d'abonnement en raison de la nature des liens de droit privé¹⁸⁴⁴. L'accès des producteurs d'électricité d'origine renouvelable au réseau public pose davantage de difficultés, puisque si le raccordement de l'installation se traduit par la conclusion d'un contrat de droit privé entre le producteur et le distributeur (généralement ERDF), le contrat d'achat constitue en revanche un contrat administratif par détermination de la loi pour les conventions signées entre les producteurs et EDF¹⁸⁴⁵.

Néanmoins, certaines particularités peuvent survenir étant donné la nature privatiste de la personnalité de l'acheteur, le rapprochant alors du contrat de droit privé. En cas d'inexécution des obligations par EDF, le producteur pourrait demander l'exécution forcée du contrat, solution guère envisageable s'il s'agissait d'une personne de droit public¹⁸⁴⁶. Le producteur semble également en mesure de contraindre EDF à exécuter son obligation monétaire dans le cadre d'une exécution forcée. Inversement, le juge pourrait prendre toute mesure utile à l'encontre du producteur pour l'exécution des engagements souscrits, sauf si celui-ci est une personne publique¹⁸⁴⁷.

Cette dichotomie des régimes juridiques résultant de la *summa divisio* du droit français se retrouve concernant l'implantation des installations de production d'énergie puisqu'il conviendra de recourir lors d'une implantation sur des propriétés privées, aux contrats de vente d'immeuble ou à un bail (bail de droit commun, emphytéotique, ou à construction). En revanche, l'occupation d'une

¹⁸⁴¹ T. corr. Bourgoin, 22 janv. 1953, *EDF et M.P. c/ Cecillon*, *CJEG* févr. 1954, jurispr. p. 29 ; P. SABLIERE, "Les branchements électriques", *CJEG*, juill. 2000, p.265-300

¹⁸⁴² R. SAVATIER, "Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels", *RTD civ.*, 1958, p.22

¹⁸⁴³ Cass. crim., 12 décembre 1990, *Bull. crim.* n°430, p. 1070 ; *RTD com.* 1991, n°3, p. 475, note P. BOUZAT ; *JCP E*, Cass. crim. 9 janvier 1992, n°106, note J. DEVEZE

¹⁸⁴⁴ CE, 13 janv. 1961, *Département du Bas-Rhin*, *Rec. CE*, p. 38 ; *AJDA*, 1961, II, p. 235, concl. FOURNIER ; *CJEG* 1961, p. 113

¹⁸⁴⁵ C. énerg., art. L.314-7.; F. BRENET, "La nature juridique des contrats conclus entre EDF et les producteurs autonomes d'électricité", *DA*, n°11, comm. 139, nov. 2010 ; CE, 19 janv. 2011, n°343389, *EARL Schmittseppel et M. Noir* ; A. BOURLON, "Énergie solaire : régulation ou insécurité juridique?", *AJCT*, 2010, p.10 ;

¹⁸⁴⁶ Cass, 1ère. Civ., 21 déc. 1987, Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM)

¹⁸⁴⁷ D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques, préc.*, p. 336-337

Un champ juridique

propriété publique se traduira par des contrats d'occupation du domaine public (bail emphytéotique administratif ou autorisation d'occupation temporaire), auxquelles s'ajoutent des dispositions particulières relatives à l'occupation du domaine privé des personnes publiques¹⁸⁴⁸.

En complément de cette portée juridique, le droit s'enrichit dans un régime juridique spécifique.

B. Un régime juridique

Le droit de l'énergie se fonde sur des règles communes (1) qui lui confèrent une identité propre (2).

1) Des règles communes

Le caractère communautaire du droit de l'énergie trouve sa source dans ses institutions (a) et se prolonge dans des droits et des principes spécifiques (b).

a) Les institutions du droit de l'énergie

Le ministre chargé de l'énergie constitue l'institution de référence et dispose de nombreuses prérogatives en matière de définition et de suivi de la politique énergétique, d'autorisation et de contrôle des installations énergétiques, et dans la définition des prix de l'énergie¹⁸⁴⁹. Il intervient conjointement avec le ministre chargé de l'environnement pour arrêter des dispositions applicables aux installations nucléaires de base et homologuer les décisions de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN). Ces ministres ont également autorité sur la direction générale de l'énergie et du climat du ministère chargé du développement durable¹⁸⁵⁰.

La Commission de régulation de l'énergie complète ces missions en veillant au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel au bénéfice des consommateurs finals et en cohérence avec les orientations des politiques énergétiques et environnementales¹⁸⁵¹. Ses missions se sont élargies aux transactions de quotas d'émission de gaz à effet de serre effectuées par les fournisseurs, les négociants, et les producteurs d'électricité et de gaz naturel ; à l'activité de captage, de transport et de stockage géologique de dioxyde de carbone ; et à l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique.

Le médiateur national de l'énergie a pour mission de recommander des solutions aux litiges entre les consommateurs et les fournisseurs d'électricité ou de gaz naturel, et de les informer sur

¹⁸⁴⁸ P. TERNEYRE, *Énergies renouvelables : contrats d'implantation*, Lamy, 2010 ; D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques, préc.*, p. 211-283 ; P. TERNEYRE, "Domaines publics et énergies renouvelables", *Env.*, n°2, dossier 3, fév. 2011 ; P. TERNEYRE, "Les baux emphytéotiques administratifs", *Contrats publics*, n°108, mars 2011 ; P. TERNEYRE et B. NOYER, "Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation du domaine public des collectivités locales", *LPA*, n°83, 10/07/1996, p. 15 et n°84, 12/07/1996, p.8

¹⁸⁴⁹ Décret n° 2010-1499 du 7 décembre 2010 relatif aux attributions du ministre auprès de la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique, *JORF*, n°284 du 8 décembre 2010 p. 21501, art. 1

¹⁸⁵⁰ Décret n° 2010-1443 du 25 novembre 2010 relatif aux attributions du ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, *JORF* n°274 du 26 novembre 2010, p. 21057, art. 2

¹⁸⁵¹ C. énerg., art. L.131-1 à 135-15

leurs droits¹⁸⁵².

Parmi les organes consultatifs, le Conseil supérieur de l'énergie est obligatoirement sollicité concernant les actes réglementaires émanant de l'État et intéressant les secteurs de l'électricité ou du gaz¹⁸⁵³. L'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz placé sous l'autorité du Conseil économique, social et environnemental émet quant à lui des avis sur le service public de l'électricité et du gaz, et formule des propositions¹⁸⁵⁴.

Dans le domaine de la recherche, IFP Énergies nouvelles est un établissement public national à caractère industriel et commercial chargé de réaliser des études et des recherches scientifiques, d'informer dans les domaines de l'énergie, du transport et de l'environnement, concernant le développement des technologies et des matériaux du futur¹⁸⁵⁵. Le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives (CEA) est un établissement public à caractère scientifique, technique et industriel, doté de la personnalité morale destiné à entreprendre des recherches scientifiques et techniques¹⁸⁵⁶.

Le service public de l'énergie est une institution mécanisme de référence du droit de l'énergie¹⁸⁵⁷. Il est mis en exergue dans le titre II du premier livre du code de l'énergie relatif aux obligations de service public assignées aux opérateurs électriques et gaziers. Les principes de continuité, d'égalité, et d'adaptabilité bénéficient d'une coloration particulière conférée par le code qui en précise l'objet et les modalités de réalisation.

Le code de l'énergie constitue une autre institution mécanisme principale du droit de l'énergie. Issu de l'ordonnance du 9 mai 2011, il structure le droit de l'énergie et lui confère un accès jusqu'à présent inégalé¹⁸⁵⁸.

De par leur nombre et leur objet, les institutions du droit de l'énergie apportent une spécificité à la matière. En contribuant au bon fonctionnement du secteur énergétique, elles participent également à l'émancipation de son droit. Cependant, leur dénomination est parfois trompeuse : la CRE se limite essentiellement aux réseaux publics d'électricité et de gaz, le médiateur ne peut être saisi que de litiges nés de l'exécution des contrats de fourniture d'électricité ou de gaz, tandis que la loi de finance pour 2010 n'a fait qu'ajouter la dénomination « *énergies alternatives* » au CEA, sans en modifier ses compétences centrées sur l'énergie nucléaire¹⁸⁵⁹. Peut-être conviendrait-il d'engager une réflexion sur le rôle de ces institutions, avec l'objectif de procurer davantage de visibilité, par une mise en adéquation de leurs champs respectifs de compétence.

¹⁸⁵² C. énerg., art. L.122-1 à 5

¹⁸⁵³ Le Conseil supérieur de l'énergie intègrera le code de l'énergie à compter de la publication des dispositions réglementaires correspondantes : ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, *préc.*, art. 6 3° b)

¹⁸⁵⁴ L'observatoire national du service public de l'électricité et du gaz intègrera le code de l'énergie à compter de la publication des dispositions réglementaires correspondantes : *Ibidem*, art. 6 6° a)

¹⁸⁵⁵ C. énerg., art. L.144-2 à 7

¹⁸⁵⁶ C. recherche, art. L.332-1 à 7

¹⁸⁵⁷ Sur les institutions mécanismes : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^e éd., 2003, p. 205-207

¹⁸⁵⁸ Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, *JORF* n°108 du 10 mai 2011 ; C. KROLIK, "Un code primeur pour le droit de l'énergie", *RJE*, n°4, 2011

¹⁸⁵⁹ M. LONG, "Gaz", *JCL adm*, fasc. 153, 08/02/2007, n°188 ; loi n°2010-237 du 9 mars 2010 de finances rectificative pour 2010, *JORF* n°58 du 10 mars 2010 p.4746, art. 9

Cette cohérence formelle se retrouve dans les droits et les principes du droit de l'énergie.

b) Les droits et principes du droit de l'énergie

Selon Savigny : « *c'est la maîtrise des principes directeurs du droit qui a fait la grandeur des Jurisconsultes romains. Cette méthode n'est pas du tout l'apanage exclusif d'un ou de quelques rares grands auteurs : elle est le bien commun de tous* »¹⁸⁶⁰. Les droits et les principes généraux participent à la cohérence du système juridique en émergeant de « *la synthèse des textes législatifs épars* », et dans « *la formulation de règles contenues implicitement dans tout un ensemble législatif* »¹⁸⁶¹. En plus de constituer un élément essentiel de la science juridique, ils forment les champs du droit¹⁸⁶². Or, à l'occasion d'un colloque sur le droit de l'énergie, Thierry Tuot mentionnait l'insuffisance conceptuelle du droit de l'énergie¹⁸⁶³.

Sur le plan économique, toute personne dispose depuis la libéralisation des marchés de l'énergie des droits produire et de commercer de l'énergie dans le cadre des lois et des règlements. Ces prérogatives sont renforcées par le droit d'accès aux réseaux qui bénéficie d'une valeur quasi-fondamentale et des principes plus ou moins formalisés sur l'indépendance des gestionnaires de réseaux de transport, et la séparation entre les activités de transport et les activités de production ou de fourniture¹⁸⁶⁴.

Selon Marie-Anne Frison-Roche : « *tout le système peut se réorganiser autour de la notion de droit à l'énergie* »¹⁸⁶⁵. Or, le code de l'énergie reflète peu la solennité de cette prérogative mentionnée indirectement dans l'article L.100-1, tandis que l'article L.121-1 se limite au « *droit de tous à l'électricité* ». Par conséquent, le droit à l'énergie pourrait figurer plus explicitement dans le code en opérant un lien avec la précarité énergétique, paradoxalement étrangère au code de l'énergie¹⁸⁶⁶.

Le standard de l'énergie propre assure son intégration conceptuelle dans le droit positif en faisant émerger un droit à l'énergie propre par le truchement du droit à un environnement sain, et des processus fondés sur l'évaluation, l'intégration et le contrôle des objectifs du droit de l'énergie. En ce sens, les développements mettent en exergue une tendance à la dissémination des bilans énergétiques dans des législations sectorielles, alors que ceux-ci répondent à un objectif commun d'évaluation, en vue de réduire quantitativement et améliorer qualitativement l'impact énergétique des projets¹⁸⁶⁷. La finalité énergétique de ces instruments étant prépondérante, ils pourraient être unifiés et systématisés dans un principe d'évaluation énergétique dont les modalités seraient précisées dans le code de l'énergie. Une autre particularité de l'énergie tient à sa fonction de vecteur

¹⁸⁶⁰ F. C. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 29

¹⁸⁶¹ B. JEANNEAU, "La nature des principes généraux du droit en droit français", *Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris*, T. XXIII, 1962, p.203 et s.

¹⁸⁶² B. JEANNEAU, "La théorie des principes généraux à l'épreuve du temps", *EDCE*, n° 33, 1981-1982

¹⁸⁶³ T. TUOT, *Grenelle de l'environnement et droit des énergies*, Colloque : énergies et environnement : problèmes actuels - le renouvellement des concessions, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 29/06/2010

¹⁸⁶⁴ L. RICHER, "Droit d'accès et service public", *AJDA*, n° 2, 16/01/2006, p.73-79

¹⁸⁶⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, "Droit de l'énergie, droit à l'énergie", *Revue de l'énergie*, n° 509, 1999, p.615-618

¹⁸⁶⁶ Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, art. 4, *préc.*

¹⁸⁶⁷ C. KROLIK, "Énergie et climat dans la loi portant engagement national pour l'environnement", *préc.*

Le Gouvernement organisé de l'énergie

des activités humaines essentielles¹⁸⁶⁸. Cette particularité conduit à recourir à l'énergie dans l'essentiel des activités humaines, et implique une prise en compte des finalités du droit de l'énergie dans chacune d'elles. Cette légitimité pourrait trouver un fondement constitutionnel dans l'article 6 de la Charte de l'environnement disposant que « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* » et dans lequel la doctrine y voit un principe d'intégration¹⁸⁶⁹. Dès lors, ses finalités pourraient être transcrites dans le droit, par un principe d'intégration énergétique que le code pourrait préciser.

Ces droits et principes figurent dans le droit de l'énergie, en filigrane pour certain, et renforcent son efficacité. De plus, leur rattachement à un objet commun leur confère une identité propre.

2) Une identité propre

L'identité du droit de l'énergie est consolidée par une jurisprudence fédératrice (a) et une doctrine émergente (b).

a) Une jurisprudence fédératrice

Selon Pierre Sablière, une jurisprudence spécifique est requise pour autonomiser le droit de l'énergie¹⁸⁷⁰. Or, les règles relatives à l'énergie bénéficient depuis plus d'un siècle des éclairages prétoriens. Néanmoins, la dernière décennie se singularise par une intervention régulière du législateur qui a eu pour effet de bouleverser l'ordonnancement juridique, provoquant des incertitudes et une multiplication du contentieux. En sus d'un rôle clarificateur, les contributions répétées du juge ont permis de fédérer la matière. Tel est le cas de la nature juridique des installations énergétiques, de la délimitation du service public de l'énergie, et de la place de l'intérêt public dans le secteur énergétique¹⁸⁷¹. Cette structuration est renforcée par les décisions du Comité de règlement des différends et des sanctions (CORDIS) de la CRE, dont les juges administratifs et judiciaires précisent ses compétences d'attribution¹⁸⁷². Celui-ci participe à une rationalisation du

¹⁸⁶⁸ L. FONBAUSTIER, *La souveraineté au défi de la dépendance énergétique*, Les défis énergétiques à la lumière du droit international au 21^e siècle, Université Jean Moulin, Lyon 3, 09/12/2010

¹⁸⁶⁹ M. PRIEUR, "Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement", *Env.*, n°4, étude 5, avril 2005, p.7 ; M. PRIEUR, "Les nouveaux droits", *AJDA*, n°21, 06/06/2005, p.1157-1163 ; L. FONBAUSTIER, "Chronique de jurisprudence relative à la Charte de l'environnement", *Env.*, n°1, Chron. 1, janv. 2006 ; D. DEHARBE, "Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable", *Env.*, n°4, comm.34, avril 2005

¹⁸⁷⁰ P. SABLIERE, "Y a-t-il un Droit de l'électricité", *CJEG*, janv 1999, p.1

¹⁸⁷¹ Concernant la nature juridique des installations énergétiques : CE, ass., avis, 29 avr. 2010, n° 323179, *Béligaud*, JurisData n° 2010-005467 ; T. C., 12 avr. 2010, n° 3718, *ERDF c/ Michel*, JurisData n° 2010-004898 ; *AJDA*, 2010, p. 815 ; J.-L. PISSALOUX, "L'ouvrage public appartenant à une personne privée", *DA*, n°10, comm. 132, oct. 2010 ; sur la délimitation du secteur public de l'énergie : CA Paris, 13 déc. 2005, *EDF c/ Marc Pralong*, n°2005/12411 ; D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques, préc.*, p. 314 ; concernant l'intérêt public dans le secteur énergétique : CE, 13 juillet 2012, *Société R.*, n° 343306 ; CE, 13 juillet 2012, *Société E.* n°345970 ; Conseil d'Etat, 13 juillet 2012, *Société E.*, n°349747 ; CE, 29 déc. 2004, n°239681, note R. ROMI et S. MABILE, *Droit de l'env.*, n°189, avril 2011, p. 106 ; CE, 19 janv. 2011, n°343389, *EARL Schmittseppel et M. Noir* ; CE 28 janv. 2011, *Sté Ciel et Terre*, req. n° 344973 ; D. DEHARBE et S. GANDET, "Les ENR sont-elles solubles dans l'intérêt général?", *Droit de l'env.*, n°189, avril 2011, p.122-128 ;

¹⁸⁷² La CRE considère qu'un litige où EDF abuse de sa position dominante relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence : CORDIS, 14 avril. 2005, *Les chutes de l'Ain c/ EDF* ; elle s'estime en revanche compétente dans les

Un champ juridique

droit de l'énergie qui se manifeste dans une réduction du nombre de litiges devant son prétoire. Tel est le cas pour l'activité de comptage d'électricité, dans laquelle EDF fut condamné à de multiples reprises par le CORDIS et dont la situation semble en voie de régularisation, le Comité n'ayant tranché aucun litige de ce type en 2008¹⁸⁷³.

En principe, le juge ne peut que suppléer l'œuvre législative et des arrêts ont été remis en cause de cette manière¹⁸⁷⁴. En ce sens, les contrats relatifs à l'obligation d'achat d'électricité produite à partir d'énergie renouvelable relevaient du droit privé selon le Conseil d'État avant que la solution ne soit infirmée par l'article 88-III-3° de la loi Grenelle 2¹⁸⁷⁵. En revanche et sur ce même point de droit, le juge a démontré sa capacité d'écarter la norme législative en cas de « *motif impérieux d'intérêt général* »¹⁸⁷⁶.

Dès lors, la jurisprudence concourt et renforce le Gouvernement organisé de l'énergie. Ce caractère fédérateur est conforté par les travaux d'une doctrine émergente en droit de l'énergie.

b) Une doctrine émergente

Selon Isabelle de Lamberterie : « *la recherche juridique, quelle que soit sa finalité, vise à la reconnaissance du droit* », elle « *apporte une contribution essentielle à la construction de la norme, à la formation au droit, à l'information sur le droit et à l'expertise* »¹⁸⁷⁷. Cependant, la doctrine française du droit de l'énergie demeure sectorielle et disséminée. En effet, un seul centre de recherche est consacré à la matière : le centre de recherche en économie et droit de l'énergie (CREDEN) de l'Université de Montpellier et ses travaux portent essentiellement sur le droit économique de l'énergie¹⁸⁷⁸. De plus, aucune revue n'est spécifiquement consacrée à la matière. Les cahiers juridiques de l'électricité et du gaz ont progressivement élargi leur champ d'application en devenant la revue juridique de l'entreprise publique en 2002, puis la revue juridique de l'économie publique à compter de 2007, perdant ce particularisme. Certes, il existe le bulletin de droit nucléaire

différents liés à l'accès aux réseaux publics d'électricité ou à leur utilisation. Il en va ainsi des litiges liés aux modalités de communication du comptage de l'électricité au motif qu'elles constituent une condition de l'utilisation de ces réseaux: CORDIS, 5 oct. 2006, *SIPPEREC / EDF* ; il en va de même des différends relatifs aux modalités de transfert du gaz stocké qui constituent une condition de l'utilisation des installations de stockage: CORDIS, 8 mars 2006, *Altergaz / GDF* ; la loi POPE donnant compétence à la CRE, de prononcer des astreintes dans cette hypothèse, Arnaud Le Gall en conclut à la reconnaissance implicite d'un pouvoir d'injonction: A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°4, 26/01/2006 ; la Cour d'appel de Paris confirme ces propos en considérant que la CRE peut prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire et imposer un délai pour la réalisation d'un ouvrage de raccordement, CA Paris, 1re ch., 22 mai 2007, *EDF c/ Pouchon Cogen* ; CA Paris, 1re ch. H, 25 janv. 2005, *Cerestar France c/ EDF-RTE* ; le Conseil d'État précise qu'il n'appartient pas à la CRE d'arrêter le montant des contributions dues par les redevables de la contribution au service public de l'électricité (CSPE) en cas de méconnaissance des obligations déclaratives, ce pouvoir n'appartenant qu'au ministre des finances, sur proposition de la CRE : CE 13 mars 2006, n° 255333, *EURODIF*

¹⁸⁷³ *Inter Alia*, CORDIS, 14 avr. 2005, *Sté Moulin Neuf c/ EDF* ; CORDIS, 14 avr. 2005, *Usine des forges de Lanouée c/ EDF* ; CRE, 14 avr. 2005, *EURL Nuages c/ EDF* ; CORDIS, 14 avr. 2005, *Pralong c/ EDF* ; CORDIS, 14 avr. 2005, *Force motrice Poller c/ EDF* ; A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°4, 26/01/2006

¹⁸⁷⁴ TC., 13 déc. 2010, n°3800, *Sté Green Yellowe.a. c/ EDF* ; A. GOSSEMENT, "Tribunal des conflits : les contrats d'achat d'électricité solaire étaient de droit privé", 28/12/2010, www.arnaudgossement.com

¹⁸⁷⁵ CE, 1er juill. 2010, n° 333275, *Sté Bionerg*, JurisData n° 2010-010693 ; *LPA*, 29/09/2010, n°194, p. 17, note S. BERGÈS ; note F. BRENET, *DA*, nov. 2010, n°11, comm. 139 ; D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques, préc.*, p. 317

¹⁸⁷⁶ TC, 13 déc. 2010, n°3800, *Sté Green Yellow e.a. c/ EDF*

¹⁸⁷⁷ I. DE LAMBERTERIE, "Réflexions sur la recherche en sciences du droit", *Droits*, n° 20, 1994, p.160

¹⁸⁷⁸ www.creden.univ-montpl.fr

publié par l'AEN mais comme son nom l'indique, ses travaux se limitent à la branche nucléaire de la règle énergétique¹⁸⁷⁹. En revanche, la doctrine juridique étrangère s'avère plus avancée sur ce point en disposant de centres de recherches et de revues spécialisés en droit de l'énergie¹⁸⁸⁰.

Par conséquent, la discipline est essentiellement appréhendée sous l'angle du droit applicable à l'énergie dans des champs tels que le droit de l'environnement, le droit de l'urbanisme, et le droit de la concurrence. La doctrine pourrait donc se spécialiser dans ce nouveau champ juridique, une progression en ce sens s'affirmant dans de récents ouvrages et commentaires appréhendant le droit de l'énergie *per se*, là où ils se contentaient d'une réflexion incidente, il y a quelques années. De plus, la doctrine s'organise désormais au sein de l'*Association française de droit de l'énergie* (AFDEN) fondée par Thierry Tuot, regroupant une diversité de praticiens de la discipline élaborant des colloques, des séminaires, et des publications en droit de l'énergie¹⁸⁸¹.

Cependant, faire œuvre de doctrine, c'est également enseigner et accroître le savoir d'autrui¹⁸⁸². Celle du droit de l'énergie aura pour tâche, de faire émerger une culture nationale ainsi qu'un enseignement spécifique¹⁸⁸³. Elle devra à terme concourir à l'harmonisation de la recherche et de l'enseignement du droit de l'énergie et apporter son concours à sa classification.

II. Une classification

L'existence du droit de l'énergie en tant que champ juridique résulte notamment de sa capacité à faire l'objet d'une classification. Cette réalisation s'opère dans l'organisation d'un contenu hybride (A) et une détermination des frontières entre les champs juridiques (B)¹⁸⁸⁴.

A. Un contenu hybride

L'ouverture des secteurs électriques et gaziers à la concurrence renforce la place des règles du droit privé de l'énergie (1)¹⁸⁸⁵. Néanmoins, celles-ci demeurent minoritaires par rapport au reste

¹⁸⁷⁹ www.oecd-nea.org/law/nlbf

¹⁸⁸⁰ Notamment le *Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy* de l'université de Dundee, l'*Institute for Energy Law* de l'université d'Houston et le *Center for Energy Marine Transportation and Public Policy* de l'Université de Columbia ; concernant les revues, voir le *Journal of World Energy Law and Business*, le *Energy Law Journal* et la revue *Oil, Gas & Energy Law*

¹⁸⁸¹ www.afden.org ; v. les colloques organisés par l'AFDEN : *Énergies et environnement : problèmes actuels Le renouvellement des concessions*, 29/06/2010, Pau ; « *Quel(s) droit(s) pour l'énergie ?* », 02/12/2008, Paris ; *Peut-on conduire une politique de l'énergie ?*, Paris, 14/12/2010

¹⁸⁸² M. BAZEX, "L'ambition de la doctrine", in *Droits et libertés en question, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2006 ; A. SÉRIAUX, "La notion de doctrine juridique", *Droits*, n°20, 1994, p.70 ; M. GOBERT, "Le temps de penser la doctrine", *Droits*, n°20, 1995, p.97-106

¹⁸⁸³ A. DAUTERIBES, "Laboulaye, l'enseignement et la recherche", *Droits*, n°20, 1995, p.55-64

¹⁸⁸⁴ D. TRUCHET, *La structure du droit administratif français peut-elle demeurer binaire?*, Université Panthéon-Assas, clés pour le siècle, Dalloz, 2000 ; pour un éclairage sur la notion de « *droit mixte* » : A. VAN LANG, *droit de l'environnement*, PUF, éd., 2007, p. 153 ; sur les catégories juridiques « *hybrides* » J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^e éd., 2003, p. 227

¹⁸⁸⁵ L. RICHER, "Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz", *AJDA*, n°38, 2004, p. 2094 ; A. LE GALL, "La loi sur les industries électriques et gazières: le changement dans la continuité", *JCP E*, n°45, 1638, 04/11/2004 ; G. NOUGARET, "La loi n° 2004-803 du 9 août 2004 : une nouvelle étape dans la libéralisation du gaz", *JCP A*, 2005, p.1161 ; la capacité de fusionner Gaz de France et Suez fut opérée par la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie: C. VIAL, "La loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, entre ouverture et protection", *Env.*, n°3, étude 5, mars 2007 ; C. LAVIALLE, "Une privatisation peut en cacher une autre", *AJDA*, 2004, p.1729

Un champ juridique

du *corpus*, essentiellement constitué de règles de droit public (2).

1) Des règles de droit privé

Le droit privé de l'énergie se limite principalement au droit d'accès aux réseaux (a) et aux droits du personnel des entreprises électriques et gazières (b).

a) Le droit quasi-fondamental d'accès aux réseaux

L'« accès des tiers aux réseaux » est qualifié de « sésame » par Sophie Nicinski et Pierre Pintat¹⁸⁸⁶. Selon Marie-Anne Frison-Roche « *un des points cardinaux de la théorie de la régulation réside dans le droit d'accès. Le droit d'accès est la clé des régulations* »¹⁸⁸⁷. Appliqué à l'énergie, le droit d'accès « *correspond à une obligation pour le détenteur du réseau d'en permettre l'utilisation par des tiers à des conditions économiquement acceptables* »¹⁸⁸⁸. Les articles L.111-91 à 110 du code de l'énergie reconnaissent un droit d'accès aux réseaux publics d'électricité, de gaz, et aux installations de gaz naturel liquéfié (GNL)¹⁸⁸⁹. Il induit un ensemble d'obligations reposant sur les gestionnaires qui doivent permettre une utilisation des réseaux par les tiers dans des conditions économiquement acceptables, selon des critères objectifs et non-discriminatoires. Il s'articule autour de trois grands principes : la contractualisation correspondant à l'obligation du gestionnaire de réseau d'accepter la conclusion de contrats dès lors que des conditions objectives sont satisfaites ; la discipline, rassemblant des prérogatives en faveur des tiers intéressés, celles-ci ne devant cependant pas compromettre les activités du gestionnaire de réseau ; et un règlement des conflits par des autorités de régulation spécialisées¹⁸⁹⁰.

Les exploitants des réseaux de transport et de sites de stockage géologiques de dioxyde de carbone ont également l'obligation de proposer un accès aux utilisateurs à leurs infrastructures, sous le contrôle de la CRE¹⁸⁹¹. Les articles L.336-1 et suivants du code de l'énergie complètent ces dispositions en reconnaissant le droit à un accès régulé et limité à l'électricité nucléaire historique à tous les opérateurs fournissant des consommateurs finals résidant sur le territoire métropolitain continental ou des gestionnaires de réseaux pour leurs pertes¹⁸⁹².

Ce droit revêt une valeur quasi-fondamentale du fait d'un degré particulier de rareté résultant du caractère indivisible et non-duplicable des monopoles naturels¹⁸⁹³. Ces critères justifient que son refus ne peut être fondé que « *sur des impératifs liés au bon accomplissement des*

¹⁸⁸⁶ S. NICINSKI et P. PINTAT, "La libéralisation du secteur gazier", *AJDA*, 2003, p.223

¹⁸⁸⁷ M. -A. FRISON-ROCHE, "Appliquer le droit de la régulation au secteur agricole", *Rev. Lamy Concurrence*, n°4, août-oct. 2005, p.126

¹⁸⁸⁸ L. RICHER, "Droit d'accès et service public", *AJDA*, 2006, p.73

¹⁸⁸⁹ Pour un comparatif avec le système allemand: J.C. PIELOW et H. COURVIAUD, "La régulation des activités de réseaux en Allemagne à la recherche d'une légitimité juridique - l'exemple de l'électricité et du gaz naturel", *JCP C*, 04/11/2006, p.4-9 ; H. COURVIAUD, "Les collectivités locales confrontées à la libéralisation des activités de réseaux électriques: convergences et divergences d'approche entre la France et l'Allemagne", *CJEG*, n°581, nov. 2001, p.411-429

¹⁸⁹⁰ L. RICHER, "Commentaire de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité", *AJDA*, 20/03/2000, p.239

¹⁸⁹¹ C. env., art. L.229-49

¹⁸⁹² C. LE BIHAN GRAF, "La nouvelle organisation du marché de l'électricité", *AJDA*, 2011, p. 432

¹⁸⁹³ J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public, préc.*, p.306 et s.

Le Gouvernement organisé de l'énergie

missions de service public et sur des motifs techniques tenant à la sécurité et la sûreté des réseaux, et à la qualité de leur fonctionnement », motivés et notifiés au demandeur et à la CRE¹⁸⁹⁴. Selon Laurent Richer, la situation tient également au fait qu'il ne peut pas être remis en cause par le législateur parce qu'il fait partie intégrante du droit législatif européen¹⁸⁹⁵. La Commission européenne et l'Autorité de la concurrence précisent que le refus non-objectif et l'accès discriminatoire au réseau sont constitutifs d'abus de position dominante¹⁸⁹⁶.

L'effectivité de ces prérogatives est garantie par la CRE qui dispose d'un pouvoir de réglementation des modalités de raccordement et d'approbation des documents contractuels des gestionnaires de réseaux pour procéder au raccordement. Elle peut être saisie des différends opposant les utilisateurs aux gestionnaires de réseaux¹⁸⁹⁷. Cette saisine demeure facultative et les parties demeurent libres de recourir au juge de droit commun. Elle ne se limite pas aux sociétés du secteur énergétique et toute personne se sentant lésée dans son droit d'accès peut solliciter le CORDIS pour en obtenir le respect¹⁸⁹⁸.

Pour autant, le droit d'accès ne signifie pas la gratuité de l'accès, et la répartition des charges financières répond à un procédé complexe impliquant une prise en charge du coût entre le demandeur, la commune qui a délivré l'autorisation d'urbanisme, et le gestionnaire de réseau public¹⁸⁹⁹.

Enfin, le droit d'accès s'applique dans son strict champ matériel et demeure inopérant à l'égard des autres réseaux d'énergie tels que le transport de chaleur ou de froid pour lesquels la CRE n'a d'ailleurs pas compétence.

Une deuxième catégorie de règles du droit privé de l'énergie se réfère au personnel des entreprises électriques et gazières.

b) Les dispositions relatives au personnel des entreprises électriques et gazières

Ce régime dérogatoire au droit du travail trouve ses origines dans le cahier des charges des concessions de la distribution d'électricité de la ville de Paris de 1888¹⁹⁰⁰. Il bénéficie d'un statut législatif depuis une loi du 28 juillet 1928 et fut unifié par l'article 47 de la loi du 8 avril 1946¹⁹⁰¹. Il

¹⁸⁹⁴ L. RICHER, "Droit d'accès et service public", *AJDA*, n° 2, 16/01/2006, p.73-79

¹⁸⁹⁵ *Ibidem*

¹⁸⁹⁶ Com. eur., déc. du 21 déc. 1993, *JOCE* n° L 55/52, 26 févr. 1994 ; Conc. Concu., déc. n°96-D-80 du 10 déc. 1996 ; CA Paris du 27 janv. 1998, *BOCCRF* du 17 fév. 1998

¹⁸⁹⁷ Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *préc.*, art. 38

¹⁸⁹⁸ P.F. RACINE, "Le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) de la Commission de régulation de l'énergie - Premières leçons", *RJEP*, n° 673, étude 4, mars 2010

¹⁸⁹⁹ C. urb., art. L.332-15 ; arrêté du 28 août 2007 fixant les principes de calcul de la contribution mentionnée aux articles 4 et 18 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF*, n°200 du 30 août 2007 p. 14314 ; arrêté du 17 juillet 2008 fixant les taux de réfaction mentionnés dans l'arrêté du 28 août 2007 fixant les principes de calcul de la contribution mentionnée aux articles 4 et 18 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF*, n°270 du 20 novembre 2008 p.17716

¹⁹⁰⁰ L. PRUGNAUD, "L'action syndicale entre les deux guerres mondiales en faveur d'un statut et d'un régime de retraite pour le personnel des concessionnaires de gaz et d'électricité", *Bulletin d'histoire de l'électricité*, déc. 1989 -juin 1990, p.95

¹⁹⁰¹ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *préc.* art. 47 : « des décrets pris sur le

Un champ juridique

figure désormais aux articles L.161-1 à 6 du code de l'énergie.

Ce dispositif fut établi selon le Conseil d'État afin « *d'assurer la continuité du service public exploité par les compagnies concessionnaires de distribution publique de gaz et d'électricité, de prévenir les conflits du travail susceptibles de compromettre cette continuité et de procurer aux employés et ouvriers qui collaborent à l'exécution dudit service public un statut propre à écarter les conflits* »¹⁹⁰². Il est applicable à l'ensemble des activités électriques et gazières quel que soit l'objet de l'entreprise et l'utilisation qui est faite de l'énergie¹⁹⁰³. Il confère un « *statut universel* » à l'ensemble du personnel comprenant les ouvriers, les employés, les agents de maîtrise et les cadres administratifs et techniques en situation d'activité ou d'inactivité¹⁹⁰⁴. Ainsi, ce personnel « *cesse d'être le salarié d'un intérêt privé pour devenir le serviteur de l'intérêt général* »¹⁹⁰⁵.

L'ouverture à la concurrence a eu pour effet d'étendre son champ d'application aux activités nouvellement instituées telles que la commercialisation d'énergie. Cependant, la loi du 10 février 2000 a surtout nové un statut national régi par des circulaires unilatérales d'EDF et de GDF en une négociation collective de branche¹⁹⁰⁶. Cette évolution conduit à un glissement d'une logique statutaire nationale et égalitaire, à un régime conventionnel au traitement différencié puisque les accords de branche sont désormais assimilés à des minimas que la négociation propre à chaque entreprise prend le soin de préciser. Le recours à l'externalisation de la main d'œuvre conduit également à évincer de ce statut les salariés des entreprises sous-traitantes. Enfin, la limitation à l'électricité et au gaz exclut les salariés des autres branches du secteur énergétique tels que la cogénération qui produit cumulativement plus de 4000 mégawatts. Par conséquent, l'accumulation de ces circonstances conduit à démembrer ce statut universel¹⁹⁰⁷.

Ces règles de droit privé sont complétées par des normes de droit public.

2) Des règles de droit public

Les finalités du droit de l'énergie orientent la matière vers le droit public et légitiment un service public spécifique à l'énergie qui fait l'objet d'une étude particulière dans le prochain chapitre. En complément, l'action administrative se fonde sur une police de l'énergie (a) à laquelle

rapport des ministres du travail et de la production industrielle, après avis des organisations syndicales les plus représentatives des personnels, déterminent le statut du personnel en activité et du personnel retraité et pensionné des entreprises ayant fait l'objet d'un transfert » ; P. SABLIERE, "La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz", *CJEG*, n° hors série, févr. 1993

¹⁹⁰² Avis du Conseil d'État du 15 novembre 1928, repris dans la circulaire du 31 décembre 1928 publiée dans C. BLAVOET, *Recueil des lois, décrets, arrêtés, circulaires et cahiers des charges relatifs à la production et à la distribution de l'énergie électrique*, t.1, 1906-1929, p. 1106

¹⁹⁰³ CE Section, 6 mai 1970, *Établissements Etchegoyen*, *CJEG*, 1970, J?, p. 231, concl. G. GUILLAUME, *Rec.*, p. 309

¹⁹⁰⁴ L. PRUGNAUD, "Le statut du personnel des entreprises de production, de transport et de distribution d'électricité et de gaz", *CJEG*, juin 1987, p. 670

¹⁹⁰⁵ J.-P. PAPIN, "Le statut du personnel des industries électriques et gazières, ses origines, ses fondements et sa portée", *CJEG*, n° 135-146, avril 2000

¹⁹⁰⁶ Décret n°2001-1198 du 17 décembre 2001 portant modification de l'article 1er du statut national du personnel des industries électriques et gazières, *JORF* n°293 du 18 décembre 2001, p. 20007 ; J. BATAIL et P. PAINAULT, "L'introduction de la négociation collective de branche dans les relations sociales des industries électriques et gazières", *Revue de l'énergie*, mars-avril-2001, p.164

¹⁹⁰⁷ J. CHORIN, "Les dispositions sociales de la loi du 10 février 2000 ouvrant l'électricité à la concurrence", *droit social*, n°4, avril 2002, p.413

se greffe un régime de protection des ouvrages publics du secteur énergétique (b)¹⁹⁰⁸.

a) La police de l'énergie

La liberté de produire de l'énergie trouve une limite dans la nécessité de rendre les activités énergétiques compatibles avec d'autres intérêts publics tels que la préservation de la santé et de l'environnement¹⁹⁰⁹. Dès lors, l'autorité publique encadre cette liberté dans une police administrative spécifique à l'énergie. Cette notion s'est affirmée au fil du développement des activités énergétiques pour prévenir des dysfonctionnements. Elle trouve ses premiers fondements dans « *la police spéciale des distributions d'énergie* » résultant de la loi du 15 juin 1906¹⁹¹⁰. Commune aux activités de transport et de distribution d'énergie, elle se traduisait par un régime de concession ou d'autorisation, de contrôle et de sanction sous l'autorité du ministre chargé des travaux publics. Ce dispositif fut complété par la loi du 16 octobre 1919 conférant à l'État une police administrative spéciale, dite de l'énergie hydraulique, d'application générale à tous les usages énergétiques de la ressource en eau, qu'il s'agisse des marées, des lacs et des cours d'eau, domaniaux ou non, quel que soit leur classement¹⁹¹¹.

La police de l'énergie s'est progressivement développée et unifiée dans un régime commun applicable à l'électricité, sous l'autorité du ministre chargé de l'énergie, conduisant Pierre Sablière à se référer plus spécifiquement à une « *police spéciale de l'électricité* »¹⁹¹². Elle se caractérise par la délivrance d'autorisations spécifiques pour chaque phase du cycle de l'électricité et la possibilité de prononcer des sanctions en cas de manquement. Elle est complétée par une police applicable aux activités gazières, sous la tutelle du ministre chargé de l'énergie. La police de l'énergie semble désormais unifiée puisque le ministre chargé de l'énergie peut prononcer des sanctions à l'encontre de toutes les activités du cycle énergétique, dans des conditions définies aux articles L.142-13 et suivants du code de l'énergie, et dispose de fonctionnaires dédiés à cette cause¹⁹¹³. Ces pouvoirs sont complétés par ceux de la CRE concernant la régulation des marchés électriques et gaziers, celle-ci disposant également d'agents propres¹⁹¹⁴.

La police de l'énergie s'applique sans préjudice des polices spéciales relevant d'autres champs juridiques telles que la police des INB confiée à l'ASN et ses agents, et inscrite dans le code de l'environnement¹⁹¹⁵. Dans le même sens, les éoliennes et la production de biogaz et de chaleur relèvent du régime ICPE. Certaines installations sont susceptibles d'être concernées par le régime

¹⁹⁰⁸ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de sciences po et Dalloz, 2004, p. 74-75 ; V. TCHEN, "Police administrative - théorie générale", *JCLA*, fasc. 200, 06/06/2007

¹⁹⁰⁹ E. NAIM-GESBERT, "L'irrésistible ordre écologique - Risque et État de Droit", *Pour un droit commun de l'environnement - mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, 2007, p.1329

¹⁹¹⁰ CAA Nantes, 2^e chambre, 17 nov. 2009, n° 09NT00412 ; TA Caen, 23 déc. 2008, n° 08-1111, *AJDA*, 2009, p. 655

¹⁹¹¹ P. BOYER, "Polices spéciales de l'eau et protection des milieux aquatiques", *JCL env.*, fasc. 2960, 31/05/2005, n°53 ; B. DROBENKO et J. SIRONNEAU, *Code de l'eau*, éditions Johanet, 2^e éd., 2010, p. VIII-1 et s. ; Pour une illustration jurisprudentielle, CAA Bordeaux, 30 juill. 2001, n° 00BX02060, *EURL Hydropic* ; TA Strasbourg, 20 mars 2000, n° 984284, *Lafargue*

¹⁹¹² P. SABLIERE, *Droit de l'électricité, textes et commentaires, préc.*, p. 785

¹⁹¹³ C. éner., art. L. 142-21 et s. et L.142-32 et s. ; art. L. 222-1 et s. concernant la maîtrise de la demande d'énergie et le développement des énergies renouvelables

¹⁹¹⁴ C. éner., art. L134-17 et s.

¹⁹¹⁵ M. MOLINER-DUBOST, "Nucléaire", *JCL env.*, fasc. 4040, 18/02/2009 ; C. KROLIK, "La prévention de risques nucléaires civils", *préc.*

Un champ juridique

« Seveso » telles que les installations de stockage de méthanol lorsque les quantités sont supérieures à 5 000 tonnes¹⁹¹⁶. La police des mines s'applique enfin à l'exploitation des énergies minière et géothermique.

Les interventions législatives ont donc unifié une police sous la responsabilité essentielle du ministre chargé de l'énergie. Ce renforce le caractère public du droit de l'énergie qui se prolonge dans la protection conférée aux ouvrages publics du secteur énergétique.

b) La protection des ouvrages publics du secteur énergétique

Une particularité du secteur de l'énergie réside dans une gestion essentiellement assurée par des sociétés de droit privé, bénéficiant dans certains cas, d'une protection de leurs infrastructures résultant d'une qualification d'ouvrage public. En ce sens, un avis contentieux du Conseil d'État du 29 avril 2010 précise que pour qu'une installation soit qualifiée d'ouvrage public, trois conditions nécessaires doivent être remplies : le bien doit présenter un caractère immobilier ; résulter d'un aménagement, autrement dit d'un travail de l'homme ; et être affecté à un service public¹⁹¹⁷. Le Conseil précise que cette qualification vaut pour les immeubles « y compris s'ils appartiennent à une personne privée chargée de l'exécution de ce service public ».

La principale originalité de ce régime juridique réside selon l'arrêt *Robin de la Grimaudière*, dans le fait qu' « un ouvrage public mal planté ne se détruit pas »¹⁹¹⁸. Par conséquent, les installations énergétiques bénéficiant de cette qualification se voient appliquer le principe de l'intangibilité de l'ouvrage public. Cependant, cette intangibilité demeure relative. En effet, la jurisprudence évolue vers un relâchement voire un abandon du principe¹⁹¹⁹. Néanmoins, la protection demeure puisque tout ordre de démolition ne pourra être envisagé qu'en dernier lieu, le juge devant « prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics et privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage » et « les conséquences de la démolition pour l'intérêt général ». Par conséquent, si l'intangibilité n'est plus affirmée en droit, elle demeure en fait, étant entendu que dans de nombreux cas, les intérêts à maintenir l'ouvrage l'emportent sur l'opportunité de la démolition¹⁹²⁰. Néanmoins, le juge administratif n'hésite plus à enjoindre la destruction de

¹⁹¹⁶ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, n°534

¹⁹¹⁷ CE, ass., avis, 29 avr. 2010, n° 323179, *Béligaud*, JurisData n° 2010-005467 ; T. C., 12 avr. 2010, n° 3718, *ERDF c/ Michel*, JurisData n° 2010-004898 ; *AJDA*, 2010, p. 815 ; J.-L. PISSALOUX, "L'ouvrage public appartenant à une personne privée", *DA*, n° 10, comm. 132, oct. 2010

¹⁹¹⁸ CE, 7 juill. 1853, *Robin de la Grimaudière*, *Sirey*, 1854, vol. 2, p. 213 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 556 et s.

¹⁹¹⁹ CE, 20 mai 2011, communauté d'agglomération du Lac du Bourget ; J.-F. CALMETTE, "Quand l'environnement s'impose", *Études foncières (ADEF)*, n°155, 01/01/2012, p.27-30 ; CE, 29 janv. 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-maritimes et commune de Clans*, *Rec.*, p. 21, concl. C. MAUGUE, *AJDA*, 2003, p. 784, note P. SABLIERE ; *BJCL*, 2003, p. 419, concl., note J. MORAND-DEVILLER ; *CJEG*, 2003, p. 243, concl. ; *JCP*, 2003, II, 10118, note G. Noël ; *JCP*, A° 2003, n°1342, note J. DUFAU, *LPA*, 21 mai 2003, n°101, p. 4, note J. BOUGRAB ; *LPA*, 6 juin 2003, n°113, p. 20, note J. CHARRET et S. DELIANCOURT ; *RFDA*, 2003, p. 447, concl., note C. LAVIALLE

¹⁹²⁰ N. ACH, "L'intangibilité de l'ouvrage public, un principe ébranlé mais loin d'être enterré", *RDP*, 2003, p.1633 ; D. BAILLEUL, "L'ouvrage public: de l'intangibilité de droit à l'intangibilité de fait?", *AJDA*, 2009, p.1057 ; C. CHARBONNEAU, "Réflexions sur la réparation des troubles nés de travaux immobiliers", *Constr. urb.*, n°6, alerte 32, juin 2009 ; CE, 13 févr. 2009, n° 295885, *Communauté de cnes canton Saint-Malo-de-la-Lande*, JurisData n° 2009-

l'ouvrage en cas d'atteinte disproportionnée¹⁹²¹.

Alors que l'ouvrage public dispose d'une protection renforcée, ce régime profite également aux tiers qui bénéficient d'un régime de responsabilité objective, la victime devant démontrer un lien de causalité entre les faits dommageables et l'ouvrage ou les travaux, le préjudice devant être direct et certain¹⁹²². Tout accident imputable à un défaut d'entretien normal de l'ouvrage est de nature à engager la responsabilité de son gardien¹⁹²³. Les usagers qui utilisent l'ouvrage bénéficient quant à eux d'un régime de responsabilité pour faute présumée¹⁹²⁴. Les dommages causés par les agents préposés à l'utilisation de l'ouvrage impliquent pour l'utilisateur d'apporter la preuve d'un lien de causalité entre le préjudice invoqué et le fait de l'agent¹⁹²⁵. Les ouvrages exceptionnellement dangereux, auxquelles les installations énergétiques peuvent prétendre, bénéficient quant à eux d'un régime de responsabilité sans faute fondé sur la théorie du risque¹⁹²⁶.

La difficulté consistera donc à déterminer les ouvrages affectés au service public de l'énergie, cette question étant examinée dans le prochain chapitre. Cette problématique révèle les enjeux d'une détermination des frontières du droit de l'énergie.

B. Des frontières entre les champs juridiques

Denys de Béchillon remarque que « *le plus souvent - presque toujours -, plusieurs systèmes normatifs de référence se juxtaposent en face de la même situation concrète* »¹⁹²⁷. Ce contexte est particulièrement prégnant concernant l'énergie, car elle se présente comme un vecteur des activités humaines. De nombreuses règles de droit traitent ainsi de questions relatives à l'énergie, tout en étant extérieures au droit de l'énergie. Cette situation conduit à distinguer les règles du droit de l'énergie (1) de celles applicables à l'énergie (2).

1) Les règles du droit de l'énergie

Le droit de l'énergie se singularise des autres champs juridiques par ses finalités énergétiques (a) engendrant son autonomie relative (b).

074929 ; *Rec. CE* 2009, tables ; S. TRAORÉ, "La démolition des ouvrages publics illégalement implantés dans les espaces naturels remarquables", *DA*, n° 4, comm. 63, avril 2009

¹⁹²¹ Concernant un ouvrage implanté sur un site remarquable au sens de l'article L.146-6 du code de l'urbanisme : CE, 20 mai 2011, *Communauté d'agglomération du lac du Bourget*, req. n°325552

¹⁹²² T.C., 17 déc. 2007, n° 3647, *Électricité de France c/ Assurances Pacifica*, *JurisData* n° 2007-352796 ; B. BOURGEOIS-MACHUREAU et J. BOUCHER, "Compétence du juge administratif à l'égard des ouvrages d'Électricité de France : chant du cygne ou renouveau ?", *RJEP*, n° 657, comm. 44, oct. 2008 ; J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY et P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, Dalloz, 5è. éd., 2007, n°568, p. 406 et s. ; J.P. PAPIN, "Les ouvrages d'EDF et du GDF peuvent-ils occasionner des troubles d'agrément indemnisables?", *CJEG*, mars 1984, p.90-97 ; O. RENARD-PAYEN, "Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics - dommages subis par les tiers", *JCL A*, fasc. 934, 13/03/2005

¹⁹²³ D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques, préc.*, p. 170-171

¹⁹²⁴ O. RENARD-PAYEN, "Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics - dommages subis par les usagers", *JCL A*, fasc. 932, 23/11/2004

¹⁹²⁵ CE, 23 févr. 1994, *Kurylak*, *Juris-Data* n° 1994-043588 ; *Rec. CE* 1994, tables, p. 1184 ;

¹⁹²⁶ CE, 21 janv. 1949, *Sté Grand combienne d'éclairage* ; CE, 3 juil. 1969, *Bucchini*, *CJEG*, 1969, *jurisp.*, p. 328

¹⁹²⁷ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, *préc.*, fév. 1997, p. 147

a) Une finalité énergétique

Les dispositions relatives à l'énergie constituent un laboratoire d'étude sur la répartition des champs juridiques du fait des relations inextricables entre l'énergie et les activités humaines¹⁹²⁸. La solution proposée pour déterminer le champ juridique de rattachement consiste à retenir une conception finaliste de la norme¹⁹²⁹. Lorsqu'une règle a pour but de réduire la consommation d'énergie ou d'en améliorer la qualité, elle devrait se rapporter au droit de l'énergie parce que sa finalité est énergétique. En revanche, lorsque la norme vise à encadrer les nuisances induites par l'usage de l'énergie sur les milieux, elle relèverait du droit de l'environnement. Parfois, la classification peut s'avérer malaisée lorsque la mesure entend répondre à ces deux buts. En ce sens, l'article 2 de la loi de Grenelle 1 prévoit que « *l'État étudiera la création d'une contribution dite "climat-énergie" en vue d'encourager les comportements sobres en carbone et en énergie* ». La classification devrait alors se fonder sur un faisceau d'indices pour faire pencher la balance en faveur du champ juridique adéquat. La mutation de la mesure en une « *contribution carbone* » et les nombreuses exonérations applicables à l'énergie tendraient à lui reconnaître une finalité environnementale¹⁹³⁰.

Le droit à l'énergie constitue un autre cas d'étude intéressant, ses dispositions relevant à la fois du droit de l'énergie, et du droit de l'action sociale et des familles. Le législateur a fait le choix, à juste titre semble-t-il, d'inscrire les mesures communes à la fourniture d'eau, d'énergie et de services téléphoniques dans la loi du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, en tant que relevant du registre du « *droit des pauvres* », tandis que les dispositions spécifiques à l'énergie figurent dans le code de l'énergie¹⁹³¹. Cette exégèse peut être rapprochée de la méthode employée par le juge de l'Union, pour retenir le fondement juridique de référence dans un processus normatif, fondée sur le but et le contenu de l'acte¹⁹³². Son application au droit de l'énergie permet de distinguer un corps de règles bénéficiant d'une autonomie relative.

b) Une autonomie relative

La consécration d'un champ du droit résulte selon Pierre Sablière d' « *un ensemble de textes législatifs et réglementaires, de décisions de jurisprudence voire de commentaires doctrinaux formant un corps de référence suffisamment homogène et spécifique pour justifier cette appellation* »¹⁹³³. Or, un droit de l'énergie se distingue désormais dans l'ordonnement juridique par un ensemble de règles ayant pour objet commun l'énergie, et des finalités particulières. En

¹⁹²⁸ Sur la difficulté de rattacher le « *droit solaire* » entre le droit de l'énergie et le droit de l'environnement : M. PRIEUR, "Le droit public solaire en France", *RJE*, n°4, 1979, p. 275

¹⁹²⁹ R. HERTZOG, "Fiscalité et environnement", *actes du colloque fiscalité et environnement, actes du colloque organisé les 10 et 11 décembre 2009 à Lyon, Revue française de finances publiques*, à paraître

¹⁹³⁰ P. BILLET, "Trop d'exonérations tuent la taxe", *Env.*, n°2, alerte 14, fév. 2010 ; P. BILLET, "L'invalidation de la "contribution carbone"", *JCP A*, n°4, 25/01/2010, p.31-35 ; P. THIEFFRY, "La taxe carbone contraire à l'objectif de lutte contre le changement climatique", *AJDA*, 2010, p.1

¹⁹³¹ D. DE BÉCHILLON, *Y-a-t-il une autonomie du droit de l'énergie?*, Colloque de l'AFDEN: Quel(s) droit(s) pour l'énergie?, 2008

¹⁹³² CJCE, 26 mars 1987, *Commission/Conseil*, aff. 45/86, pt. 11 ; CJCE, 11 juin 1991, *Commission/Conseil*, aff. C-300/89, pt. 10 ; CJCE, 13 sept. 2005, *Commission/Conseil*, aff. C-176/03, pt. 45 ; C. LONDON, "La protection de l'environnement par le droit pénal: une victoire de David contre Goliath?", *Droit de l'env.*, n°134, déc. 2005, p.283-286

¹⁹³³ P. SABLIERE, "Y a-t-il un Droit de l'électricité", *préc.*, p.1

Le Gouvernement organisé de l'énergie

complément de ce socle commun, les règles du droit de l'énergie s'organisent dans des droits et des libertés : les droits de produire et de commercer de l'énergie, le droit d'accès aux réseaux, le droit à l'énergie et le droit à une énergie propre. L'autonomie se manifeste également dans les principes d'évaluation et d'intégration énergétiques destinés à irriguer le système juridique des finalités du droit de l'énergie. Des institutions, une jurisprudence et une doctrine émergente renforcent sa structure. Cette originalité constitue une évolution majeure parce que l'appréhension de l'énergie comme une institution portée par un ordre juridique révèle sa quintessence pour le corps social. L'autorité normative doit alors encadrer les comportements, assurer l'accès de chacun à un minimum d'énergie, dans la pérennité et le respect de l'environnement. Cette interventionnisme justifie le caractère essentiellement de droit public du droit de l'énergie.

Le droit de l'énergie constitue une catégorie doctrinale visant prioritairement à clarifier le droit par un travail de mise en cohérence et de facilitation de sa diffusion. Deux considérations en découlent. D'une part, l'autonomisation d'une catégorie doctrinale procède d'un critère matériel de contenu demeurant malgré tout relatif et évolutif. Dans certains cas, une norme pourrait être rattachée à deux champs juridiques distincts, du fait de la dualité de ses finalités voire d'une évolution temporelle des finalités énergétiques. L'histoire de la science juridique démontre qu'il a toujours existé des tentatives d'hypertrophier tel ou tel champ du droit¹⁹³⁴. D'autre part, cette classification ne bénéficie pas d'une portée juridique contrairement aux catégories juridiques. La théorie de l'indépendance des législations n'est pas fondée sur la codification. L'indépendance des législations réside davantage dans la préservation d'une relation directe entre une norme réglementaire et sa norme législative de rattachement. Dès lors, l'indépendance des législations pourrait s'appliquer entre des règles du droit de l'énergie. La classification doctrinale correspond davantage à une question de territoire entre les disciplines mais également au sein de l'administration. Pour ces raisons, l'autonomie du droit de l'énergie s'inscrit dans la relativité et les activités du secteur énergétique bénéficient d'un encadrement complémentaire au titre du droit applicable à l'énergie¹⁹³⁵.

2) Le droit applicable à l'énergie

Le droit applicable à l'énergie comprend un ensemble de normes régissant le secteur énergétique mais relevant d'autres champs juridiques¹⁹³⁶. Il se caractérise par une finalité extérieure à l'énergie (a) et constitue un complément essentiel au droit de l'énergie (b).

a) Une finalité extérieure à l'énergie

Près de 200 articles législatifs et réglementaires concernant le secteur énergétique sont insérés dans plus de vingt codes¹⁹³⁷. La justification tient au fait que le droit intervient de manière

¹⁹³⁴ M. COZIAN, " Propos désobligeants sur une tarte à la crème : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal ", *Revue de droit fiscal*, 1999, n°13, p. 530

¹⁹³⁵ D. DE BÉCHILLON, *Y-a-t-il une autonomie du droit de l'énergie?*, *préc.*

¹⁹³⁶ P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie?", *préc.*, p.1307

¹⁹³⁷ P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie?", *AJDA*, 07/07/2008, n°24, 2007, p.1302-1309 ; P. SABLIERE, "Y a-t-il un Droit de l'électricité", *préc.*, p. 28-29 ; parmi ces codes figurent notamment: les codes civil, pénal, de procédure pénale, minier, des transports, CGCT, CGI, de l'expropriation, des marchés publics, de l'habitation et de la construction, rural, de l'urbanisme, du domaine de l'État, des communes, des marchés publics, des postes et des

Un champ juridique

croissante dans la vie sociale, conduisant à une extension des champs juridiques. Dès lors, une même activité est généralement régie par plusieurs corps de règles, guidés chacun par leurs finalités respectives. En ce sens, l'utilisation de l'énergie hydraulique est encadrée par un livre V du code de l'énergie et par le livre II du code de l'environnement relatif aux milieux physiques¹⁹³⁸. Les règles juridiques applicables aux installations nucléaires regroupent également une diversité de champs juridiques : les normes concernant la sûreté nucléaire, la gestion des déchets radioactifs et la responsabilité civile nucléaire se rattachent au droit de l'environnement ; celles relatives à la protection contre les rayonnements ionisants figurent dans le droit de la santé publique ; la planification énergétique et l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique relèvent du droit de l'énergie ; et les matières et installations nucléaires militaires sont appréhendées par le droit de la défense¹⁹³⁹.

La méthode finaliste développée pour classer le droit de l'énergie s'exerce de la même manière au droit applicable à l'énergie. Elle conduit à rattacher le stockage souterrain de déchets radioactifs au droit de l'environnement et non au droit minier, ceux-ci étant enfouis de manière définitive, sans projet de réutilisation à l'avenir, la logique de la prévention des pollutions et des risques l'emportant sur l'utilisation du sous-sol¹⁹⁴⁰.

Cette méthode enrichit la théorie du droit et concourt à la lisibilité de la norme, en organisant des règles indispensables au droit de l'énergie.

b) Un complément au droit de l'énergie

Selon Pierre Sablière, le droit de l'énergie serait incompréhensible sans la connaissance du droit applicable à l'énergie¹⁹⁴¹. En effet, de par leurs finalités extérieures à l'énergie, ces règles apportent un cadre complémentaire dans un domaine particulier¹⁹⁴². Parfois, ces règles se substituent même au droit de l'énergie. Tel est le cas du droit minier qui encadre l'exploitation des

télécommunications, de la sécurité sociale, forestier, delà voirie, de la route, minier, de l'environnement, de l'action sociale et des familles, de commerce, de la consommation, de la défense

¹⁹³⁸ Sur les modalités de ce partage : COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008, préc.*, p. 48

¹⁹³⁹ Code de la santé publique, art. L.1333-1; T. TAURAN, "La protection de l'environnement et le Code de la santé publique", *Env.*, étude 7, avril 2010 ; P. BRINGUIER, "Le droit nucléaire", *Droit de l'env.*, n° 172, oct. 2009, p.16-22 ; P. BRINGUIER, "Droit nucléaire", *Droit de l'env.*, n° 177, avril 2010, p.129 ; D. DE POMPIGNAN, "Loi régissant les usages pacifiques de l'énergie nucléaire", *Bulletin de droit nucléaire*, n° 76, 2005, p.47-63 ; C. KROLIK, "Un code pour le droit de l'énergie", *préc.*

¹⁹⁴⁰ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006*, La documentation française, 2007, p. 26 ; sur les enjeux juridiques relatifs aux INB et l'environnement : SFDE, *Les Centrales nucléaires et l'environnement - 6e Colloque de la Société française pour le droit de l'environnement*, Nanterre, 24, 25, 26 mars 1982, publications périodiques spécialisées ; M. PRIEUR, "Les déchets radioactifs, une loi de circonstance pour un problème de société", *RJE*, n° 1, 1992, p.19 ; M.B. GRANET, "Principe de précaution et risques d'origine nucléaire : Quelle protection pour l'environnement ?", *JDI*, n° 3, 01/07/2001, p.755 -803 ; P. BILLET, "La transparence et la sécurité en matière nucléaire ; à propos de la loi numéro 2006-686 du 13 juin 2006", *Env.*, n° 8, 01/08/2006, p.9-14 ; C. JARLIER-CLÉMENT, "La loi du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire - le temps de la maturité pour le droit nucléaire?", *RJEP/CJEG*, n° 637, décembre 2006, p.443 ; K. LUCAS-ALBERNI, "La loi relative à la transparence en matière nucléaire", *RDP*, n° 3, 1 mai 2007, p.707 ; A. GOSSEMENT, "Réflexions engagées sur la loi relative à la transparence et à la sécurité nucléaire", *Gaz. Pal.*, n° 210, 29/07/2006, p.15

¹⁹⁴¹ P. SABLIERE, "Y a-t-il un Droit de l'électricité", *préc.*, p.15

¹⁹⁴² M. PRIEUR, "L'énergie et la prise en compte de l'environnement", *préc.* ; J.F. STRUILLOU, "L'implantation des lignes électriques et le droit de l'environnement", *CJEG*, oct. 1996, p.331-345

Le Gouvernement organisé de l'énergie

énergies minières, l'énergie géothermique, et le stockage de dioxyde de carbone¹⁹⁴³. Dans le même sens, le droit de l'environnement régit les éoliennes, la production de biogaz et de chaleur.

Par conséquent, le droit doit intégrer cette spécificité, en recourant à des principes et des instruments pouvant être repris dans les différentes législations, pour simplifier et fluidifier l'ordonnancement. Ce dialogue internormatif peut être réalisé dans le cadre des dispositions « *pilotes* » et « *suiveuses* » des codes. Une harmonie se profile donc dans un ordonnancement où chaque champ juridique peut être « *activé* » pour orienter l'objet considéré dans le sens de ses finalités.

En devenant un champ normatif du système juridique français, le droit de l'énergie fait état d'un Gouvernement organisé spécifique à l'énergie. Cette exégèse se prolonge dans la capacité de ce *corpus* à constituer le support d'une discipline juridique.

2/ *Une discipline juridique*

Une discipline correspond à une branche de la connaissance pouvant donner matière à un enseignement. Alors que la notion de champ du droit s'attache à opérer des regroupements de règles juridiques, celle de discipline est plus souple car fondée sur l'objectif d'une transmission du savoir. Elle procède à des divisions et à des recompositions entre les champs juridiques afin de rendre la règle de droit intelligible pour le destinataire. La classification doctrinale peut alors être écartée au profit d'un corps de règles fondé sur un objet matériel, en l'espèce l'énergie. Elle rapproche le droit de l'énergie et le droit applicable à l'énergie dans un ensemble afin d'aborder le sujet dans la complétude. Dès lors, l'analyse du droit de l'énergie en tant que discipline peut être appréhendée dans une classification verticale fondée sur le droit des énergies (I) et dans une dimension horizontale consacrée au droit du cycle de l'énergie (II).

I. Le droit des énergies

Le droit des énergies a pour objet d'étudier le régime juridique des règles concernant les sources d'énergie. Une distinction peut être opérée entre le droit des énergies minières (A) et le droit des énergies renouvelables (B).

A. Le droit des énergies minières

Les énergies minières de par leur origine, leur rareté, et les nuisances générées induisent un régime juridique emprunt de spécificités. Celles-ci se traduisent dans des règles dérogatoires au droit commun afin de contribuer à l'exploitation de la ressource. Un cadre s'applique aux ressources génériques (1), complété par des normes particulières concernant des ressources spécifiques (2).

1) L'encadrement des ressources génériques

L'exploitation des énergies minières est régie en amont par des règles relatives à l'extraction (a) et en aval, par un cadre relatif au stockage géologique de dioxyde de carbone (b).

¹⁹⁴³ C. KROLIK, "Énergie et climat dans la loi portant engagement national pour l'environnement", *préc.*

a) L'extraction d'énergie minière

Les énergies minières sont essentiellement constituées de pétrole, de gaz, de charbon et d'uranium dont l'extraction relève du droit minier. Celui-ci est traditionnellement entendu comme « l'ensemble des règles de droit applicables à la recherche et à l'exploitation des substances minérales »¹⁹⁴⁴. Il traite des régimes de prospection, des droits de l'exploitant sur les gisements, des rapports entre les propriétaires de la surface et les exploitants, des règles de police et de sécurité. Le droit de l'énergie et le droit minier constituaient originellement une même entité au motif que les sources d'énergie étaient essentiellement d'origine minière¹⁹⁴⁵. Ces deux champs se sont progressivement émancipés même si la doctrine reproche parfois un manque d'unité et de spécificité au droit minier¹⁹⁴⁶. Ce particularisme explique la persistance d'un corps de règles spécifique aux énergies minières mais complexifie l'accès au droit¹⁹⁴⁷. L'exploration, l'exploitation et le stockage d'énergie minière a ainsi vocation à figurer dans le droit minier au motif qu'elles constituent plus largement des substances minérales ou fossiles visées à l'article L.111-1 du code minier.

La recherche d'énergie minière peut être entreprise par le propriétaire de la surface avec son consentement, suite à une déclaration préalable au préfet¹⁹⁴⁸. A défaut, elle requiert un permis exclusif de recherches délivré par le ministre chargé des mines¹⁹⁴⁹. Elle constitue un titre patrimonial et doit être complétée par une autorisation de travaux délivrée par le préfet¹⁹⁵⁰. Le droit minier intègre également les dispositions relatives au stockage d'hydrocarbures, ceux-ci ne pouvant être entrepris qu'en vertu d'une concession¹⁹⁵¹.

Contrairement à d'autres sources, la nature juridique des énergies minières est précisée par le code minier. La mine est ainsi qualifiée d'immeuble tandis que les matières extraites constituent des meubles¹⁹⁵². Alors que la propriété de l'État sur la mine semble reconnue depuis une loi du 9 septembre 1919, la doctrine demeure divisée quant à la propriété du gisement¹⁹⁵³. Marcel Planiol et Georges Ripert y voient un droit réel original et intermédiaire entre la propriété et le droit d'un concessionnaire de service public, Louis Rolland le rapproche de l'emphytéote, tandis que Roger Bonnard se borne à reconnaître au concessionnaire un simple droit d'exploitation¹⁹⁵⁴. Le caractère

¹⁹⁴⁴ J. PERSONNAZ, F. VERRIER et P. JALLADE, "Droit des mines - Régime des recherches minières", *JCL A*, fasc. 370, 23/02/2004

¹⁹⁴⁵ J. DEVAUX-CHARBONNEL, *Cours de droit de l'énergie*, Université de Paris I, 2 tomes, 1983/1984.

¹⁹⁴⁶ J. PERSONNAZ, F. VERRIER et P. JALLADE, "Droit des mines - Régime des recherches minières", *JCL A*, fasc. 370, 23/02/2004 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p. 88

¹⁹⁴⁷ La Commission supérieure de codification relève cette difficulté pour les dispositions relatives à l'extraction et au stockage souterrain de substances constituant des sources d'énergie : COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008*, 2009, p. 16

¹⁹⁴⁸ C. min., art. L.121-1

¹⁹⁴⁹ J. PERSONNAZ, F. VERRIER et P. JALLADE, "Droit des mines - Régime des recherches minières", *JCL A*, fasc. 370, 23/02/2004

¹⁹⁵⁰ T. DUBREUIL, "Gaz de schiste : quelles implications pour le droit de l'environnement et du développement durable ? ", *Droit de l'env.*, n°190, mai 2011, p. 148-151

¹⁹⁵¹ C. min., art. L. 211-1 et s.; L. 231-1 et s.

¹⁹⁵² C. min., art. L. 131-4

¹⁹⁵³ LENCEREAU, *Essai de la nature juridique de la propriété minière. Étude de la loi du 9 septembre 1919*, thèse droit, Toulouse, 1922

¹⁹⁵⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome III: les obligations, R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, 1952, p. 534 ; L. ROLLAND, "Les nouvelles concessions de mines. La loi du 9 septembre 1919", *RDP*, 1920, p.350 ; R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1943, p. 733

Le Gouvernement organisé de l'énergie

de ce droit voisin d'un droit réel mais caractérisé par une limitation de sa durée, la possibilité de révocation dans des cas limités, et une soumission à des garanties légales conduisent à suivre la thèse de Jean Personnaz, François Verrier et Philippe Jallade qui le qualifient de « *droits réel administratif* »¹⁹⁵⁵.

Alors que la recherche et l'exploitation de minerai d'uranium sont régies par le droit minier, son usage relève du droit de l'environnement, au titre du régime des INB. L'exploitation de centrales recourant aux énergies fossiles telles que le charbon, le gaz et le pétrole fait l'objet d'un encadrement spécifique par le régime ICPE en tant qu'installations de combustion. L'article 19-VI de la loi Grenelle 1 précise qu' « aucune mise en service de nouvelle centrale à charbon ne sera autorisée si elle ne s'inscrit pas dans une logique complète de démonstration de captage, transport et stockage du dioxyde de carbone ». Cette disposition se traduit par un régime juridique spécifique.

b) Le stockage géologique de dioxyde de carbone

Les opérations de recherche de captage, de transport et de stockage géologique du dioxyde de carbone sont encadrées par plusieurs régimes juridiques puisque si la production d'électricité concerne le droit de l'énergie, les opérations de compression et de transport de gaz toxiques relèvent du droit de l'environnement¹⁹⁵⁶. Les travaux de recherches bien qu'inscrits dans le code de l'environnement sont assimilés à des travaux miniers et requièrent un permis exclusif de recherche¹⁹⁵⁷. L'usage des sites entrepris à des fins de recherche et de développement est soumis à un régime d'autorisation préalable tandis que l'exploitation industrielle résulte d'un régime de concession minière¹⁹⁵⁸. Bien qu'inscrites dans le code de l'environnement, ces dispositions conduisent à appliquer le régime juridique du code minier, ce qui amène à s'interroger sur cette opportunité¹⁹⁵⁹.

La Commission supérieure de codification proposait d'inscrire ces opérations dans le code minier, conformément à une doctrine consistant à incorporer le stockage temporaire de substances dans ledit code, et les stockages définitifs dans le code de l'environnement¹⁹⁶⁰. Or, si le code minier a vocation à encadrer des richesses nationales, le dioxyde de carbone ne peut être considéré comme tel. Au contraire, il devrait être appréhendé comme une substance nuisible, des indices de cette nocivité se retrouvant dans la nécessité de l'encadrer dans un système européen d'échange des permis d'émission, la tentative d'instaurer une « *taxe carbone* », et la lutte contre le réchauffement

¹⁹⁵⁵ J. PERSONNAZ, F. VERRIER et P. JALLADE, "Droit des mines - Institution des titres miniers", *JCLA*, fasc. 371, 23/02/2004

¹⁹⁵⁶ C. env., art. L.229-33: « le dioxyde de carbone s'entend comme un fluide composé essentiellement de dioxyde de carbone. Ce fluide ne doit contenir ni déchet ni aucune autre matière ajoutée en vue de son élimination. Il peut néanmoins contenir des substances qui se sont associées dès la source ou lors des opérations de captage ou d'injection. Des substances traces peuvent également y être ajoutées afin d'aider à contrôler et à vérifier la migration du dioxyde de carbone. » ; "Canalisations de transport de gaz, d'hydrocarbures et de produits chimiques - les dispositions relatives à leurs sécurité et déclaration d'utilité publique sont harmonisées", *Code Permanent Environnement et nuisances*, n° 390, 07/05/2010

¹⁹⁵⁷ C. env., art. L. 229-30

¹⁹⁵⁸ C. env., art. L. 229-37 ; L. 229-44

¹⁹⁵⁹ C. KROLIK, "Énergie et climat dans la loi portant engagement national pour l'environnement", *préc.*

¹⁹⁶⁰ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006*, La documentation française, 2007, p. 26-27

Une discipline juridique

climatique qualifiée d'objectif par le Conseil constitutionnel¹⁹⁶¹. A l'inverse, le stockage de substances nocives a vocation à être encadré dans le code de l'environnement, au même titre que le droit des déchets et les dispositions particulières à la gestion durable des matières et des déchets radioactifs. Par conséquent, le stockage de CO2 semblerait davantage trouver sa place dans ce dernier, le rapport Bersani le qualifiant de stockage à « *très long terme* »¹⁹⁶².

Or, si le régime du droit minier semble offrir un cadre suffisant pour préserver l'environnement durant l'exploitation, les insuffisances se manifestent au terme de la concession par le transfert à l'État de la surveillance et de la prévention de ces risques, ce qui s'avère manifestement incompatible avec le principe du pollueur payeur¹⁹⁶³. Dès lors, un encadrement au titre des installations d'élimination des déchets aurait peut-être été plus adapté. Cependant, il impliquerait préalablement de retenir la qualification de déchet pour le CO2, non explicitement reconnu par les législateurs national et européen. Le stockage de dioxyde de carbone à l'état liquide, à quatre vingt de bars de pression dans le sous-sol pourrait revêtir les caractères propres à cette qualification, voire plus précisément celle de déchet ultime¹⁹⁶⁴. Cette solution permettrait au préfet en cas de survenance de nuisances postérieures à la cessation d'activité, de mettre en demeure l'exploitant de réaliser des travaux voire d'y procéder à ses frais faute « *d'avoir pris les dispositions nécessaires pour la surveillance de l'installation, la conservation des stocks et l'enlèvement des matières dangereuses* »¹⁹⁶⁵. En complément, du fait de la nocivité de la substance, de sa persistance et pour appliquer davantage le principe du pollueur-payeur, une mutualisation des coûts de surveillance et de gestion des risques pourrait être envisagée entre les différents exploitants recourant à cette technologie¹⁹⁶⁶.

L'application du droit minier permet de favoriser l'activité du stockage de dioxyde de carbone par des règles moins contraignantes que les prescriptions du droit de l'environnement¹⁹⁶⁷. Un constat similaire concerne l'encadrement des ressources spécifiques.

¹⁹⁶¹ Cons. const., déc. du 29 déc. 2009, n° 2009-599 DC, *préc.*, consid. 82

¹⁹⁶² F. BERSANI, *Les stockages souterrains de gaz carbonique*, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, La documentation française, 05/04/2006

¹⁹⁶³ C. env., art. L.229-47 ; A. CURZYDLO-MULLER, "Adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement", *Env.*, n° 12, alerte 124, déc. 2010

¹⁹⁶⁴ C. env., art.L. 541-1 :est un déchet : « *toute substance ou tout objet, ou plus généralement tout bien meuble, dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire* » ; c. env., art. L.541-2 : « *est ultime au sens du présent article un déchet qui n'est plus susceptible d'être réutilisé ou valorisé dans les conditions techniques et économiques du moment, notamment par extraction de la part valorisable ou par réduction de son caractère polluant ou dangereux* » ; Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, La documentation française, 05/04/2006, p. 14-20 ; P. LE HIR, "La France mise sur le captage et le stockage du CO2", *Le monde*, 03/06/2010, www.lemonde.fr

¹⁹⁶⁵ CAA Paris, 5 nov. 1991, *Secr. d'État auprès du Premier ministre chargé de l'env.*, *Rec. CE* 1991, tables, p. 1062 ; *RJE* 1992, p. 73, concl. DACRE-WRIGHT ; *RFDA* 1992, p. 839, obs. THÉOBALD ; P. BILLET, "Installations d'élimination des déchets - Régime général", *JCL Env.*, fasc. 4280, 02/05/2005, n°138

¹⁹⁶⁶ G. DE RUBERCY, "Sécurisation des actifs dédiés au financement du démantèlement des installations nucléaires: questions nouvelles et propositions", *Env.*, mars 2010, p.15-21; C. env., art. 542-12-2

¹⁹⁶⁷ A. GOSSEMENT, *Droit minier et droit de l'environnement - Eléments de réflexion pour une réforme relative à l'évaluation environnementale, à l'information et à la participation du public*, Rapport remis à Madame Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, Ministre de l'Ecologie, du Développement durable, des Transports et du Logement, Paris, le 12/10/2011

2) L'encadrement des ressources spécifiques

Un régime juridique particulier est prévu concernant l'usage de l'énergie nucléaire (a) et le secteur pétrolier (b).

a) L'utilisation de l'énergie nucléaire

Bien que le « *droit nucléaire* » ait formellement disparu du droit français en intégrant les différents codes, sa spécificité matérielle demeure en tant que régime d'exception¹⁹⁶⁸. En effet, il trouve sa source dans de multiples traités internationaux parmi lesquels figure la Convention de Vienne sur la sûreté nucléaire du 20 septembre 1994, caractérisée par un contenu peu contraignant¹⁹⁶⁹. Elle est complétée par la Convention de Vienne sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs du 5 septembre 1997 que son *corpus* qualifie d' « *incitative* »¹⁹⁷⁰. Au niveau européen, le traité CEEA est certes relatif à l'énergie nucléaire mais « *conçu pour une énergie nucléaire des années cinquante* »¹⁹⁷¹. Au final, le droit nucléaire supranational se caractérise par des instruments juridiques à faible teneur normative.

Par conséquent, le législateur national conserve de larges marges de manœuvre concernant le régime juridique des INB. Celui-ci figure dans le code de l'environnement et se caractérise par des autorisations administratives intervenant à des moments clés du cycle de vie des installations (autorisation de création, mise en service, démantèlement, déclassement de l'installation...)¹⁹⁷². Bien que l'autorisation de création d'une INB intervienne par décret simple, le régime s'illustre dans une prééminence de l'ASN, autorité administrative indépendante, détentrice de la police spéciale des INB, lui permettant d'autoriser ou de suspendre l'exploitation, de contrôler et de sanctionner les manquements, d'agréer les organismes participant aux contrôles et à la veille en matière de sûreté nucléaire ou de radioprotection¹⁹⁷³.

Cet encadrement est complété par un régime de responsabilité civile dérogatoire au droit commun issu de la convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par la convention de Bruxelles du 17 décembre 1971

¹⁹⁶⁸ Il en va différemment sur le plan matériel : C. HUGLO, "FUKUSHIMA : le droit nucléaire et le droit du développement durable en question", *Env.*, n°5, repère 5, mai 2011

¹⁹⁶⁹ Convention sur la sûreté nucléaire, Vienne, 17/06/1994

¹⁹⁷⁰ Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs, Vienne le 05/09/1997, préambule ix) et x) ;

¹⁹⁷¹ M.B. GRANET, "Principe de précaution et risques d'origine nucléaire : quelle protection pour l'environnement ? ", *JDI*, n°3, 1 juil. 2001, p. 755

¹⁹⁷² Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, *JORF* n°136 du 14 juin 2006 p. 8946, art. 28-III: « *Les installations nucléaires de base sont : 1° Les réacteurs nucléaires ; 2° Les installations, répondant à des caractéristiques définies par décret en Conseil d'Etat, de préparation, d'enrichissement, de fabrication, de traitement ou d'entreposage de combustibles nucléaires ou de traitement, d'entreposage ou de stockage de déchets radioactifs ; 3° Les installations contenant des substances radioactives ou fissiles et répondant à des caractéristiques définies par décret en Conseil d'Etat ; 4° Les accélérateurs de particules répondant à des caractéristiques définies par décret en Conseil d'Etat* » ; décret n° 2007-830 du 11 mai 2007 relatif à la nomenclature des installations nucléaires de base, *JORF* n°110 du 12 mai 2007 p. 8766

¹⁹⁷³ C. KROLIK, "La prévention de risques nucléaires civils", *préc.* ; Le fait qu'elle bénéficie de pouvoirs relevant de la compétence régalienne de l'État pourrait s'avérer contraire à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'article 20 de la Constitution selon lequel « le gouvernement dispose de l'administration » : M. LEGER et L. GRAMMATICO, "La loi relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire : quelles évolutions pour le droit nucléaire français ?", *Bull. droit nucléaire*, n°77, 2006

Une discipline juridique

relative à la responsabilité civile en matière de transport maritime de matières nucléaires, et par un protocole du 12 février 2004. Il est transposé par la loi du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, désormais inscrite dans le code de l'environnement¹⁹⁷⁴. Il applique une responsabilité objective et exclusive canalisée sur l'exploitant nucléaire, facilitée par des règles procédurales particulières mais limitée dans le temps et dans le montant¹⁹⁷⁵. Lorsque la France aura ratifié ce protocole, le dispositif comprendra une première tranche de responsabilité de 700 millions d'euros à la charge de l'exploitant, complétée de fonds étatiques de 500 millions d'euros, eux mêmes suppléés d'un montant de 300 millions d'euros par les parties contractantes, aboutissant à une responsabilité plafonnée à 1,5 milliards d'euros¹⁹⁷⁶. En comparaison, l'article 13 de la loi atomique allemande du 27 avril 2002 prévoit une garantie financière de 2,5 milliards d'euros, tandis que la loi suisse sur la responsabilité civile en matière nucléaire du 18 mars 1983 retient une responsabilité illimitée de l'exploitant¹⁹⁷⁷. Cette solution tient à la nature des dommages susceptibles d'être causés par les activités nucléaires. En effet, elle peut être comparée aux 9,4 milliards d'euros d'aide publique demandés par Tepco pour financer une partie de l'indemnisation des victimes de la catastrophe de Fukushima¹⁹⁷⁸. Elle peut également être appréhendée au regard des dommages causés par le séisme et le Tsunami de Fukushima estimés à 164 milliards d'euros¹⁹⁷⁹. Une particularité du régime d'indemnisation des accidents nucléaires en France tient également au refus des assureurs de prendre en charge ces risques, conduisant l'État à se porter garant, et à prendre en charge l'essentiel des coûts liés à la catastrophe.

L'énergie nucléaire se caractérise ensuite par une intervention législative tardive¹⁹⁸⁰. Les lois de 2006 comblent une partie des carences en matière de transparence et d'orientations pour une gestion des déchets radioactifs¹⁹⁸¹. Cependant, une partie de la doctrine critique le financement du dispositif parce que les exploitants d'installations nucléaires bénéficient d'une libre disposition des fonds provisionnés pour le démantèlement et la gestion des déchets radioactifs, conduisant à deux problèmes majeurs¹⁹⁸². D'une part, le principe de la libre disponibilité peut conduire à une gestion spéculative pour des acquisitions industrielles sans apport de capital, avec les risques qu'elle comporte en période d'instabilité financière. D'autre, part, cette affectation peut entraîner

¹⁹⁷⁴ Loi modifiée n°68-943 du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, *JORF* du 31 octobre 1968 p. 10195

¹⁹⁷⁵ M.B. LAHORGUE, "Vingt ans après Tchernobyl : un nouveau régime international de responsabilité civile nucléaire", *JDI*, n°1, janv. fev. mars 2007, p.103 ; M.B. LAHORGUE, "Tchernobyl : 20 ans après, le système international de responsabilité civile nucléaire", *Droit de l'env.*, n°139, juin 2006, p.182-186 ; C. KROLIK, *Les responsabilités des déchets nucléaires*, Université du littoral côte d'Opale, Mémoire de DEA, 2004

¹⁹⁷⁶ C. env., art. L.597-1 à 25 ; "Les Conventions sur la responsabilité nucléaire révisées améliorent les droits des victimes à indemnisation", www.oecd-nea.org

¹⁹⁷⁷ C. KROLIK, *Les responsabilités des déchets nucléaires, préc.*, p. 34

¹⁹⁷⁸ "L'opérateur de la centrale de Fukushima se tourne vers Tokyo pour une aide publique", 28.10.11, www.lemonde.fr

¹⁹⁷⁹ J. M. BEZAT, "Tchernobyl, Deepwater et le "risque zéro"", *Le Monde*, 25/04/2011, p.15 ; "La catastrophe au Japon pourrait coûter 235 milliards de dollars", *Le Monde*, 21/03/2011,

¹⁹⁸⁰ Loi n°90-488 du 16 juin 1990 modifiant la loi no 68-943 du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, *JORF* n°139 du 17 juin 1990 page 7069 ; M. PRIEUR, "Les déchets radioactifs, une loi de circonstance pour un problème de société", *RJE*, n°1, 1992, p.19

¹⁹⁸¹ Directive 2011/70/Euratom du Conseil du 19 juillet 2011 établissant un cadre communautaire pour la gestion responsable et sûre du combustible usé et des déchets radioactifs, *JO L* 199 du 02/08/2011, p. 48-56

¹⁹⁸² H.DELZANGLES, "Provisions pour démantèlement des centrales nucléaires et droit communautaire des aides d'État", *REDE*, n°1, 2007, p. 71-78

Le Gouvernement organisé de l'énergie

l'indisponibilité de ces financements pour garantir le démantèlement et reporter cette couverture sur l'État sous forme de blanc-seing. Alors que l'article L.594-11 du code de l'environnement encadre l'affectation de ces provisions et institue une Commission nationale d'évaluation du financement des charges de démantèlement des INB visant à contrôler leur sincérité, l'effectivité de la mesure n'est pas garantie puisque celle-ci n'a tenue sa première réunion que le 7 juin 2010, alors qu'un premier rapport devait être restitué au plus tard le 28 juin 2008¹⁹⁸³. Ces inquiétudes sont renforcées par des « *préoccupations financières de courte vue chez les industriels, et particulièrement chez EDF, qui les amènent à freiner l'effort de recherche sur l'élimination d'une partie des déchets nucléaires* »¹⁹⁸⁴.

L'énergie nucléaire bénéficie donc d'un cadre juridique renforcé mais favorable à son utilisation, présentant en cela des similarités avec l'organisation du secteur pétrolier.

b) L'organisation du secteur pétrolier

Les activités pétrolières sont encadrées par le régime ICPE et par une fiscalité sur les carburants fondée sur la taxe intérieure sur les produits pétroliers, caractérisée par une finalité budgétaire¹⁹⁸⁵. Le droit de l'énergie complète le dispositif par un régime d'autogestion des opérateurs. En effet, l'article L.112-1 du code de l'énergie dispose que sous réserve de dispositions particulières, « *le traitement, le transport, le stockage et la distribution du pétrole brut et des produits pétroliers s'effectuent librement* ». Le livre VI comprenant « *les dispositions relatives au pétrole* » impose aux opérateurs la constitution et la conservation de stocks stratégiques au prorata de leur activité¹⁹⁸⁶. La gestion de ces stocks est assurée par le Comité professionnel des stocks stratégiques pétroliers composé de treize membres, dont neuf sont nommés sur proposition des organisations professionnelles représentatives des opérateurs pétroliers¹⁹⁸⁷. Des obligations concernent également les distributeurs de fioul domestique, pour assurer la continuité de la fourniture aux clients qui accomplissent des missions d'intérêt général¹⁹⁸⁸. L'article L.143-7 prévoit encore la possibilité de réglementer ou de suspendre l'importation ou l'exportation de pétrole brut ou de produits pétroliers par décret, en cas de guerre, de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés en vue du maintien de la paix, pour l'application de mesures prises par l'Union européenne.

Contrairement aux secteurs électriques et gaziers marqués par un *corpus* précis d'obligations, le secteur pétrolier se caractérise par l'autorégulation, l'absence de service public, et une intervention de l'administration en *ultima ratio*. La police administrative est également

¹⁹⁸³ S. RENOUT, "Centrale nucléaire : révélation sur le prix de la sécurité en France", Émission Capital (M6), 19/06/2011

¹⁹⁸⁴ L'OFFICE D'ÉVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, "Déchets radioactifs : « préoccupations financières de courte vue »", *Energie2007*, 19/01/2011, <http://energie2007.fr>

¹⁹⁸⁵ V. DUSSART, "TIPP, transport routier et environnement : une impossible conciliation ? ", *Revue de droit des transports*, étude 8, 2008 ; CONSEIL DES IMPÔTS, *Fiscalité et environnement*, 23e rapport, 2005, www.ladocumentationfrançaise.fr

¹⁹⁸⁶ C. énerg., art. L. 642-2 ; décret n°93-131 du 29 janvier 1993 relatif à l'obligation de constituer et de conserver des stocks stratégiques de pétrole brut et de produits pétroliers, *JORF* n°26 du 31 janvier 1993, p. 1701

¹⁹⁸⁷ Décret n°93-132 du 29 janvier 1993 portant création du Comité professionnel des stocks stratégiques pétroliers, *JORF* n°26 du 31 janvier 1993, p.1703

¹⁹⁸⁸ C. énerg., art. L.651-1

dérogatoire à la police du droit de l'énergie puisque le manquement à l'obligation de constitution des stocks se limite à une amende correspondant au volume des produits pétroliers pour lesquels les stocks stratégiques n'ont pas été régulièrement constitués, plafonnée au quadruple du montant de la rémunération versée au Comité professionnel des stocks stratégiques pétroliers¹⁹⁸⁹.

Le droit de l'énergie n'a donc pas le monopole de l'encadrement des énergies minières qui se présente comme un maelstrom normatif pour autant cohérent. Cette particularité se prolonge dans le droit des énergies renouvelables.

B. Le droit des énergies renouvelables

Les énergies renouvelables tirent leur spécificité du critère commun de régénération de la ressource¹⁹⁹⁰. L'article L.211-2 du code de l'énergie dispose que : « *les sources d'énergies renouvelables sont les énergies éolienne, solaire, géothermique, aérothermique, hydrothermique, marine et hydraulique, ainsi que l'énergie issue de la biomasse, du gaz de décharge, du gaz de stations d'épuration d'eaux usées et du biogaz* ». Au même titre que pour les énergies minières, la classification du droit des énergies renouvelables, en tant que discipline, se fonde davantage sur des critères matériels que juridiques. Une distinction peut être opérée entre les règles relatives aux ressources atmosphériques (1) et celles concernant les ressources terrestres (2).

1) L'encadrement des ressources atmosphériques

Deux catégories de ressources atmosphériques sont régies juridiquement : l'énergie solaire (a) et l'énergie éolienne (b).

a) Le droit de l'énergie solaire

Le rayonnement solaire peut être qualifié de chose corporelle, consomptible, fongible et être valorisé sous les formes de chaleur et d'électricité¹⁹⁹¹. La production d'électricité est soumise à une autorisation du ministre chargé de l'énergie pour les installations de plus de 4,5 mégawatts, celles de puissance inférieure bénéficiant d'un régime de déclaration préalable, voire d'une absence de formalité en deçà de 250 kilowatts¹⁹⁹². Le coût des investissements demeurant élevé comparé à d'autres sources, cette énergie bénéficie d'un cadre fiscal incitatif et du régime de l'obligation d'achat d'électricité produite à partir de sources renouvelables¹⁹⁹³. Cette énergie contribue à

¹⁹⁸⁹ C. énerg., art. L.642-11

¹⁹⁹⁰ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p.20-31

¹⁹⁹¹ D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques, préc.*, p. 138

¹⁹⁹² C. énerg., art. L.311-1; décret n°2000-877 du 7 septembre 2000 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité, *JORF* n°210 du 10 septembre 2000 p. 14214 ; J.-B. AUBY et P. LIGNIÈRES (DIR.), "Énergie photovoltaïque : un cadre juridique à parfaire", *DA*, n°11, prat. 2, nov. 2008 ; A. FOURNIER, "Installations photovoltaïques - Quelques règles essentielles applicables selon le cadre juridique et technique adopté", *JCP Notariale et Immobilière*, n°19, 1191, 14/05/2010 ; Rép. min. n° 10629, *JO Sénat* Q 15 avr. 2010, p. 955, *Env.*, n° 6, juin 2010, alerte 73

¹⁹⁹³ Décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000 fixant par catégorie d'installations les limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité, *JORF* n°285 du 9 décembre 2000, p. 19550 ; Réponse ministérielle *JOAN* du 23 mars 2010, p. 3362, question écrite n° 71296 ; B. RICHARD et J.VUAGNOUX, "Un peu de clarté pour le photovoltaïque", *Env.*, mai 2009, p.7-9 ; sur l'obligation de vendre la totalité de l'électricité produite: CE, 21 mai 20003, *électricité Autonome Française, France Énergie Eolienne et association Hespul*, n°235836, *JurisData* n°2003-065486n *Rec. CE* 2003, p. 794

Le Gouvernement organisé de l'énergie

l'objectif de porter la part des énergies renouvelables à au moins 23% de la consommation d'énergie finale d'ici 2020, et à une division par quatre des émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050¹⁹⁹⁴. La PPIE prévoit un objectif de 5400 mégawatts au 31 décembre 2020 et le ministre chargé de l'énergie peut recourir à la procédure d'appel d'offre lorsque les capacités de production ne répondent à ces objectifs¹⁹⁹⁵.

L'attractivité du système a conduit à une suspension de l'obligation d'achat pour une durée de trois mois et à la révision des tarifs d'achat comportant des dispositions rétroactives, validées par le législateur et confirmés par le Conseil d'État¹⁹⁹⁶. Cette situation aboutit à la situation selon laquelle si les objectifs en termes d'énergie renouvelable constituent un minimum à atteindre, ils peuvent également être appréhendés comme un plafond.

La production d'énergie solaire thermique n'est pas encadrée par le code de l'énergie. Elle ne dispose pas d'un système d'obligation d'achat similaire au photovoltaïque puisqu'elle a vocation à être directement utilisée par les producteurs. Cependant, ces deux catégories d'installations se voient appliquer des régimes juridiques similaires concernant l'urbanisme et l'environnement, requérant la délivrance d'un permis de construire, une étude d'impact et une enquête publique pour les installations solaires installées sur le sol dont la puissance est supérieure à 250 kilowatts¹⁹⁹⁷. Afin

¹⁹⁹⁴ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *préc.*, annexe I ; loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 2.

¹⁹⁹⁵ C. énerg., art. L.311-10 ; décret n°2002-1434 du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité, *JORF* n°288 du 11 décembre 2002, p. 20413 ; à titre d'exemple: appel d'offres portant sur des installations au sol de production d'électricité à partir de l'énergie solaire, *JOUE*, S136 du 18/06/2009

¹⁹⁹⁶ Sur la validation rétroactive: arrêté du 12 janvier 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, *JORF* n°11 du 14 janvier 2010 page 727 ; arrêté du 12 janvier 2010 portant abrogation de l'arrêté du 10 juillet 2006 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, *JORF* n°0011 du 14 janvier 2010 page 733 ; validés par loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *préc.*, art. 88-III ; CE, 19 janv. 2011, n°343389, *EARL Schmittseppel et M. noir*; sur la suspension de l'obligation d'achat : décret n°2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil, *JORF* n°286 du 10 décembre 2010 p. 21598 ; CE, 26 janv. 2011, Référé n°344973, *Sté ciel et terre e.a.* ; CE, 16 nov. 2011, n°344972, *Sté ciel et terre e.a.*, *AJDA*, 2011, p.2262, note P. GRAND, *RJE*, 2, 2012, p.385-387

S. POIGNANT, *Rapport d'information sur l'énergie photovoltaïque*, n°1846, AN, 16/07/2009

¹⁹⁹⁷ Le permis de construire est requis lorsque les panneaux solaires installés au sol ont une puissance crête d'au moins trois kilowatts, dont la hauteur dépasse un mètre quatre-vingt, ou lorsque la puissance crête est supérieure ou égale à trois kilowatts et supérieure à deux cent cinquante kilowatts : c. urb., art. R. 421-1 à 9 ; C. env., art. R.122-8-16° et R. 123-2-2° ; sont également soumis à un permis de construire les centrales solaires au sol construites dans des secteurs sauvegardés d'une puissance supérieure à 3 kilowatts crête, quelle que soit leur hauteur ; A. HEGO DEVEZABARRAU, *Droit et intégration des énergies renouvelables - Les règles juridiques relatives au développement et à l'utilisation des énergies renouvelables dans le bâtiment*, thèse droit, 2011 ; P. BILLET, "Le nouveau régime d'implantation des panneaux photovoltaïques", *JCP-A*, n°52, 21/12/2009, p.38-40 ; J. DUVAL, "Aspects juridiques du développement de projets d'installations photovoltaïques", in *JCL env.*, vol. fasc. 4430, 28/07/2010 ; M.P. LAVOILLOTTE, "Le nouveau cadre juridique des installations photovoltaïques au sol", *Droit de l'env.*, n°176, fév./mars 2010, p.109-111 ; circulaire du 18 décembre 2009, Nor: Devu09297927, *Droit de l'env.*, n°177, avril 2010, p. 120 ; E. MALLET, "Urbanisme : énergie renouvelable et construction d'ouvrages de production d'électricité", *Constr. urb.*, n°1, alerte 6, janv. 2010 ; M. DUPRÉ, "L'énergie photovoltaïque fruit vert ou fruit mur? Le régime d'installation des panneaux photovoltaïques", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.50-62 ; A. IZEMBARD, "Où implanter les centrales photovoltaïques au sol?", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.70-80 ; J.-F. POLI, "Les règles d'urbanisme applicables à l'installation d'équipements d'énergie éolienne et photovoltaïque", *Env.*, n°2, dossier 5, fév. 2011

Une discipline juridique

d'inciter au recours à cette énergie, les articles L.128-1 et 2 du code de l'urbanisme prévoient que, sur décision du conseil municipal, l'installation d'équipements de production d'énergie renouvelable autorise un dépassement du coefficient d'occupation des sols dans la limite de 20%¹⁹⁹⁸. L'achat d'équipement est également facilité par l'établissement de crédits d'impôt, un taux de TVA à 5,5%, et un amortissement exceptionnel sur douze mois à compter de la mise en service de l'équipement¹⁹⁹⁹.

Le droit de l'énergie solaire regroupe donc un ensemble d'instruments relevant de différents champs normatifs, pour lesquels les interventions normatives et prétoriennes précisent les contours. L'énergie éolienne constitue la seconde ressource atmosphérique encadrée par le droit des énergies renouvelables.

b) Le droit de l'énergie éolienne

La production d'électricité d'origine éolienne est encadrée par le droit de l'énergie au titre de la PPIE, de l'obligation d'achat, et de la capacité pour le ministre chargé de l'énergie de recourir à une procédure d'appel d'offre²⁰⁰⁰. Le droit applicable à l'énergie opère quant à lui une distinction selon que les installations sont implantées sur le milieu terrestre ou sur le domaine public maritime.

Les éoliennes terrestres de plus de cinquante mètres sont soumises au régime ICPE de l'autorisation²⁰⁰¹. L'obligation d'achat ne peut être accordée qu'aux installations constituant des unités de production composées d'au moins cinq machines, dans une zone de développement de l'éolien, elle-même située dans un schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie²⁰⁰². L'article L.553-1 du Code de l'environnement prévoit que la délivrance de l'autorisation d'exploiter est subordonnée à l'éloignement des installations d'une distance de 500 mètres par rapport aux constructions à usage d'habitation, aux immeubles habités, et aux zones destinées à l'habitation²⁰⁰³.

¹⁹⁹⁸ P. GALAN, "Les installations photovoltaïques et le droit de l'urbanisme", *AJDA*, 2010, p.2147 ; S. DALLE-CRODE, "Collectivités locales et panneaux photovoltaïques : les clés juridiques de la mise à disposition (et de la valorisation) du domaine public", *JCP A*, n°42, 2236, 12/10/2009 ; D. GANTSCHING, "Des différentes manières d'exploiter des panneaux photovoltaïques sur le fonds d'autrui", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.130-140

¹⁹⁹⁹ CGI, art. 39 AB ; CGI, art.2, ann.IV ; CGI, art.1518 A. ; l'État subventionne à hauteur de 10% le coût des travaux d'installation de chauffe-eau solaires et de capteurs photovoltaïques: CCH, art. R.323-7 ; B. PETIT, "Le droit du solaire : 'petit embryon deviendra grand'", *Gaz. Pal.*, n°19, 19 janvier 2006, p.18 ; A. SANDRIN-DEFORGE, "Les énergies solaires", *BDEI*, n°1, 2008 ; O. PECHAMAT, "Photo sur la fiscalité photovoltaïque", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.83-111 ; M.-L. SALVADOR, "Incitation verte et non dorée - la fiscalité du photovoltaïque", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.114-127 ; A. GINISTY-ANDRIEU, "Les relations bailleur/preneur: prévoir plus que la lumière", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.143-154 ; B. BARRY, "Responsabilité et assurance constructive à l'épreuve de l'énergie photovoltaïque", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.156-172

²⁰⁰⁰ C. BOITEAU, "Le prix controversé du rachat de l'énergie éolienne ou l'énergie renouvelable à quel prix ?", *AJDA*, 2009, p.2105

²⁰⁰¹ C. env., art. L. 553-1. Cette mesure avait pourtant été écartée, à l'unanimité par les acteurs du Grenelle de l'environnement: D. GILLIG, "Les éoliennes : une nouvelle catégorie d'installations classées ?", *Env.* n° 10, comm. 138, oct. 2008 ; A. GOSSEMENT, "Projet de loi Grenelle 2 : ce qui va vraiment changer pour les éoliennes...", 19 avril 2010, www.arnaudgossement.com ; elle était également rejetée par un rapport du Conseil général des Mines: R. GUILLET et J.P. LETEURTROIS, Rapport sur la sécurité des installations éoliennes, n° 04-5, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, Conseil général des Mines, juillet 2004 ; A. GOSSEMENT, "Les éoliennes au lendemain du Grenelle 2 : des objectifs ambitieux, des moyens compliqués", *AJCT*, 2010, p.8

²⁰⁰² C. énerg., art. L.311-20-3°

²⁰⁰³ Ces dispositions ne s'appliquent pas aux habitations édifiées postérieurement à la loi : M. PASTOR, "La loi Grenelle II est définitivement adoptée", *AJDA*, 2010, p. 1292.; Ces dispositions s'avèrent contraires aux recommandations de l'AFSSET préconisant une appréciation au cas par cas: AFSSET, "Impacts sanitaires du bruit généré par les éoliennes -

Le Gouvernement organisé de l'énergie

Un permis de construire est également exigé pour les installations d'une hauteur supérieure à douze mètres²⁰⁰⁴. En cas de défaillance de l'exploitant, la société mère pourra être déclarée responsable du démantèlement et de la remise en état du site, dès qu'il est mis fin à l'exploitation, quel que soit le motif de la cessation de l'activité. De plus, dès le début de la production, puis au titre des exercices comptables suivants, l'exploitant ou la société propriétaire se voit dans l'obligation de constituer des garanties financières nécessaires au démantèlement et à la remise en état du site²⁰⁰⁵.

Le permis de construire peut faire l'objet d'une annulation en cas d'atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales²⁰⁰⁶. Dans le même sens, il peut être censuré en cas de risques pour la sécurité publique²⁰⁰⁷. Le juge reconnaît également la possibilité de suspendre le permis en se fondant sur le caractère difficilement réversible de la construction et de l'urgence²⁰⁰⁸. Enfin, des recours peuvent être formés sur le fondement de la théorie des troubles anormaux de voisinage²⁰⁰⁹.

Les éoliennes maritimes bénéficient d'un régime juridique plus souple, matérialisé dans une concession d'utilisation du domaine public maritime, une autorisation au titre de la loi sur l'eau, une étude d'impact, et une enquête publique²⁰¹⁰. Le permis de construire n'est en revanche plus requis depuis la loi Grenelle 2 tandis que le régime ICPE ne leur est pas applicable. Cet allègement vise à réaliser un objectif de 6000 mégawatt d'ici 2020²⁰¹¹.

Le régime juridique applicable aux éoliennes s'inscrit donc dans un cadre procédural, voire procédurier, résultant d'une accumulation des contraintes administratives. Elle semble s'inscrire dans la théorie de Rudolf von Jhering selon laquelle l'« *ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* »²⁰¹². Elle se traduit les données de raccordement des parcs éoliens au

État des lieux de la filière éolienne - Propositions pour la mise en œuvre de la procédure d'implantation", mars 2008 ; G. DURAND-PASQUIER, "Éoliennes et santé humaine : Application ou non d'un principe de précaution ?", *Construction-Urbanisme*, n° 10, alerte 54, oct. 2009.

²⁰⁰⁴ C. urb., art. L. 421-1-1 ; mis en œuvre par le décret n° 2004-308 du 29 mars 2004 relatif aux concessions d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports, *JORF* n°76 du 30 mars 2004, p. 6078 ; rép. min. n° 59484, *JOAN* du 13 août 2001, p. 4643

²⁰⁰⁵ G. de RUBERCY, "Sécurisation des actifs dédiés au financement du démantèlement des installations nucléaires : questions nouvelles et propositions", *Env.*, mars 2010, p. 15-21.

²⁰⁰⁶ CAA Marseille, 15 janv. 2010, n° 07MA00898

²⁰⁰⁷ C. urb., art. R. 111-2: CE, 27 juill. 2009, *Société Boralex Avignonnet Sas*, n°317060, "Implantation d'éoliennes et accidents : quelle appréciation des risques ?", *Droit de l'env*, n°178, Cours et tribunaux, p. 162

²⁰⁰⁸ CE, 29 janv. 2008, n° 307870, *AJDA* 2008 p. 221, note J.M. PASTOR ; CE, 6 nov. 2006, *Assoc. préservation paysages exceptionnels Mézenc*, n° 281072, *JCP A* 2006, p.1296, concl. Y. AGUILA, note P. BILLET ; *DAUH*, n° 11, 2007, n° 850, p. 708 ; *RDI*, n 6, 2006, p. 517, chron. L. FONBAUSTIER ; *BJDU*, n° 2, 2006, p. 151, chron. B. PHÉMOLANT et M. RAUNET ; *AJDA*, n° 39, 2006, p. 2151

²⁰⁰⁹ CA Douai, 16 avril 2009, n° 08/09250, www.dalloz.fr ; R. CRISTINI, "Protection contre les risques et les nuisances", *JCL coll.*, fasc. 1174-10, 10/11/2008

²⁰¹⁰ Concession d'utilisation du domaine public maritime : art. L. 2124-3 CG3P ; autorisation au titre de la loi sur l'eau : art. L. 214-1 et R. 214-1 C. env. ; P. de la BOUILLERIE et B. MARTOR, "Projets éoliens offshore : un nouveau souffle électrique en haute mer", *JCP E*, n° 16, avril 2010, p. 1394

²⁰¹¹ Arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité, *JORF* n°8 du 10 janvier 2010 p. 526, art. 1 ; P. CHEVET, *Rapport au Parlement - Programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité - Période 2009-2020*, Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire 2009 ; O. BONNEAU, "Énergies photovoltaïques et éoliennes : Aspects urbanistiques et environnementaux", colloque Actualité du droit de l'énergie – énergies et environnement : problèmes actuels, Université de Pau et des pays de l'Adour, 29 juin 2010

²⁰¹² R. VON HIERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son existence*, Formi Editore, t. 3, Bologne,

réseau de distribution d'électricité publiées par ERDF, inférieurs aux objectifs fixés par le ministre en charge de l'énergie²⁰¹³. Cette remarque s'applique dans une moindre mesure au régime juridique des ressources terrestres.

2) L'encadrement des ressources terrestres

Trois catégories de ressources renouvelables terrestres sont mentionnées dans l'article L.211-2 du code de l'énergie : l'énergie hydraulique, l'énergie géothermique, et la biomasse. Alors que la première se caractérise par un régime juridique de protection (a), les suivantes bénéficient d'un cadre incitatif (b).

a) Le droit de l'énergie hydraulique

L'encadrement de l'énergie hydraulique résulte d'une législation ancienne tendant à concilier les intérêts particuliers du propriétaire et de l'exploitant avec l'objectif d'intérêt général de la production énergétique²⁰¹⁴. La loi du 16 octobre 1919 établissait un régime commun à toutes les voies d'eau, quel que soit leur nature et leur statut, désormais inscrit dans le livre V du code de l'énergie relatif à l'utilisation de l'énergie hydraulique²⁰¹⁵. En dehors du cas spécifique des droits fondés en titre, le principe est celui selon lequel « *nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'État* »²⁰¹⁶. Ces ouvrages sont soumis au régime de l'autorisation préfectorale jusqu'à 4,5 mégawatts tandis qu'une puissance supérieure relève d'une concession accordée par le préfet ou par le ministre chargé de l'énergie lorsqu'ils dépassent 100 mégawatts. Ces approbations valent autorisation au titre des installations électriques et de la loi sur l'eau²⁰¹⁷.

La controverse a longtemps portée sur la nature juridique des ouvrages hydrauliques concédés, *a fortiori* postérieurement à l'ouverture à la concurrence de la production d'électricité. Dans l'arrêt *Époux de Sigalas*, le Conseil d'État leur reconnaît la qualification de concession de travaux publics²⁰¹⁸. L'exégèse est complétée par un important avis d'assemblée précisant que les travaux entrepris par le concessionnaire présentent le caractère de travaux publics mais que les

1969, p. 184

²⁰¹³ Circulaire du ministre chargé du développement durable du 7 juin 2010, développement de l'énergie éolienne terrestre, D10010516 ; A. GOSSEMENT, "Une filière d'avenir souffre : l'éolien", 28/08/2012, www.arnaudgossement.com

²⁰¹⁴ J.P. GAZZANIGA, J.P. OURLIAC et X. LARROUY-CASTERA, *L'eau: usages et gestion*, Litec, 1998, p. 202 ; F. DAMBRINE, *Rapport sur les perspectives de développement de la production hydroélectrique en France*, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, La documentation française, mars 2006

²⁰¹⁵ J. POIRET, *Droit de l'hydroélectricité*, Economica, nov. 2004, p. 54 et s.

²⁰¹⁶ Sur l'exploitation de l'énergie hydraulique sur des droits fondés en titre: P. BOYER, "Polices spéciales de l'eau et protection des milieux aquatiques", *JCL env.*, fasc. 2960, 31/05/2005 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p. 103 ; CE, 21 mai 2008, n° 271736, Sté SJS : JurisData n° 2008-073588, P. SABLIERE, "Les titulaires d'usines fondées en titre ne peuvent se prévaloir d'autres droits permanents que ceux résultant de leur titre", *RJEP*, n° 657, comm. 41, oct. 2008

²⁰¹⁷ C. énerg., art. L.312-2 et L.511-2

²⁰¹⁸ CE, 28 juin 1928, *Épx de Sigalas c/ Sté hydro-électrique et métallurgique du Palais*, S. 1928, 3, p. 113, concl. JOSSE, note HAURIOU ; confirmé par CAA Bordeaux, 10 mars 1994, Sté d'aménagement et d'exploitation du ruisseau des Ondes, n° 90BX00645, 90BX00646 et 91BX00655 ; M. ALBRESPIY, *La nature juridique des concessions d'énergie hydraulique de la loi du 16 octobre 1919*, thèse droit, Toulouse, 1929 ; L. RICHER : *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 6e éd., 2008, p. 487

Le Gouvernement organisé de l'énergie

concessions hydrauliques constituent des délégations de service public²⁰¹⁹. Dans un avis d'assemblée du 29 avril 2010, le Conseil ajoute que : « *cette loi a entendu donner à l'ensemble des ouvrages de production d'énergie hydroélectrique concédés, que la personne qui en est propriétaire soit publique ou privée, le caractère d'ouvrage public* »²⁰²⁰. Par conséquent, les régimes juridiques des travaux et de l'ouvrage publics s'appliquent aux installations concédées, tandis que les microcentrales pourraient relever de la responsabilité civile de droit commun²⁰²¹.

Le Conseil d'État est également intervenu pour préciser que les décisions relatives à la réalisation et à l'exploitation des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique relèvent d'un contentieux de pleine juridiction, dans des conditions fixées par l'article L.514-6 du code de l'environnement. Par conséquent, le juge administratif dispose de pouvoirs étendus pour se prononcer sur l'existence, la portée, les modalités ou l'exécution d'une situation juridique individuelle²⁰²². De plus, il peut remplacer les décisions contestées par ses propres prescriptions, en se fondant sur la législation en vigueur au moment du litige²⁰²³.

L'énergie hydraulique se caractérise donc par la prépondérance d'un régime de droit public destiné à préserver la pérennité des installations mais également à faciliter l'indemnisation des riverains en cas de dommages. L'originalité tient au fait que ces installations sont en principe exploitées par des personnes privées. Des prérogatives d'un autre genre s'appliquent aux énergies géothermique et à la biomasse.

b) Les droits des énergies géothermique et de la biomasse

La géothermie qui provient du grec Géo (Terre) et Thermos (chaud) est l'énergie issue de la chaleur du sous-sol. Son régime juridique devrait être fondé sur l'article 552 du code civil disposant que « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ». Cependant, ce principe est remis en cause par un encadrement des gîtes géothermiques au titre du code minier conformément à l'adage *specialia generalibus derogant*²⁰²⁴. L'encadrement par le droit minier est parfois critiqué au motif que ce dernier à vocation à encadrer des ressources vouées à l'épuisement alors que l'énergie

²⁰¹⁹ CE, 28 sept. 1995, n° 357262 et 357263 ; F. SABIANI, "La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué", *DA*, n° 6, étude 12, juin 2008 ; v. également CE, 19 janv. 1973, *Rivière du Sant*, *CJEG*, 1973, jur., p. 607, concl. ROUGEVIN-BAVILLE ; CE, avis du 15 nov. 1928, *Bull. ch. Synd. Hydr.*, 1929, p. 133 ; confirmé par CE, ass., avis n°357262 et 357263 du 28 sept. 1995, rapport public 1995, p. 402

²⁰²⁰ CE, ass., avis, 29 avr. 2010, n° 323179, *Béligaud*, *JurisData* n° 2010-005467, concl. M. GUYOMAR, *RFDA*, 2010, p. 557 ; note S. BRONDEL, *AJDA*, 2010, p. 926 ; J.-L. PISSALOUX, "L'ouvrage public appartenant à une personne privée", *DA*, n° 10, comm. 132, oct. 2010 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, "Une question sous tension : la nature des ouvrages appartenant à EDF", *AJDA*, 2010, p.1642

²⁰²¹ CA. Toulouse, Ch. 1, 12 Oct. 1992, *Sté hydroélectrique de gestion Muel David*, *JurisData* : 1992-046141 ; CA. Nîmes, Ch. Civ. 1, section B, 12 Oct. 2010, n° 568, 08/02001

²⁰²² P. SABLIERE, "Le contentieux de la réalisation et de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques relève de la pleine juridiction", *RJEP*, n° 653, comm. 22, mai 2008

²⁰²³ CE, 10 déc. 2007, n° 288456, *Lorette et SARL Forces énergies électriques*, *Juris-Data* n° 2007-072845 ; *JCP A*, 2007, act. 1114, note P. BILLET, *JCP A*, n° 11, 11/02/2008, 2033

²⁰²⁴ C. min., art. L.112-1 ; le code minier distingue les gîtes géothermiques à haute température caractérisés par une température supérieure à 150°C des gîtes à basse température et ceux dits de minime importance: décret n°78-498 du 28 mars 1978 relatif aux titres de recherche et d'exploitation de géothermie, *JORF* du 4 avril 1978 p. 1493 ; Rép. min. n° 00201 : *JO Sénat Q*, 11 sept. 2008, p. 1822, "Géothermie et police de l'eau : quelles sont les autorisations exigées pour effectuer un forage ?", *Constr.-Urb.*, n°&à, oct. 2008, alerte 55

Une discipline juridique

géothermique constitue une ressource renouvelable qui se régénère sous l'effet du magma²⁰²⁵. La justification se fonde sur l'importance de cette matière pour l'économie nationale, sa rareté, et la nature des travaux d'exploitation souterrains exposant le personnel à des dangers spéciaux et à des contraintes particulières²⁰²⁶.

La nature juridique de la chaleur est précisée par l'article L.131-4 du code minier qui la qualifie de bien meuble. La doctrine est en revanche divisée sur la nature du droit applicable à la ressource. Néanmoins, l'assimilation de la géothermie au régime minier devrait conduire à retenir la qualification de « *droit réel administratif* »²⁰²⁷.

La chaleur d'origine renouvelable peut également être valorisée à partir de la biomasse, définie par l'article L.211-2 du code de l'énergie comme « *la fraction biodégradable des produits, déchets et résidus provenant de l'agriculture, y compris les substances végétales et animales issues de la terre et de la mer, de la sylviculture et des industries connexes, ainsi que la fraction biodégradable des déchets industriels et ménagers* »²⁰²⁸. La production d'énergie thermique fait l'objet d'un régime déclaratif auprès du ministre chargé de l'énergie pour les installations d'une puissance supérieure à 3500 kilowatts²⁰²⁹. Les considérations environnementales sont quant à elles encadrées par le régime ICPE, au titre des installations de combustion.

Les règles relatives au transport et au stockage relèvent du livre VII du code de l'énergie relatif aux réseaux de chaleur et de froid. Ces dispositions se caractérisent par un régime incitatif en faveur des installations alimentées à plus de 50% par une énergie renouvelable ou de récupération. Dans ce cas, une collectivité territoriale ou un groupement peut délimiter des zones ou des périmètres de développement prioritaire afin de raccorder à ce réseau, tout bâtiment neuf ou faisant l'objet de travaux de rénovation importants, des installations industrielles ou de chauffage de locaux, de climatisation ou de production d'eau chaude excédant un niveau de puissance de 30 kilowatts²⁰³⁰. Ces canalisations peuvent également être déclarées d'intérêt général pour imposer leur établissement et leurs accessoires, ainsi que des servitudes pour accéder au terrain et effectuer des travaux d'entretien et de réparation²⁰³¹. La chaleur peut être stockée dans des conditions prévues par

²⁰²⁵ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p. 84

²⁰²⁶ Telle est la position de la Commission supérieure de codification : COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006*, La documentation française, 2007, p. 26 ; les gîtes à haute température sont rares et concentrés dans les régions volcaniques, leur recherche est difficile et coûteuse. Les gîtes à basse température sont généralement des sources chaudes d'eau salée, sensiblement plus nombreux : J. PERSONNAZ, F. VERRIER et P. JALLADE, "Droit des mines - Régime des recherches minières", *JCL A*, Fasc. 370, 23/02/2004

²⁰²⁷ J. PERSONNAZ, F. VERRIER et P. JALLADE, "Droit des mines - Institution des titres miniers", *JCL A*, Fasc. 371, 23/02/2004

²⁰²⁸ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p. 225-249 ; F. LATULLAIE et B. KERN, "Les principales dispositions relatives à la biomasse", *AJCT*, 2010, p.12 ; B. LE BAUT-FERRARESE, "La loi d'orientation agricole du 5 février 2006 et les énergies renouvelables", *Env.*, mars 2006, p.10-13 ; D. LANDBECK, "Le régime juridique des biocarburants", *Env.*, n° 6, 01/06/2007, p.11-17 ; D. DÜRR, "Transports et énergie : le cas des biocarburants", *Rev. Dr. transport.*, dossier 2, juill. 2009 ; F. MODERNE, "Le droit des énergies renouvelables observations sur le modèle espagnol", *Pour un droit commun de l'environnement- Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.1408-1422

²⁰²⁹ C. éner., art. L.711-1

²⁰³⁰ C. éner., art. L.712-3

²⁰³¹ C. éner., art. L.721-4

le code minier²⁰³².

La biomasse peut être valorisée sous la forme de biocarburants, dont les installations de transformation peuvent relever du régime ICPE. Un régime incitatif de droit fiscal contribue à promouvoir cette activité²⁰³³. La technique de l'agrément fiscal, décision individuelle créatrice de droits délivrée par le ministre du budget, confère à son titulaire le bénéfice d'exonérations fiscales partielles sur la TIPP, dont le montant est annuellement précisé par la loi de finances²⁰³⁴. Cette incitation se complète d'une réduction de la taxe intérieure de consommation, et d'un régime juridique applicable à l'huile végétale pure permettant l'autoconsommation dans les activités agricoles ou pour l'avitaillement des navires de pêche professionnelle²⁰³⁵.

Les énergies géothermiques et de la biomasse ont pour trait commun d'inciter à valoriser la ressource dans le cadre d'un régime juridique dérogatoire du droit minier, et de prérogatives exorbitantes du droit commun, en reconnaissant l'intérêt général des infrastructures.

Chaque source d'énergie bénéficie donc d'un encadrement particulier, selon des champs juridiques variables en fonction des objectifs et des impératifs établis par le pouvoir normatif. Le droit de l'énergie marque sa spécificité en portant exclusivement son objet sur l'énergie, contribuant à renforcer son autonomie au sein des disciplines juridiques. Cependant, le droit de l'énergie constitue davantage qu'une somme de règles relatives aux sources d'énergie parce qu'il encadre toute la chaîne des activités énergétiques, de la production à la valorisation, en d'autres termes, le cycle de l'énergie.

II. Le droit du cycle de l'énergie

Le cycle de l'énergie comprend l'ensemble des activités du secteur énergétique présentées sous la forme d'une chaîne d'amont en aval, comprenant l'exploration, la production, la conversion, le stockage, le transport, la distribution, la consommation et la valorisation des différentes sources d'énergie. Le droit de l'énergie encadre ce cycle sectoriellement (A) mais comprend également des instruments reposant sur une vision (B).

A. Un encadrement sectorisé du secteur énergétique

Alors que les secteurs électriques et gaziers se caractérisaient depuis la loi du 8 avril 1946

²⁰³² C. min, art. L.126-1 et s. ; art. L. 135-1 et s.

²⁰³³ B. LE BAUT-FERRARÈSE, "La loi d'orientation agricole du 5 février 2006 et les énergies renouvelables", *Env.*, mars 2006, p.10-13

²⁰³⁴ Décret n° 2004-506 du 7 juin 2004 relatif aux modalités d'application de l'article 265 bis A du code des douanes, *JORF* n°133 du 10 juin 2004, p. 10236 ; D. LANDBECK, "Le régime juridique des biocarburants", *Env.*, n°6, 01/06/2007, p.11-17 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p. 97-100

²⁰³⁵ Cons. UE, déc. n° 2002/266/CE, 25 mars 2002 autorisant la France à appliquer un taux différencié de droits d'accises sur les biocarburants conformément à l'article 8§4, de la directive 92/81/CEE, *JOUE*, n° L 92, 9 avr. 2002, p. 22 ; directive 2003/96/CE du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, *JOUE*, n° L 283, 31 oct. 2003, p. 51 ; code des douanes: art. 265 bis A ; code des douanes : art. 265 quater ; décret n° 2007-446 du 25 mars 2007 fixant les mesures auxquelles doivent se conformer les distributeurs et les utilisateurs d'huiles végétales pures en application de l'article 265 quater du code des douanes, *JORF* n°74 du 28 mars 2007 p. 5742 ; D. DÜRR, "Transports et énergie : le cas des biocarburants", *Rev. Dr. transport.*, dossier 2, juill. 2009

Une discipline juridique

par des établissements publics réalisant l'ensemble des activités du cycle de leur énergie respective, l'ouverture de ces marchés à la concurrence conduit à scinder les activités d'amont (1) en aval (2).

1) L'encadrement des activités en amont

L'amont du secteur énergétique se matérialise dans les activités de production (a) et de stockage d'énergie (b).

a) La production d'énergie

Le droit de produire de l'énergie a été renforcé par l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz à la concurrence et s'exerce sous réserve de formalisme. L'encadrement peut trouver sa source dans le droit de l'énergie. Ainsi, la production d'électricité est soumise à un régime d'autorisation préalable pour les ouvrages d'une puissance supérieure à 4,5 mégawatts²⁰³⁶. L'usage de l'énergie hydraulique s'opère quant à lui dans le cadre d'une autorisation voire d'une concession pour les ouvrages dépassant une puissance de 4,5 mégawatts²⁰³⁷.

Le régime juridique peut également résulter du droit applicable à l'énergie. Des autorisations sont requises par le droit de l'environnement pour des éoliennes terrestres de plus de cinquante mètres, des installations de méthanisation lorsque les matières traitées sont supérieures à cinquante tonnes par jour, et des installations de combustion d'une puissance supérieure à vingt mégawatts²⁰³⁸. Le régime d'autorisation peut encore trouver sa source dans le droit de l'urbanisme lorsque des panneaux solaires photovoltaïques installés au sol dépassent des limites de hauteur ou de puissance²⁰³⁹. Le droit minier régit quant à lui l'exploitation des énergies minières.

Le droit de l'énergie ne dispose donc pas du monopole juridique dans l'encadrement de la production d'énergie. L'analyse du régime juridique démontre que sous réserve de respecter les prescriptions correspondantes, toute personne dispose d'un droit de produire de l'énergie. Néanmoins, des exceptions peuvent se manifester à l'instar des gisements de gaz de schiste qui ont donné lieu à des permis exclusifs de recherche avant que le Parlement ne se saisisse de la question en interdisant le recours à la fracturation hydraulique, sur le fondement du principe de précaution²⁰⁴⁰.

Afin d'ajuster la production et contribuer à la sécurité des approvisionnements énergétiques, des règles stratégiques sur le stockage d'énergie complètent l'encadrement de l'amont du cycle énergétique.

b) Le stockage d'énergie

Les articles L.642-2 et suivants du code de l'énergie prévoient la constitution et la conservation de « *stocks stratégiques* » de pétrole par les opérateurs, équivalant à au moins à 90

²⁰³⁶ Décret n°2000-877 du 7 septembre 2000 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité, *JORF* n°210 du 10 septembre 2000, p. 14214

²⁰³⁷ C. éner., art. L.511-1 et s.

²⁰³⁸ C. env., art. R.511-9

²⁰³⁹ C. urb., art. R.421-1 et 9

²⁰⁴⁰ Proposition de loi n°3301 du 31 mars 2011 visant à abroger les permis exclusifs de recherches d'hydrocarbures non conventionnels et à interdire leur exploration et leur exploitation sur le territoire national

Le Gouvernement organisé de l'énergie

jours de la consommation intérieure journalière moyenne pendant l'année civile précédente²⁰⁴¹. Ces dispositions sont mises en œuvres par la législation sur les installations classées du code de l'environnement, et dans le cadre des concessions de l'article L.231-1 du code minier pour le stockage souterrain d'hydrocarbures.

L'article L.421-4 du code de l'énergie oblige tout fournisseur de gaz naturel à détenir en France au 31 octobre de chaque année, des stocks permettant de remplir ses obligations contractuelles pour la période comprise entre le 1er novembre et le 31 mars²⁰⁴². Contrairement aux stocks pétroliers où la police administrative se limite à une amende plafonnée, le ministre chargé de l'énergie peut en cas de manquement, mettre en demeure le fournisseur ou son mandataire de réaliser ses obligations²⁰⁴³. Une méconnaissance de l'injonction est passible d'une sanction pécuniaire pouvant atteindre le double de la valeur des stocks qui font défaut, une suspension pour une durée n'excédant pas un an ou un retrait de l'autorisation de la fourniture de gaz. Ce stockage est réalisé dans les conditions de l'article L.231-1 du code minier.

Le code de l'énergie comprend un chapitre sur le stockage de chaleur mais se borne à renvoyer aux dispositions du code minier²⁰⁴⁴. En effet, l'exploitation d'un stockage souterrain d'énergie calorifique est soumise aux articles L. 134-4 à 10 dudit code, relatifs aux gîtes géothermiques à basse température²⁰⁴⁵.

Les régimes juridiques relatifs au stockage d'énergie agissent comme un révélateur des finalités propres à chaque champ juridique : le droit de l'énergie intervient pour sécuriser les approvisionnements énergétiques, le droit minier régit l'usage du sous-sol, tandis que le droit de l'environnement se charge de limiter les nuisances. Ces règles illustrent également le rôle de pivot du stockage entre la production et les activités en aval du cycle de l'énergie.

2) L'encadrement des activités en aval

Les activités en aval du secteur énergétique concernent les réseaux (a) et le commerce d'énergie (b).

a) L'accès aux réseaux d'énergie

Les réseaux d'électricité et de gaz comportent des ouvrages de transport et de distribution. Ces dernières trouvent leur origine dans loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, tandis le transport apparait entre les deux guerres. Le critère du classement pour l'électricité trouve son origine dans l'article 2 du cahier des charges type de la concession du réseau d'alimentation générale en énergie électrique approuvé par le décret du 23 décembre 1994²⁰⁴⁶. L'article L.321-4 du code de

²⁰⁴¹ Directive 2006/67/CE du Conseil du 24 juillet 2006 faisant obligation aux États membres de maintenir un niveau minimal de stocks de pétrole brut et/ou de produits pétroliers, *JOUE* L 217 du 08/08/2006, p. 8-15

²⁰⁴² S. BERGET et B. BROSSARD, "La gestion des flux physiques et financiers au titre du contrat de stockage de gaz naturel", *JCP E*, n°39, 30/09/2010, 1839

²⁰⁴³ M. LONG, "Gaz", *JCL adm*, fasc. 153, 08/02/2007 ; S. NICINSKI et P. PINTAT, "La libéralisation du secteur gazier", *AJDA*, 2003, p.223

²⁰⁴⁴ C. éner., art. L.731-1

²⁰⁴⁵ C. min, art. L.126-1 et s.et L. 135-1 et s.

²⁰⁴⁶ Décret du 23 décembre 1994 approuvant le cahier des charges type de la concession à Electricité de France du réseau d'alimentation générale en énergie électrique, *JORF* n°300 du 28 décembre 1994, p.18564 ; décret n° 2005-172

Une discipline juridique

l'énergie lui confère une valeur législative en disposant que les réseaux de transports sont ceux détenus par RTE ainsi que ceux d'une tension supérieure ou égale à 50 kilovolts établis après le 11 août 2004. *A contrario*, les installations de puissance inférieure correspondent au réseau de distribution, celui-ci étant constitué d'ouvrages de moyenne et de basse tension²⁰⁴⁷. La gestion du réseau de transport d'électricité est exercée par RTE, filiale à 100% d'EDF, dans le cadre d'une concession accordée jusqu'au 31 décembre 2051²⁰⁴⁸.

Le réseau de transport de gaz est constitué des ouvrages de haute pression tandis que ceux de moyenne et de basse pression concernent la distribution²⁰⁴⁹. La construction et l'exploitation de canalisations sont régies par les articles L.555-1 et suivants du code de l'environnement, concernant plus largement les canalisations de transport de gaz, d'hydrocarbures et de produits chimiques²⁰⁵⁰. La gestion de la distribution d'électricité et de gaz est assurée par les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération dans le cadre de concessions²⁰⁵¹.

La non-duplicabilité de ces réseaux conduit à leur appliquer un régime juridique inspiré de la théorie des infrastructures essentielles fondé sur une gestion par des sociétés en situation de monopole ou d'oligopole, et un ensemble de mesures visant à éviter des distorsions de concurrence²⁰⁵². Il se traduit par une administration de ces réseaux par des personnes morales distinctes de celles exerçant les activités de production ou de commerce d'énergie, et des critères en termes de transparence²⁰⁵³. Ces dispositions sont complétées par l'adoption de codes de bonne conduite, des obligations de confidentialités pour les informations sensibles, une dissociation comptable pour les sociétés exerçant des activités en dehors du secteur énergétique, et des

du 22 février 2005 définissant la consistance du réseau public de transport d'électricité et fixant les modalités de classement des ouvrages dans les réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, *JORF* n°47 du 25 février 2005 p.3259 ; P. SABLIERE, *Droit de l'électricité, textes et commentaires*, Dalloz, 2003, p. 109 ; P. SABLIERE, "La nouvelle concession du réseau de transport d'électricité", *AJDA*, 2009, p.462

²⁰⁴⁷ CGCT, art. L.2224-31-IV

²⁰⁴⁸ C. énerg., art. L. 111-11 ; décret n° 2005-1069 du 30 août 2005 approuvant les statuts de la société RTE EDF Transport, *JORF* n°202 du 31 août 2005 p. 14096 ; P. SABLIERE, "La nouvelle concession du réseau de transport d'électricité", *AJDA*, 2009, p.462

²⁰⁴⁹ Décret n°85-1108 du 15 octobre 1985 relatif au régime des transports de gaz combustibles par canalisations, *JORF* du 17 octobre 1985 p. 12071 ; P. LOMBART, "Le régime juridique du transport et de la distribution de gaz", *CJEG*, 1989, p.3-19 ; la loi de 1946 a permis le maintien de distributeurs non nationalisés tant pour l'électricité que pour le gaz ; I. DAMAY, "Gas storage in France", *OGLETR*, n°.5, 1999, p.117-124 ; décret n°61-1191 du 27 octobre 1961 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 37 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et celle du gaz, *JORF* du 3 novembre 1961 p. 9996

²⁰⁵⁰ C. énerg., L.431-1 ; M. LONG, "Gaz", *préc.* ; P. LOMBART, "Le nouveau régime juridique du transport de gaz en France", *CJEG*, n°.625, nov. 2005, p.397-409 ; M. LONG, "La libéralisation du gaz: commentaire de la loi du 3 janvier 2003", *DA*, fév. 2003, p. 6-11 ; P. LOMBART, "Le secteur du gaz entre liberté et contrôle - la loi du 3 janvier 2003", *CJEG*, n°.598, mai 2003, p.278-298 ; selon les futurs termes de l'article L. 555-1 du code de l'environnement: « une canalisation de transport comprend une ou plusieurs conduites ou sections de conduites, ainsi que les installations annexes qui contribuent, le cas échéant, à son fonctionnement. Elle achemine des produits liquides ou gazeux à destination de réseaux de distribution, d'autres ouvrages de transport, d'entreprises industrielles ou commerciales, de sites de stockage ou de chargement ».

²⁰⁵¹ CGCT, art. L.224-31 à 37

²⁰⁵² G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles (Essentialité et droit communautaire de la concurrence)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, 2009, tome 124 ; J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public, thèse droit, L'Harmattan*, thèse droit, 2004, p.115 et s.

²⁰⁵³ C. énerg., art. L.111-7

Le Gouvernement organisé de l'énergie

obligations d'entretien et de développement des réseaux²⁰⁵⁴. Figurent également des engagements en termes de qualité de l'énergie produite et d'équilibre des flux sur le réseau, inscrits dans les autorisations et les cahiers des charges de concession. Ces mesures visent à assurer l'effectivité du droit d'accès aux réseaux, et plus largement la sécurité des approvisionnements énergétiques²⁰⁵⁵.

Ces dispositions nombreuses et précises tranchent avec celles relatives au passage des canalisations de transport et de distribution de chaleur et de froid dont la procédure décentralisée se compose éventuellement d'une déclaration de projet au titre de l'article L.126-1 du code de l'environnement, et dans certains cas, d'une procédure de classement ou une déclaration d'intérêt général au titre du code de l'énergie.

La comparaison de ces régimes démontre que le droit de l'énergie peut se faire discret en privilégiant un régime de liberté, ou prévoir des prescriptions détaillées lorsque des enjeux relatifs à la sécurité énergétique l'exigent. Les dispositions relatives au commerce d'énergie confortent ce raisonnement.

b) Le commerce d'énergie

Le commerce d'énergie constitue une branche complémentaire du cycle énergétique instauré par l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz à la concurrence²⁰⁵⁶. Elle constitue une activité commerciale consistant à acheter de l'énergie pour la revendre au consommateur final²⁰⁵⁷. Elle est soumise à une autorisation du ministre chargé de l'énergie délivrée en fonction des capacités techniques, économiques et financières du demandeur, et de son aptitude à honorer des obligations de service public propres à cette activité²⁰⁵⁸. En cas de manquement, le ministre peut prononcer une sanction pécuniaire, suspendre l'autorisation pour une durée n'excédant pas un an, voire interdire l'activité lorsqu'elle est susceptible de mettre en cause le bon fonctionnement, la sécurité, et la sûreté des réseaux publics²⁰⁵⁹. Elle donne également accès aux bourses de l'électricité et du gaz gérées par Powernext²⁰⁶⁰.

Alors que le commerce d'énergie résulte d'une volonté d'ouvrir l'activité à la concurrence, son régime juridique se caractérise par un contrôle du ministre chargé de l'énergie et des obligations

²⁰⁵⁴ C. énerg., art. L.111-1

²⁰⁵⁵ L. RICHER, "La loi du 10 février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public", *AJDA*, 20/03/2000, p.239 ; F. WEINGARTEN, "La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire", *CJEG*, déc. 1998, p.461-480 ; B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de sciences po et Dalloz, 2004, p. 162 ; J. ARLETTAZ, "L'exigence d'impartialité dans la gestion des infrastructures de réseaux", *JCPA*, n°.52 et 1, 2307 et 2007, 21 déc. 2009, 4 janv. 2010

²⁰⁵⁶ X. MATHARAN et P. PINTAT, "La libéralisation du secteur de l'électricité et la mise en concurrence des contrats de fourniture", *CJEG*, n°.581, nov. 2001, p.431-438 ; C. Douanes, art. 266 quinquies C: « un fournisseur d'électricité s'entend de la personne qui produit ou achète de l'électricité en vue de la revendre à un consommateur final ».

²⁰⁵⁷ N. CHARBIT, "L'ouverture du négoce d'électricité, exercice d'interprétation constructive", *D.*, Chron. 2962, 2001 ; J.-M. CHEVALLIER et M.-A. FRISON-ROCHE, "Peut-on interdire le commerce pur de l'électricité ?", *Le Monde*, 29/07/1999

²⁰⁵⁸ C. énerg., art. L.333-1 ; L.443-1 ; *inter alia*, Arrêté du 5 novembre 2010 autorisant la société Gazprom Marketing & Trading Retail Limited à exercer l'activité de fourniture de gaz naturel, *JORF* n°265 du 16 novembre 2010, p. 20395

²⁰⁵⁹ C. énerg., art. L.333-3 et 4

²⁰⁶⁰ CRE, délibération du 20 sept. 2001 sur le projet de règles de marché de powernext ; G. CHAVRIER, "Electricité", *préc.*

renforcées²⁰⁶¹. Cette particularité conforte la place prépondérante du droit public de l'énergie.

Alors que le cycle de l'énergie est appréhendé sectoriellement, des instruments le complètent dans une appréhension commune du secteur énergétique.

B. Le support d'un régime juridique commun sur l'énergie

Thomas Dubreuil déplore « *un manque de vision concertée de l'énergie en France* » et « *le manque de pénétration du principe d'intégration dans les réglementations nationales* »²⁰⁶². Cette critique se révèle dans le droit du cycle de l'énergie, constitué d'une addition de régimes juridiques marqués par des spécificités propres. Cependant, une approche commune du secteur pourrait se développer en se recourant à des règles transversales (1) et des perspectives d'harmonisation (2).

1) Des règles transversales

Deux maillons pourraient compléter l'encadrement du cycle énergétique pour une approche commune de l'énergie par le droit, concernant la maîtrise de la demande en énergie (a), et la valorisation énergétique (b).

a) La maîtrise de la demande en énergie

Selon Ivan Illich : « *passé un certain seuil, la croissance des valeurs marchandes engendre de plus en plus de dégâts sociaux, donc de moins en moins de valeur d'usage* »²⁰⁶³. Cette remarque s'applique au secteur de l'énergie pour lequel la réduction des consommations constitue une priorité. En ce sens, la maîtrise de la demande en énergie consiste à adopter des mesures en faveur de l'efficacité et de la sobriété énergétique. Outre sa vocation transversale, elle permet de sécuriser les approvisionnements énergétiques par une réduction de la demande en énergie. Elle contribue au droit à l'énergie par une réduction de la facture énergétique, et à l'énergie propre par une amélioration de la qualité de vie et une réduction des dépenses de santé.

Suite aux chocs pétroliers, une activité créatrice s'était développée dans les milieux universitaires, syndicaux, et associatifs pour démontrer que les besoins économiques et sociaux pouvaient être satisfaits par des consommations d'énergie très inférieures, en modifiant les structures de la consommation et les techniques d'utilisation²⁰⁶⁴. La méthode consistait à évaluer les potentiels d'optimisation dans les domaines de l'habitat, des transports, et de l'aménagement du territoire en vue de créer des synergies et permettre une réduction des consommations. Les chocs pétroliers ont également conduit à des programmes de recherche et de développement innovants dans l'amélioration des procédés industriels, des matériaux de construction, et des biens de consommation²⁰⁶⁵.

Cependant, un prix bas de l'énergie incite au gaspillage. Le contre-choc pétrolier qui s'est

²⁰⁶¹ A. LE GALL, "La loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité : le transitoire appelé à durer", *JCP A*, n°3, 03/02/2011, 1076

²⁰⁶² T. DUBREUIL, "Gaz de schiste : quelles implications pour le droit de l'environnement et du développement durable ? ", *préc.*

²⁰⁶³ I. ILLICH, *Energie et équité*, éd. du Seuil, 1973

²⁰⁶⁴ B. LAPONCHE, *Maîtriser la consommation d'énergie*, éd. le Pommier, fév. 2004

²⁰⁶⁵ *Ibidem*

Le Gouvernement organisé de l'énergie

traduit par un baril de pétrole brut à un dollar, a restreint significativement la dépense publique en faveur de la maîtrise de l'énergie. Le trafic aérien connaît désormais un taux de croissance annuel de 5% et la consommation d'énergie du secteur routier a augmenté de 44% entre 1985 et 2000. Néanmoins, une politique s'est poursuivie *a minima* dans ce domaine à travers le Plan national d'amélioration de l'efficacité énergétique. Des prospections sur la demande en énergie sont réalisées par le Commissariat général du plan, tandis que l'association *Negawatt* établit des scénarios visant une transition énergétique fondée sur la sobriété et un approvisionnement reposant intégralement sur des énergies renouvelables²⁰⁶⁶. Ils démontrent que si un « *facteur 4* » peut être envisagé à l'horizon 2050, celui-ci implique une politique énergétique volontariste et des instruments juridiques adaptés. Or, bien que l'article 3 de la loi POPE fixe un objectif de baisse de l'intensité énergétique finale de 2% dès 2015 et de 2,5% d'ici 2030, le droit de l'énergie manque d'instruments consacrés à cette cause. En effet, hormis les mesures relatives aux certificats d'économie d'énergie et aux installations de chauffage et de climatisation, le code de l'énergie se borne à renvoyer au code de la construction et de l'habitation concernant les caractéristiques thermiques et la performance énergétique des constructions, et au code de la route pour les dispositions techniques concernant les véhicules en matière d'énergie.

Dès lors, une politique nationale ambitieuse en matière de maîtrise de l'énergie requerrait de développer ces moyens. La priorité devrait être accordée à la suppression des subventions en faveur des énergies minières dont la priorité est rappelée par l'AIE afin d'« *augmenter la sécurité énergétique, réduire les émissions de gaz à effet de serre et la pollution de l'air, et en retirer des bénéfices économiques* »²⁰⁶⁷. Les montants économisés pourraient être redistribués sous la forme d'incitation en faveur des appareils offrant les meilleurs critères de performance énergétique, les transports en commun, et le conseil aux entreprises et aux particuliers²⁰⁶⁸. Des instruments juridiques pourraient également intégrer le droit de l'énergie pour améliorer progressivement la performance énergétique des biens consommateurs d'énergie, inciter à la rénovation de l'habitat ancien, et étendre l'étiquetage énergétique. De plus, la politique énergétique et ses instruments juridiques pourraient se compléter pour orienter les comportements et éviter des effets secondaires néfastes tels que l'effet rebond, consistant à compenser les réductions d'énergie par des consommations complémentaires²⁰⁶⁹.

Les dispositions concernant la maîtrise de la demande en énergie présentent un caractère embryonnaire et la doctrine y voit un corps de règles en devenir²⁰⁷⁰. Elles présentent l'originalité

²⁰⁶⁶ Y. COCHET, *Stratégie et moyens de développement de l'efficacité énergétique et des sources d'énergie renouvelables en France*, La documentation française, 2000 ; COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU PLAN, *Energie 2010-2020 : Les chemins d'une croissance sobre* Paris, La documentation française, sept. 1998 ; C. COUTURIER, M. JEDLICZKA et T SALOMON, "Scénario Négawatt pour un avenir énergétique sobre, efficace et renouvelable", *Les cahiers de GLOBAL CHANCE*, n°17, sept.2003 ; www.negawatt.org

²⁰⁶⁷ AIE, *Worlds Energy Outlook 2010*, 2011

²⁰⁶⁸ J. PERSHING et J. MACKENZIE, "Removing Subsidies: Levelling the Playing Field for Renewable Energy Technologies", in D. ASSMANN, U. LAUMANN et D. UH, *Renewable Energy - A Global Review of Technologies, Policies and Markets*, Earthscan, 2006, p.131-152

²⁰⁶⁹ B. BARTON, "The Law of Energy Efficiency", in D.N. ZILLMAN, C. REDGWELL, Y. O. OMOROGBE et L.K. BARRERA-HERNANDEZ, *Beyond the Carbon Economy - Energy Law in Transition*, Oxford University Press, 2007, p.61-80

²⁰⁷⁰ R. PEYLET, "Le code de l'énergie", *RFDA*, 2011, p. 905

d'aborder le cycle énergétique dans la transversalité, au même titre que la valorisation énergétique.

b) La valorisation énergétique

La valorisation énergétique consiste à exploiter des gisements potentiels pour les convertir en source d'énergie. Elle peut être appliquée à l'ensemble du cycle de l'énergie : de la production à la consommation, de la consommation vers la production.

Alors que la valorisation énergétique constitue un maillon essentiel du cycle énergétique, le code de l'énergie demeure discret à son sujet. Néanmoins certaines dispositions innovantes y figurent telles que l'article L.711-2 disposant que « *préalablement à la mise en service de toute centrale électrique d'une puissance supérieure à 100 mégawatts, un producteur est tenu de présenter à l'autorité administrative une étude technique et économique des possibilités d'utilisation des rejets thermiques ou de la vapeur soutirée soit aux sorties des générateurs, soit en cours de détente pour le chauffage urbain ou pour tout emploi industriel ou agricole existant ou potentiel* ». Cette disposition présente un caractère original mais s'avère trop rare pour engager une valorisation énergétique ambitieuse. En effet, les demandes d'autorisation de production d'énergie demeurent dénuées d'évaluation préalable du potentiel d'énergie valorisable. Pourtant, suite à une telle évaluation, des prescriptions pourraient être adoptées dans l'autorisation administrative, et intégrer le cahier des charges des concessions de transport, de distribution et de stockage d'énergie, pour réaliser ce potentiel. Elle pourrait se réaliser dans le cadre du bilan énergétique et conditionner des appels d'offres de production d'énergie²⁰⁷¹.

En complément, la valorisation énergétique pourrait intégrer la planification territoriale. Les schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie y font référence puisqu'ils doivent prévoir : « *par zones géographiques, les objectifs qualitatifs et quantitatifs à atteindre en matière de valorisation du potentiel énergétique terrestre, renouvelable et de récupération et en matière de mise en œuvre de techniques performantes d'efficacité énergétique telles que les unités de cogénération, notamment alimentées à partir de biomasse* »²⁰⁷². Le schéma des services collectifs de l'énergie procède également à une évaluation du potentiel énergétique national valorisable, tant en matière de production que de maîtrise de l'énergie. Il contient des propositions dans les secteurs des transports, de la recherche, et de l'industrie, constituant en cela une source d'inspiration pour intégrer la valorisation énergétique dans les champs juridiques sectoriels. Une mise à jour de l'instrument pourrait être l'occasion d'étendre le champ d'application à des gisements sous-exploités comme les déchets et la ressource sylvicole.

La valorisation énergétique met en lumière un droit de l'énergie qui a considérablement évolué ces dernières années, mais dont les capacités d'adaptation demeurent importantes avant d'envisager un régime juridique commun sur l'énergie. Elle témoigne également de la capacité pour le droit de l'énergie d'appréhender dans sa transversalité. Cette démonstration conduit à prolonger l'exégèse en dressant d'autres perspectives d'harmonisation.

²⁰⁷¹ C. éner., art. L.311-10

²⁰⁷² C. env., art. L.222-1

2) Des perspectives d'harmonisation

Des potentiels d'amélioration visant à appréhender globalement l'énergie se présentent au titre de la stratégie nationale de la recherche énergétique (a). Elles se prolongent dans la possibilité d'accorder le langage du droit de l'énergie (b).

a) La stratégie nationale de la recherche énergétique

L'article L. 144-1 du code de l'énergie dispose que les ministres chargés de l'énergie et de la recherche arrêtent une stratégie nationale de la recherche énergétique. Définie pour une période de cinq ans, elle se fonde sur les objectifs définis dans l'article 5 de la loi POPE, précise des thèmes prioritaires de la recherche dans le domaine énergétique et organise l'articulation entre les recherches publique et privée. L'OPECST évalue cette stratégie et sa mise en œuvre, et souligne l'absence d'endossement par les autorités politiques de la stratégie de 2007 qui se limite à un simple document de travail administratif²⁰⁷³.

Sur le plan formel, le rapport pointe « *l'insuffisance méthodologique dans l'élaboration de la stratégie de recherche et le défaut d'implication du Gouvernement, qui se traduisent par l'absence de choix prioritaires, en dehors de l'effort prédominant accordé aux recherches nucléaire et pétrolière* »²⁰⁷⁴. Aucune grille d'analyse ni de comparaison ne met en exergue les enjeux thématiques et les atouts de la recherche énergétique française. Cette carence est préjudiciable parce qu'elle pourrait servir de référence dans les allocations budgétaires. Elle se présente comme une synthèse *a posteriori* des pistes définies, au cas par cas, sans plan d'ensemble, par des contrats d'objectifs des établissements de recherche. A l'inverse, elle pourrait s'inspirer de la stratégie de recherche japonaise, approuvée tous les cinq ans par le Gouvernement, et suivie tous les deux mois par un conseil de ministres restreint et des experts scientifiques, sous l'autorité du Premier ministre. En ce sens, le rapport de l'OPECST préconise un examen de la stratégie par le Conseil des ministres, et son approbation par arrêté conjoint des ministres de la recherche et de l'énergie, comme la loi y invite.

Les parlementaires encouragent également l'adoption de « *feuilles de route* » présentant des échéanciers de maturité technologique par secteur, et des projections temporelles sur l'efficacité des choix technologiques face aux évolutions des besoins en énergie à moyen terme. L'évaluation constituant un élément essentiel de la recherche, ils préconisent la création d'un « *Haut commissaire à l'énergie* » chargé d'orienter la recherche en énergie dans la perspective des objectifs législatifs, cette instance pouvant résulter d'un renforcement des compétences du CEA. Ils soulignent la nécessité de nommer des « *coordinateurs* » pour chaque priorité de recherche qui auraient notamment pour mission de relever les difficultés tactiques survenues au cours de la recherche. Ils proposent encore la mise en place d'une « *Commission nationale d'évaluation* » en charge de la recherche sur les nouvelles technologies de l'énergie, sur le modèle de la recherche sur les déchets radioactifs, et qui rendrait compte annuellement à l'OPECST des avancées et des difficultés liées à

²⁰⁷³ C. BATAILLE et C. BIRRAUX, *L'évaluation de la stratégie nationale de recherche en matière d'énergie*, OPECST, 03/03/2009

²⁰⁷⁴ C. BATAILLE et C. BIRRAUX, *L'évaluation de la stratégie nationale de recherche en matière d'énergie (Résumé du rapport)*, OPECST, 03/03/2009

la réalisation de ces objectifs.

Sur le fond, le rapport appelle « *des inflexions d'ajustement pour les recherches nucléaires et pétrolières* ». En effet, si ces technologies bénéficient de la primauté dans l'effort de recherche, des priorités restent à établir dans les technologies nouvelles. Il sollicite une meilleure visibilité concernant l'allocation des moyens affectés à la recherche pétrolière, et s'interroge sur l'opportunité d'allouer une centaine de millions d'euros dans un secteur marqué par des bénéfices du groupe Total de quatorze milliards d'euros en 2008. Il invite à davantage de transparence et à une redistribution en faveur de compétences artisanales pour l'installation et la maintenance des équipements relatifs à l'efficacité énergétique et aux énergies renouvelables.

La stratégie nationale de la recherche énergétique devrait être renouvelée en 2012 et appelle des évolutions de forme et de fond proposées par les rapporteurs. Elle pourrait constituer un moyen privilégié d'impulsion des objectifs du droit de l'énergie définis dans la loi POPE. Plus largement, elle présente l'avantage d'appréhender l'énergie dans toutes ses formes et pourrait donc s'affirmer comme un instrument de structuration de la discipline.

Alors qu'un cadre juridique commun sur l'énergie se dessine, une attention complémentaire pourrait porter sur l'accord du langage.

b) Un langage accordé

Les thèses doctrinales se rejoignent dans la nécessité de disposer de normes claires et précises²⁰⁷⁵. Dans ce sens, le codificateur a entrepris une harmonisation linguistique concernant le « *ministre chargé de l'énergie* », en remplacement de normes anciennes se référant aléatoirement au ministre chargé des travaux publics, de l'industrie, des hydrocarbures... Cependant, des incohérences demeurent et devraient être résolues pour unifier la discipline. En ce sens, les dispositions pilotes de l'article L.135-1 du code minier concernent « *l'exploitation des stockages d'énergie calorifique* » tandis que les dispositions suivies de l'article L.731-1 du code de l'énergie sont relatives « *au stockage de chaleur* ». Dans le premier cas, la norme se rapporte à l'énergie, tandis que dans le second elle mentionne une source. De manière générale, le langage devrait être accordé en considérant que le droit de l'énergie a vocation à encadrer l'énergie et devrait donc se référer à celle-ci.

L'existence d'un champ juridique consacré à l'énergie et d'une discipline en devenir fait état d'un Gouvernement organisé de l'énergie. Celui-ci complète un élément essentiel de l'institution, à savoir une idée d'œuvre. Ce constat invite à prolonger la recherche dans un autre élément constitutif de l'institution de l'énergie, à savoir des manifestations de communion résultant du service public de l'énergie.

²⁰⁷⁵ Sur la nécessité de rapprocher le langage juridique sur le langage courant : J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, T. III, 1802 ; F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Dalloz, p. 450 ; G. CORNU, *Linguistique juridique, préc.*, n°6

Chapitre 2: Le service public de l'énergie

« Pour ce qui est de l'avenir, il ne s'agit pas de le prévoir, mais de le rendre possible »²⁰⁷⁶.

La genèse d'une institution implique en sus de l'idée d'œuvre et du Gouvernement organisé : « *des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* »²⁰⁷⁷. Cette adhésion de chacun des membres du groupe à l'idée d'œuvre est une condition indispensable à sa diffusion et à sa réalisation²⁰⁷⁸. Selon John Rawls, l'institution n'est pas le moyen commun de réaliser une même fin mais plutôt le moyen commun de réaliser des fins différentes²⁰⁷⁹. Les individus s'accordent pour mettre en place une institution, non parce qu'ils partagent une même volonté que celle-ci permettrait de réaliser, mais plutôt parce que l'institution sera utilisée par chacun pour accomplir sa propre volonté. Dès lors l'adhésion ne porte pas sur une décision particulière mais sur le fonctionnement général de l'institution²⁰⁸⁰.

Cette exigence se formalise dans le service public de l'énergie, dérivé de la notion générale du service public, définie par Léon Duguit comme : « *toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé, et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et à l'accomplissement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée par l'intervention de la force gouvernante* »²⁰⁸¹. L'intervention étatique dans le secteur de l'énergie est légitimée par ses buts d'intérêt public. Comme le soulignent Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi : « *dans la conception de l'Etat qui prévaut dans notre pays, il est dans la fonction des personnes publiques d'assurer la satisfaction des besoins des populations [...]. Ces personnes et d'abord et avant tout la première d'entre elles, l'Etat, sont donc seules juges de l'intérêt public, seules à pouvoir apprécier et décider ce qui est ou non d'intérêt public* »²⁰⁸².

Cet instrument se caractérise par un cadre impératif issu de la puissance gouvernante, auquel s'ajoutent des actions du corps social dans un processus régulé. Cette répartition des règles du jeu établit un équilibre entre l'instituant et l'institué, un contrat social fondé sur des instruments d'encadrement (1/) et de régulation (2/) favorisant son intériorisation, sa permanence et son évolution²⁰⁸³.

1/ L'organisation du service public de l'énergie

Le service public de l'énergie s'inscrit dans le cadre historique dans la théorie développée par Léon Duguit et Maurice Hauriou. Son organisation repose sur un cadre (I) et un régime juridiques

²⁰⁷⁶ Antoine de Saint-Exupéry

²⁰⁷⁷ M. HAURIOU, "La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", *préc.*, p.39

²⁰⁷⁸ E. MILLARD, "Hauriou et la théorie de l'institution", *Droit et Société*, 30/31, 1995, p. 381-412

²⁰⁷⁹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, Point Essai, 1970

²⁰⁸⁰ M. HAURIOU, "L'institution et le droit statutaire", *Recueil de législation*, p.134-182

²⁰⁸¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, 1928, p. 61

²⁰⁸² G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Monstchrestien, 2000, p.118 ; J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public, préc.*, p.107

²⁰⁸³ P. SEGUR, *Recherches sur les relations du pouvoir politique et du temps*, thèse, Toulouse, Université des sciences sociales, 1993

spécifiques (II).

I. Le cadre juridique

Le service public de l'énergie dérive de la notion générale du service public (A) à laquelle s'ajoutent des dispositions propres (B).

A. Un service public applicable à l'énergie

Selon Jacques Chevallier : « *les lois du service public désignent l'ensemble des principes fondamentaux applicables à tous les services publics, indépendamment de leur caractère administratif ou industriel et commercial, et indépendamment de leur mode de gestion. Il s'agit d'un socle commun à tous les services publics, censé guider et encadrer leur fonctionnement dans l'intérêt des usagers* »²⁰⁸⁴. Cette remarque se vérifie dans le service public de l'énergie issu de la conception traditionnelle (1) et complété par des principes spécifiques (2).

1) La conception traditionnelle du service public

L'application des lois du service public à un domaine considéré est conditionnée par des critères établis par la jurisprudence. Le secteur énergétique répond à cette exigence (a), conduisant à lui appliquer les principes de ce service (b).

a) L'applicabilité des critères du service public

Retenir la qualification de service public à une activité requiert selon la jurisprudence *Narcy* trois conditions cumulatives : un critère finaliste ou fonctionnel caractérisé par la poursuite d'un but ou d'une mission d'intérêt général, un critère matériel marqué par l'existence de prérogatives de puissance publique conférées à l'organisme en charge de cette mission, un critère institutionnel constitué du contrôle exercé par la puissance publique sur les modalités d'exécution du service public²⁰⁸⁵.

L'intérêt général peut être révélé par le législateur. Dans le cas contraire, le juge peut recourir aux travaux parlementaires pour identifier la volonté du législateur, les règlements et les conventions applicables. Celui-ci peut également être déduit de la mise en œuvre de traités internationaux. Cet intérêt doit de surcroît être collectif et s'apprécie au regard de l'ensemble de la collectivité à laquelle s'applique le besoin en cause. De manière générale, l'existence d'un intérêt général concernant l'énergie se justifie par l'importance qu'elle revêt dans la société et se traduit par un titre spécifique dans le code de l'énergie consacré aux obligations de service public et à la protection des consommateurs.

Le critère matériel se vérifie également dans des prérogatives de puissance publique conférées aux gestionnaires de réseaux de transport et de distribution d'énergie telles que le recours

²⁰⁸⁴ J. CHEVALLIER, "Regards sur une évolution", *AJDA*, 1997, p.8

²⁰⁸⁵ CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, *Rec. Lebon*, p. 401 ; T. confl. 6 nov. 1978, *Bernardi*, *Rec. CE*, p. 659. ; CE, sect., 13 oct. 1978, *ADASEA Rhône*, *Rec. CE*, p. 368. CE sect., 20 juill. 1990, *Ville Melun*, *Rec. CE*, p. 220 ; CE, ass., 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et Protection », *GAJA*, n° 53 ; C. BOITEAU, "Délégation de service public - Notion et catégories", *JCL A*, fasc. 660, 30/10/2001 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif - droit administratif général*, LGDJ, 16e éd., 2001. t. 1, n° 69

à l'expropriation. Il se manifeste encore dans la qualification d'ouvrage public pour de nombreuses installations du secteur énergétique et dans la possibilité de classer et déclarer d'intérêt général les réseaux de chaleur.

Le contrôle organique de la collectivité public sur les opérateurs et notamment sur les gestionnaires de réseaux est enfin manifeste, tant au niveau national que local par un contrôle des autorités concédantes.

Au final, l'application du service public au secteur de l'énergie s'impose et conduit à lui appliquer les principes traditionnels du service public.

b) L'applicabilité des principes du service public

Les principes du service public ont été révélés par le Conseil d'État au cours du XIX^e siècle et s'appliquent pleinement aux activités couvertes par le service public de l'énergie. En ce sens, l'article L.121-1 du code de l'énergie dispose que le « *service public de l'électricité [est] géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité* »²⁰⁸⁶.

Au premier plan de la trilogie élaborée par Louis Rolland, figure le principe de continuité qui suppose que tous les services publics « *doivent fonctionner sans heurts, sans à-coups, sans arrêts* »²⁰⁸⁷. Il fut érigé au rang de principe général du droit par les sages de la place du Palais royal, et en principe de valeur constitutionnelle par ceux de la rue de Montpensier²⁰⁸⁸. Il permet à l'administration de contraindre un concessionnaire d'assurer ses obligations et se traduit par l'insertion de clauses imposant un approvisionnement continu en énergie dans les cahiers des charges techniques, le gestionnaire ne pouvant se soustraire à l'obligation qu'en cas de force majeure²⁰⁸⁹. Ce principe offre également au gestionnaire un droit à compensation sur le fondement de la « *théorie de l'imprévision* » et de la « *théorie du fait du prince* » dans la situation où son observation créerait pour lui des conditions financièrement insupportables²⁰⁹⁰. A l'inverse, la responsabilité de la puissance publique peut être engagée sur le terrain de la faute simple, en cas d'interruption du service lui incombant, si elle n'effectue pas les diligences nécessaires à son rétablissement²⁰⁹¹. En matière gazière, l'obligation de continuité de la fourniture s'applique aux usagers déjà desservis, par une préservation des coupures intempestives, mais ne vise pas une desserte universelle²⁰⁹².

Le principe d'égalité des usagers devant le service public constitue une variante du principe

²⁰⁸⁶ L. RICHER, "Commentaire de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité", *AJDA*, 2000, p.239

²⁰⁸⁷ L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 11^e éd., 1957, p. 18 ; J.P. GILLI (DIR.), *La continuité des services publics*, PUF, 1973 ; J.M. BOLLÉ, *Le principe de continuité des services publics*, Paris II, Thèse Droit, 1975

²⁰⁸⁸ CE, 13 juin 1980, *Mme Bonjean*, *Rec. CE*, p. 274 ; Cons. Const., décision DC du 25 juillet 1979, *droit de grève à la radio et à la télévision*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n°27 ; Cons. Const., décision DC 96-380 du 23 juillet 1996, *France Télécom*

²⁰⁸⁹ CE, 9 janv. 1909, *Cpnie des messageries maritimes*, *GAJA*, n°20 ; CE, Ass., 9 déc. 1932, *Cpnie des tramways de Cherbourg*, *GAJA*, n°49 ; P. SABLIERE, "Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à électricité de France de la distribution publique d'électricité", *CJEG*, janv. 1993, p.1-11

²⁰⁹⁰ CE, 30 mars 1916, *Cpnie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux*, *GAJA*, n°33

²⁰⁹¹ CE ass., 13 fév. 1942, *Cne de Sarlat*, *Rec. Lebon*, p. 49

²⁰⁹² S. NICINSKI et P. PINTAT, "La libéralisation du secteur gazier", *AJDA*, 2003, p.223

Le service public de l'énergie

d'égalité²⁰⁹³. Il fut érigé en principe général du droit et en principe constitutionnel par les juridictions suprêmes²⁰⁹⁴. Il régit tant l'accès que le fonctionnement du service et suppose que deux usagers placés dans une situation comparable peuvent revendiquer un traitement identique. A l'inverse, des différences de traitement peuvent être appliquées lorsqu'elles sont justifiées par une différence objective de situation ou tenant à des considérations d'intérêt général liées au fonctionnement du service ou à son objet²⁰⁹⁵. Le principe d'égalité permet la mise en œuvre d'une tarification sociale de l'énergie ainsi qu'une péréquation tarifaire en faveur des zones insulaires²⁰⁹⁶. Il se concrétise pour les usagers dans la possibilité d'accéder au service dans des conditions non-discriminatoires, les prescriptions légales étant particulièrement précises en matière d'accès des tiers aux réseaux. Il s'applique également au prestataire de service, notamment dans le choix du mode de sélection du délégataire²⁰⁹⁷.

Dévoilé par le juge administratif au début du XX^e siècle, le principe d'adaptabilité ou de mutabilité du service public, qualifié de « *loi de changement* » par Louis Rolland implique pour le gestionnaire, une adaptation aux nouvelles circonstances techniques et sociales dans l'accomplissement de ses missions²⁰⁹⁸. Il a permis au début du siècle précédent d'accorder des permissions de voirie pour développer l'éclairage électrique alors que les concessionnaires d'éclairage au gaz bénéficiaient de clauses d'exclusivité, sur le fondement des « *progrès de la science* »²⁰⁹⁹. Il se traduit pour l'utilisateur par l'absence de droits acquis à la conservation d'un service public²¹⁰⁰. Il confère la possibilité pour l'autorité organisatrice du service, de modifier

²⁰⁹³ CONSEIL D'ETAT, *Le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, EDCE, n°48, 1996 ; J. L'HUILLIER, "La règle de l'égalité de traitement et son application aux distributeurs d'énergie électrique", *Bull. trim. de doctrine et de jurisprudence du syndicat professionnel des producteurs et distributeurs d'électricité*, n°227, mars 1937, p.3 ; J. CARBAJO, "Remarques sur l'intérêt général et l'égalité devant le service public", *AJDA*, 1981, p.176

²⁰⁹⁴ CE, Ass., 1er avril 1938, *Soc. L'Alcool dénaturé*, *Rec. Lebon*, p. 337 ; CE, 9 mars 1951, *Soc des concerts du conservatoire*, *GAJA*, n°74 ; Cons. Const., DC 73-51 du 27 déc. 1973, *Taxation d'office, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n°32 ; CJCE, 4 fév. 1982, *Buyl c/ Commission*, *Rec.*, p. 245 ; CJCE, 3 mars 1982, *Alpha Steel*, *Rec.* p. 789

²⁰⁹⁵ CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *Rec. Lebon* p. 274 ; *AJDA* 1974, p. 298, chron. FRANC et BOYON ; *RDP* 1974, p. 467, note M. WALINE ; *Rev. Adm.*, 1974, p. 440, note F. MODERNE

²⁰⁹⁶ B. RENAULD, "Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité?", *RTDH*, 1997, p.425 ; M. BORGETTO, "Équité, égalité des chances et politique de lutte contre l'exclusion", *Dr. soc.*, 1999, p.221. A l'inverse, est illégal le tarif d'électricité modulé en fonction de la superficie des propriétés des services : CE, 1er juill. 1936, *Veyre*, *Rec. CE*, p. 713 ; *Rev. Concu.*, 1936, p. 247 ; tel est aussi le cas du tarif particulier d'électricité accordé aux habitants des communes situées à proximité d'un chantier de construction de centrales nucléaires : CE ass., 1er fév. 1985, *Union départementale des consommateurs de Paris*, *Rec. CE*, p. 21 ; *CJEG*, avr. 1985, jur. p. 129 ; concl. STIRN ; *AJDA*, 1985, p. 212

²⁰⁹⁷ CE, 9 mars 1951, *Sté des concerts du conservatoire*, *préc.* Cons. Const., décision 92-316 DC, 20 janv. 1993, *loi relative à la prévention de la corruption*, *Rec. Cons. Const.*, p. 14, *RFDA*, 1993, p. 902, note D. POUYAUD ; Laurent Richer distingue l'égalité devant le service public mis en œuvre par le droit à l'énergie et l'égalité dans la concurrence réalisée par le droit des réseaux : L. RICHER, "La loi du 10 février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public", *AJDA*, 20/03/2000, p.239

²⁰⁹⁸ J.-P. MARKUS, "Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers", *RFDA*, 2001, p.589 ; DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, *L'effet à l'égard des tiers des augmentations de tarifs dans les concessions de gaz et d'électricité*, thèse droit, Paris, 1926 ; J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Armand Colin, 3e. 2004, p. 365

²⁰⁹⁹ CE, 10 janv. 1902, *Cpnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, *Rec. CE*, p. 5 ; S. 1902, n03, p. 17, concl. ROMIEU, note HAURIOU ; *GAJA*, n°9 ; CE, 11 mars 1910, *Cpnie générale française des tramways*, *GAJA*, n°24 ; CE, 19 juill. 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers de transports*, *Rec. CE*, p. 295. ; J.-M. DAUCHY, "Mutabilité des services public et droit des usagers", *LPA*, 17/12/2003, p.8

²¹⁰⁰ Est reconnu licite sur le fondement du principe d'adaptabilité la possibilité pour le distributeur d'énergie de modifier certaines caractéristiques de la vente telles que les plages horaires pour les tarifs « *heures pleines - heures creuses* »,

unilatéralement le contrat voire de le résilier dans l'intérêt général²¹⁰¹. Cette charge extracontractuelle bouleverse l'économie du contrat et permet de justifier une compensation sur le fondement de la théorie de l'imprévision²¹⁰². Prochainement, ce principe pourrait s'appliquer à une adaptation des gestionnaires de réseaux aux moyens décentralisés de production d'électricité. A l'inverse, il ne semble pas pouvoir être invoqué à l'égard de l'administration pour lui imposer d'adapter le service en fonction de l'évolution du progrès technique ou des exigences liées à la qualité.

En complément de ces principes traditionnels, de nouveaux principes tendent à se greffer²¹⁰³.

2) Des principes complémentaires

Le service public est une notion évolutive et la charte des services publics adoptée le 18 mars 1992 fait référence à de nouveaux « principes d'action du service public » aux côtés des « principes fondamentaux », parmi lesquels figurent la transparence (a) et la responsabilité (b)²¹⁰⁴.

a) Un principe de transparence

Le principe de transparence est consacré dans l'article 1er du code des marchés publics et trouve sa source dans l'arrêt *Telaustria* de la Cour de justice, qui impose aux pouvoirs adjudicateurs de respecter une publicité adaptée pour la passation de leurs contrats²¹⁰⁵. Il est devenu un principe

cette clause ayant pour effet « de conserver une adéquation entre la tarification et les habitudes de vie des abonnés dont l'évolution entraîne des pics de consommation de l'énergie électrique » : CA Amiens, 21 nov. 1996, *M. Gout c/EDF*, *CJEG*, sept. 1997, jur. p. 316 ; tel est le cas de l'évolution tarifaire des prix de l'énergie: CE Ass., 25 juin 1948, *Sté du journal l'Aurore*, *Rec. CE*, p. 289 ; S., 1948, n°3, p. 69, concl. LETOURNEUR ; D., 1948, p. 437 ; note J. WALINE, *JCP*, 1948, n°4427, note A. MESTRE, *CJEG* sept-oct 1948, jur., p. 468

²¹⁰¹ CE, 2 fév. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec. Lebon*, p. 33 ; *RFDA*, 1984, p. 45, note LLORENS ; l'article 31§B du modèle de concession de distribution de 1992 précise que « l'autorité concédante a la faculté de ne pas renouveler la concession si le maintien du service ne présente plus d'intérêt, soit par suite de circonstances économiques ou techniques de caractère permanent, soit parce que l'autorité concédante juge préférable d'organiser un service ouveau tenant compte des progrès de la science [...]. L'autorité concédante pourra également, pour les mêmes motifs, mettre fin à la concession avant la date normale d'expiration ».

²¹⁰² CE, 30 mars 1916, *Cpnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec. CE*, p. 125 ; concl. CHARDENET ; S., 1916, n°3, p. 17, concl. CHARDENET, note HAURIOU ; D., 1916, n°3, p. 25, concl. CHARDENET ; *RDP*, 1916, p. 206, concl. CHARDENET, note JEZE

²¹⁰³ Renaud DENOIX de Saint Marc ajoute quatre éléments caractérisant le service public et résultant de l'existence de besoins : la garantie des libertés fondamentales ou l'existence de solidarités des finalités particulières une autorité publique organisatrice un régime juridique particulier : R. DENOIX DE SAINT MARC, *Le service public*, Paris, la documentation française, 1996 ; G.-J. GUGLIELMI, "La conception du service public 'à la française' ", *Evolution des politiques publiques : avenir du service public en France*, MFP Editions, 2009, p.9-14 ; V. DONIER, "Les lois du service public : entre tradition et modernité", *AJDA*, 2006, p.1219

²¹⁰⁴ Charte des services publics, 18 mars 1992, *AJDA*, 1993, p. 21 ; concernant les premières reconnaissance de la transparence comme composante des services publics: circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public, *JORF* du 24 févr.1989, p. 2526 ; voir également la circulaire relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics, *JORF* du 28 juillet 1995, p. 11217 ; J.-M. PONTIER, "L'action administrative - la notion de service public", *UNJF*, 01/09/2008, www.unjf.fr

²¹⁰⁵ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*, concl. N. FENNELLY ; *AJDA*, 2001, p. 106, note L. RICHER ; *DA*, 2001, comm. 85 ; C. BARDON et Y. SIMONNET, "Telaustria : quel périmètre ?", *DA*, n°1, étude 2, janv. 2009 ; confirmé par CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Coname*, *Rec. CJCE* 2005, I, p. 7287 ; *AJDA*, 2005, p. 1541 ; *BJCP*, n° 43, p. 446, concl. C. STIX-HACKL ; *DA*, 2005, comm. 135 ; CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, *Rec. CJCE* 2005, I, p. 8585 ; R. NOGUELLOU, "Le droit communautaire et les contrats publics", *DA*, n°1, alerte 1, janv. 2008 ; M. BAZEX, "L'appréhension des services publics par le droit communautaire", *RFDA*, 1995, p.295 ; M. BAZEX, "Obligations communautaires de transparence et prestations des services publics", *DA*, n°spécial, 1993, p.15 ;

Le service public de l'énergie

directeur en droit de la commande publique²¹⁰⁶. Il constitue une déclinaison des principes de non-discrimination et de la liberté d'établissement, et s'applique même en l'absence de législation dérivée²¹⁰⁷. En ce sens, la Cour considère que les concédants doivent se conformer à une obligation de transparence qui « *consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »²¹⁰⁸. Les États ne peuvent légitimement opposer des obstacles à sa réalisation qu'en se fondant sur des motifs d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique, ou d'environnement²¹⁰⁹.

Ce principe se manifeste en droit de l'énergie dans les « *principes du droit des réseaux* »²¹¹⁰. La CRE a pour mission de concourir à leur effectivité et considère qu'EDF est soumise à « *une obligation générale de transparence et de traitement non discriminatoire* », lorsqu'elle établit les modalités techniques et financières du raccordement²¹¹¹. La CRE estime que l'attribution d'une indemnité à l'opérateur historique en vue du raccordement au réseau s'avère contraire au « *principe de non-discrimination des acteurs du marché électrique* »²¹¹². Le tribunal administratif de Caen conclut concernant des concessions de distribution de gaz, à l'illégalité d'un contrat signé après des « *discussions* » mais sans procédure de publicité ni mise en concurrence²¹¹³.

Le Conseil d'État refuse de reconnaître la transparence comme un principe général du droit²¹¹⁴. Néanmoins, elle constitue une loi en devenir, une obligation morale tendant à se

A. TREPPOZ, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, Limoges, thèse droit, 1997

²¹⁰⁶ D. DUBOIS et C. RAUX, "Quelle publicité pour les délégations de service public d'importance transnationale ?", *RFDA*, 2009, p.937 ; "Clôture de la procédure contre la France relative à l'attribution directe de concessions à des établissements publics prévue par la loi Sapin", *DA*, n° 1, alerte 2, janv. 2010

²¹⁰⁷ Selon la CJCE, en vertu du principe de non discrimination, un régime d'autorisation administrative préalable ne saurait priver les pétitionnaires d'une liberté communautaire : CJCE, 23 févr. 1995, aff. C-358/93 et C-416/93, *Bordessa e.a.*, *Rec. CJCE*, I, p. 361, pt. 25 ; CJCE, 14 déc. 1995, aff. C-163/94, C-165/94 et C-250/94, *Sanz de Lera e.a.*, *Rec. CJCE*, I, p. 4821, points 23 à 28 ; CJCE, 20 févr. 2001, aff. C-205/99, *Analir e.a.*, *Rec. CJCE*, I, p. 1271, pt. 37 ; C. BOITEAU, "Délégation de service public - régime juridique", *JCLA*, fasc. 662, 30/10/2001

²¹⁰⁸ Sur les incidences de ce principe devant les juridictions nationales: CE, 1er avr. 2009, n° 323585, *Cté urbaine Bordeaux et Sté Kéolis*, *AJDA*, 2009, p. 1889, note F. TRAIN ; *DA*, 2009, comm. 68, obs. L. BATTOUE ; *Contrats-Marchés publ.*, 2009, comm. 162, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *RDP*, 2010, p. 217, note G. ECKERT ; ce principe trouve son fondement dans des dispositions de portée générale des traités communautaires ; G. ECKERT, "Transparence des critères de sélection des offres", *DA*, n° 3, comm. 36, mars 2010

²¹⁰⁹ J.-B. AUBY, "La transposition de la directive services", *DA*, n° 3, repère 3, mars 2010

²¹¹⁰ J. ARLETTAZ, "L'exigence d'impartialité dans la gestion des infrastructures de réseaux", *JCP A*, n° 52 et 1, 2307 et 2007, 21 déc. 2009, 4 janv. 2010

²¹¹¹ CORDIS, 24 mars 2005, *SERHY c/ EDF*, solution confirmée par CA Paris, 1re ch. H, 8 mars 2005, *EDF c/ Pouchon Cogen* ; la CRE affirme de manière générale que toute règle susceptible d'être opposée aux opérateurs doit être portée de manière suffisante à leur connaissance, ces règles devant conformément à la directive et à la loi, être « *objectives transparentes et non discriminatoires* » : CORDIS, déc. du 27 juin 2002, *Semmaris* ; la CRE précise que les « *groupes auxquels appartiennent les sociétés gestionnaires de réseaux ne doivent pas mener des actions de communication sur les sujets relevant des missions des gestionnaires. Ils doivent s'interdire toute communication associant les activités concurrentielles et les activités régulées et toute ingérence dans la politique de communication de la filiale* » : CRE, *Rapport de la CRE portant sur le respect des codes de bonne conduite et indépendance des gestionnaires de réseaux d'électricité et de gaz naturel*, 2008, www.cre.fr ; J.-B. AUBY, "Autorégulation et droit administratif", *DA*, étude 17, 2008 ; G. FARJAT, "Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée", in J. CLAM et G. MARTIN (DIR.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, 1998, p. 157

²¹¹² CORDIS, 11 mai 2005, *SICAE de la Somme et du Cambrasis c/ Régie GAZELEC de Péronne*

²¹¹³ TA Caen, 15 nov. 2005, *AJDA*, 2006, p. 267

²¹¹⁴ CE, 10 juin 2009, n° 317671, *Port autonome de Marseille*, *JurisData* n° 2009-075605 ; *Contrats-Marchés publ.*

juridiciser. La transparence suppose selon Jacques Chevallier de « rendre l'administration moins opaque, de dissiper le brouillard qui l'entoure, de déchirer le voile qui la recouvre »²¹¹⁵. Elle s'applique en premier lieu à l'administration, mais s'étend progressivement aux opérateurs chargés du service public de l'énergie²¹¹⁶. Elle peut être rattachée au droit à l'information sur l'énergie et a pour corollaire un principe de responsabilité.

b) Un principe de responsabilité

Le principe de responsabilité dans le domaine des services publics se fonde sur l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, établissant le droit pour la société « de demander compte à tout agent public de son administration » et dans le contrôle budgétaire prévu à l'article 14²¹¹⁷. Il est mis en œuvre dans une série de contrôles économiques et financiers pesant sur les services publics, notamment par la Cour des Comptes, et se traduit au contentieux par une possible responsabilité administrative en cas de manquement.

La particularité de la responsabilité dans le service public de l'énergie tient au fait que la gestion est souvent assurée par une société de droit privé sous le contrôle de l'administration, ce qui conduit à s'interroger sur l'articulation des régimes juridiques²¹¹⁸. Le cas de figure le plus simple réside dans la gestion du service par une personne publique. Dans ce cas, la responsabilité de cette dernière est généralement engagée par une faute simple, voire en dehors de toute faute²¹¹⁹. La faute de service peut également se cumuler avec celle de l'agent²¹²⁰. Dans l'hypothèse où le service est géré par une personne privée, la réparation relève en principe de la compétence du juge judiciaire²¹²¹. Cependant, lorsque le dommage trouve sa source dans les règles de gestion et de contrôle imposées par la personne qui lui a confié cette mission, la victime peut directement mettre en cause sa responsabilité sur le fondement de la faute ou du risque²¹²². La responsabilité administrative peut également être recherchée en cas d'insolvabilité du gestionnaire²¹²³. Tel pourrait encore être le cas lorsque l'opérateur jouerait un rôle de figurant²¹²⁴.

Le gestionnaire du service public de l'énergie doit donc respecter les principes généraux susmentionnés. S'agissant du principe de continuité, il peut être déclaré responsable en cas d'interruption du service, sauf si l'origine résulte de faits du client ou sont imputables à la force

2009, comm. 286, obs. W. ZIMMER

²¹¹⁵ J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, collection Thémis science politique, 1994, p. 422

²¹¹⁶ L. RICHER, "Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz", *AJDA*, n° 38, 2004, p.2094 ; L. RICHER, "La loi du 10 février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public", *AJDA*, 20/03/2000, p.239

²¹¹⁷ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, préc. 2004, p. 115

²¹¹⁸ G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, 2è. éd., 2007, n° 1047 et s. ; J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Armand Colin, 3e. éd., 2004, p. 91-93

²¹¹⁹ CE Sect., 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles, Rec.*, p. 412 ; *AJDA*, 1997, p. 959, chron. GIRARDOT et RAYNAUD

²¹²⁰ CE, 26 juill. 1928, *Lemonnier, GAJA*, p. 141 ; J. MORAND-DEVILLER, *Cours droit administratif*, préc., p. 765

²¹²¹ CE, 19 déc. 1969, *Établissement Delannoy, Rec. Lebon*, p. 596 ; V. LEROUSSÉAU, "La responsabilité des personnes privées gérant un service public administratif", *AJDA*, 1977, p.403

²¹²² *Ibidem*

²¹²³ CE, 13 nov. 1970, *Vile de Royan, Rec. Lebon*, p. 683 ; CE, 21 avril 1982, *Daunes, Rec.*, p. 745

²¹²⁴ CE Sect., 2 fév. 1979, *Ministre de l'agriculture c/ Gauthier, Rec.*, p. 38 ; CE, 17 avril 1961, *Cne d'Arcueiln Rec.*, p. 230, *D.*, 1965, p. 45

Le service public de l'énergie

majeure²¹²⁵. La faute a ainsi été écartée à l'égard d'EDF pour une interruption d'approvisionnement résultant de l'enlèvement de fusibles dans une colonne d'électricité desservant des logements, alors que l'auteur des faits n'a jamais été découvert. Le tribunal considère que l'opérateur « *ne saurait exercer un contrôle permanent de l'accessibilité aux gaines techniques installées dans les parties communes des immeubles ; qu'au surplus, il appartient au propriétaire des lieux de prendre toutes dispositions nécessaires pour éviter de laisser ces installations accessibles à n'importe qui et de lui signaler toute anomalie* »²¹²⁶.

Ces principes émergents constituent le plus souvent des règles de bonne gestion et influencent les lois du service public²¹²⁷. Ils apportent une coloration particulière au service, s'adaptent à lui et structurent un service public spécifique à l'énergie.

B. Un service public spécifique à l'énergie

La loi du 8 avril 1946 accordait une place prépondérante au service public sans pour autant le définir. Le service public de l'énergie est désormais inscrit dans la loi et contribue à préciser la notion traditionnelle²¹²⁸. Une spécificité réside dans son organisation et dans ses modalités d'application. Il se caractérise par l'imprécision de son périmètre (1) et l'incertitude de son contenu (2).

1) Des contours imprécis

Le service public de l'énergie s'applique essentiellement aux secteurs électriques et gaziers en vertu de dispositions expresses de la loi (a). Néanmoins, des incertitudes persistent quant à sa substance, conduisant le juge à faire usage de ses compétences afin d'en délimiter les frontières (b).

a) Des orientations législatives

Le service public de l'énergie concourt à l'indépendance stratégique de la nation et favorise la compétitivité économique. Il participe à la réalisation de la politique énergétique qui vise à « *contribuer à l'indépendance énergétique nationale et garantir la sécurité d'approvisionnement ; assurer un prix compétitif de l'énergie ; préserver la santé humaine et l'environnement, en particulier en luttant contre l'aggravation de l'effet de serre ; garantir la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie* »²¹²⁹. Il est organisé et contrôlé par l'État et les communes mais exécuté par les acteurs du marché. Le but du service public de l'énergie est d'assurer une capacité suffisante de production et d'acheminement d'électricité et de gaz, le bon fonctionnement des infrastructures et permettre la continuité de l'approvisionnement en cas de défaillance d'un fournisseur. Ces missions sont ensuite déclinées pour chaque catégorie d'acteur du cycle énergétique.

²¹²⁵ CA Grenoble, juin 1997, *EDF et UAP c/ SARL Duchêne, et mutuelle de l'Est*, CJEG, 1998, p. 347

²¹²⁶ TI Lyon, 23 mars 1998, *Papoz c/ OPAC et EDF-GDF*, CJEG, 1999, p. 325

²¹²⁷ P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2003, p. 227

²¹²⁸ H. MONTOUCH, "Le service public face à la libération des marchés de l'électricité : révolution ou évolution ?", *Gaz. Pal.*, 16/09/1999 ; P. QUILICHINI, "La modernisation du service public de l'électricité", *LPA*, n° 217, 31/10/2000 p.10

²¹²⁹ C. énerg., art. L.100-2

L'organisation du service public de l'énergie

Les producteurs d'électricité sont chargés d'assurer le développement équilibré de l'approvisionnement, en réalisant les objectifs définis dans la PPIE, et de garantir l'approvisionnement des zones du territoire non-interconnectées au réseau métropolitain continental²¹³⁰. Les producteurs de gaz assurent le développement et l'exploitation des installations de gaz naturel, des terminaux méthaniers et des infrastructures de stockage du gaz²¹³¹.

Les collectivités et les gestionnaires des réseaux publics d'électricité et de gaz doivent assurer une desserte rationnelle du territoire national, dans le respect de l'environnement, et une interconnexion avec les pays voisins, ainsi que le raccordement et leur accès, dans des conditions non-discriminatoires à l'ensemble des fournisseurs et des clients²¹³².

Les missions de service public relatives à la fourniture d'électricité incombent à EDF et aux entreprises locales de distribution. Elles consistent à réaliser une péréquation géographique nationale des tarifs, à favoriser la maîtrise de la demande d'électricité, et assurer une fourniture de secours aux producteurs ou aux clients²¹³³. Chaque fournisseur doit également disposer de garanties directes et indirectes de capacité d'effacement de consommation et de production d'électricité, pour satisfaire l'équilibre entre la production et la consommation²¹³⁴. Les fournisseurs de gaz sont quant à eux chargés d'assurer sans interruption la continuité de l'approvisionnement à leurs clients dans la limite des quantités et des débits stipulés par le contrat ; d'appliquer le tarif de solidarité aux clients répondant aux conditions requises ; de garantir une fourniture de dernier recours aux clients non-domestiques assurant une mission d'intérêt général ; et de manière générale, garantir un fonctionnement sans danger des installations gazières pour les personnes et les biens²¹³⁵.

Le service public de l'énergie est donc essentiellement appréhendé par le législateur comme un service public de l'électricité et du gaz. Il présente la particularité « *d'avoir été rédigé dans une optique défensive ; il apparaît comme une sorte de ligne Maginot du service public* »²¹³⁶. Cependant, malgré ces lignes directrices posées par le législateur, l'intervention prétorienne demeure indispensable pour clarifier les frontières.

b) Des précisions prétoriennes

L'ouverture d'une partie du secteur énergétique à la concurrence et sa gestion quasi-exclusive par des sociétés de droit privé devraient conduire à l'application d'un régime juridique privatiste. Cependant, la prééminence du service public le complète par un régime juridique de droit public. Ce mélange des genres appelle des précisions sur le champ d'application du service public

²¹³⁰ C. énerg., art. L.121-3

²¹³¹ Décret n° 2004-251 du 19 mars 2004 relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz, *JORF* n°69 du 21 mars 2004 p. 5488 ; la production du gaz ne représente que 3% de l'approvisionnement gazier en France, la majorité du gaz consommé étant importé. Par conséquent, les obligations du service public du gaz incombent essentiellement aux opérateurs de transport, de distribution et de fourniture.

²¹³² C. énerg., art. L. 322-8 et L.432-8

²¹³³ C. énerg., art. L.121-5 ; Cette fourniture de secours vise exclusivement à pallier des défaillances imprévues de fournitures et n'a pas pour objet de compléter une offre de fourniture partielle.

²¹³⁴ A. LE GALL, "La loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité : le transitoire appelé à durer", *JCP A*, n°3, 03/02/2011, 1076

²¹³⁵ C. énerg. Art. L.121-33

²¹³⁶ L. RICHER, "Commentaire de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité", *préc.*, p.239

Le service public de l'énergie

de l'énergie²¹³⁷.

La solution s'avère complexe concernant la production d'électricité, du fait du silence du législateur. La nature essentiellement commerciale de l'activité pourrait conduire à appliquer un régime de droit privé²¹³⁸. Le Conseil d'État trancha cette question dans un arrêt d'Assemblée, suivant les éclairages de Mattias Guyomar, en considérant que l'objet même du service public de l'électricité réside dans la garantie de l'approvisionnement sur l'ensemble du territoire national²¹³⁹. Or, si l'activité de production peut être exercée par toute personne, elle s'inscrit dans un *continuum* fonctionnel et demeure régie par des impératifs de sécurité et des contraintes techniques inhérentes à la matière, notamment en termes de préservation de l'équilibre entre la demande et l'offre d'électricité, celle-ci ne pouvant être stockée²¹⁴⁰. Le juge constate que dans les zones non-interconnectées, la production locale doit couvrir en permanence l'intégralité des besoins de la consommation et en déduit que la production d'électricité doit actuellement être regardée comme directement affectés au service public, excluant toutefois les ouvrages de production occasionnelle ou de consommation personnelle. Le Conseil relève ensuite les limites techniques d'importation d'électricité concernant le territoire métropolitain, la nécessité d'un équilibrage fréquentiel permanent, requérant la fixation de prescriptions techniques aux installations de production, et retient la qualification de service public aux installations de production d'une puissance excédant quarante mégawatts, du fait des contraintes réglementaires supplémentaires pesant sur elles²¹⁴¹. Bien que l'activité de production d'électricité ne constitue pas en soi un service public, elle le devient lorsqu'il s'agit de répondre aux besoins des usagers du réseau de distribution²¹⁴². Cette conclusion résulte d'une conception attractive du service public de l'électricité, indissociable de l'équilibre fonctionnel du système électrique²¹⁴³. Ces critères sont susceptibles d'évoluer au gré des techniques, sans que soit requise une quelconque décision comme en matière de déclassement du domaine public²¹⁴⁴.

Les concessions de production d'électricité d'origine hydraulique bénéficient d'un régime particulier puisqu'un avis de l'assemblée générale du Conseil d'État du 28 septembre 1995 précise que « *les activités concédées présentent le caractère d'un service public* » dans la mesure « *où cette exploitation a pour objet la fourniture de l'électricité produite au public ou aux services publics* »²¹⁴⁵. La justification se fonde sur les obligations imposées aux opérateurs par le législateur

²¹³⁷ M. BAZEX, "L'entreprise public et ses missions d'intérêt général", in *L'entreprise dans le marché unique européen*, Travaux de la CEDECE, La documentation française, 1995, p. 133

²¹³⁸ P. SABLIERE, "Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ?", *AJDA*, 2005, p.2324

²¹³⁹ CE ass., avis n°323179 du 29 avril 2010, *M. et Mme Béliaud*, *Rec. Lebon*, concl. M. GUYOMAR ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, "Une question sous tension : la nature des ouvrages appartenant à EDF", *AJDA*, 2010, p.1642

²¹⁴⁰ CE, 7 juillet 2009, *Fédération nationale des mines et de l'énergie CGT*, n°329284

²¹⁴¹ Décret n°2008-386 du 23 avril 2008 relatif aux prescriptions techniques générales de conception et de fonctionnement pour le raccordement d'installations de production aux réseaux publics d'électricité, *JORF* n°0098 du 25 avril 2008, p. 6908

²¹⁴² TC, 16 janvier 1995, *Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, Compagnie nationale du Rhône c/ EDF*, concl. P. MARTIN ; L. RICHER, "Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz", *préc.*

²¹⁴³ CE, sect., 16 nov. 1962, *EDF c/ Faivre*, *Rec. Lebon*, p. 614.

²¹⁴⁴ CE 17 oct. 1952, *Ville d'Arras, Rec., Lebon*, p.453

²¹⁴⁵ CE, avis 357262 et 35763 sur le rapport de la section des travaux publics, rapport public 1995, p. 229 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, "Nouvelles règles pour l'attribution des concessions d'énergie hydraulique",

L'organisation du service public de l'énergie

en matière de fourniture du courant, de tarifs maxima, de réserves d'énergie à tenir à des tarifs préférentiels à la disposition des services publics, et de certaines activités d'intérêt général et de travaux à réaliser dans ce but. Cette qualification fut complétée par un avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État, indiquant que les concessions hydrauliques constituent des délégations de service public²¹⁴⁶. Le Conseil ajoute dans un avis d'Assemblée du 29 avril 2010 que « *cette loi a entendu donner à l'ensemble des ouvrages de production d'énergie hydroélectrique concédés, que la personne qui en est propriétaire soit publique ou privée, le caractère d'ouvrage public* »²¹⁴⁷. Bien que les concessions bénéficient de la qualification de service public, le doute persiste concernant les installations de moindre puissance, fondées en titre ou autorisées.

Les concessions de transport et de distribution d'énergie ont toujours été regardées comme des concessions de service public depuis la loi du 15 juin 1906²¹⁴⁸. Le Conseil d'État confirma ce principe dans un avis du 28 septembre 1995 en qualifiant les activités de distribution et de transport de gaz de services publics²¹⁴⁹. Cependant, l'exégèse reposait sur leur caractère de monopoles naturels et d' « *infrastructures essentielles* »²¹⁵⁰. Cette conception demeure applicable au transport d'électricité, dont la concession est confiée pour l'ensemble du territoire national à RTE. En effet, l'activité s'exerçant à l'échelle nationale, dans le cadre d'un monopole légal, concernant une électricité au caractère non-substituable, conduit à retenir la qualification de service public national²¹⁵¹. La situation diffère pour le transport de gaz depuis le 1er juillet 2007, puisque dans une décision du 30 novembre 2006, le Conseil constitutionnel lui dénie la qualité de service public national, en raison de son exercice par plusieurs opérateurs privés, et du caractère substituable de cette énergie²¹⁵². Cette solution semble pouvoir s'étendre au stockage de gaz, bénéficiant de

JCP A, n°13, 2071, mars 2009 ; P. SABLIERE, "La mise en concurrence des concessions de force hydraulique", *AJDA*, 2007, p.2012

²¹⁴⁶ CE, 28 sept. 1995, n° 357262 et 357263 ; F. SABIANI, "La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué", *DA*, n°6, étude 12, juin 2008 ; v. également CE, 19 janv. 1973, *Rivière du Sant*, *CJEG*, 1973, jur., p. 607, concl. ROUGEVIN-BAVILLE ; CE, avis du 15 nov. 1928, *Bull. ch. Synd. Hydr.*, 1929, p. 133 ; confirmé par CE, ass., avis n°357262 et 357263 du 28 sept. 1995, rapport public 1995, p. 402

²¹⁴⁷ CE, ass., avis, 29 avr. 2010, n° 323179, *Béligaud*, *JurisData* n° 2010-005467, concl. M. GUYOMAR, *RFDA*, 2010, p. 557 ; note S. BRONDEL, *AJDA*, 2010, p. 926 ; J.-L. PISSALOUX, "L'ouvrage public appartenant à une personne privée", *DA*, n°10, comm. 132, oct. 2010 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, "Une question sous tension : la nature des ouvrages appartenant à EDF", *AJDA*, 2010, p.1642

²¹⁴⁸ P. SABLIERE, *droit de l'électricité, textes et commentaires*, Dalloz, 2003, p.116

²¹⁴⁹ CE, Section des travaux publics, Rapport pour 1995, *EDCE* n° 47, p. 402 ; P.LOMBARD, "Le service public du gaz sous les feux de l'actualité juridique", *AJDA*, 1998, p.873

²¹⁵⁰ CA Paris du 9 sept. 1997, *BOCCRF*, 7 oct. 1997, p. 691 ; J. ARLETTAZ, "L'exigence d'impartialité dans la gestion des infrastructures de réseaux", *JCP A*, n°52 et 1, 2307 et 2007, 21 déc. 2009, 4 janv. 2010 ; au sens du droit de la concurrence et du droit de l'Union, la qualification « *d'infrastructure essentielle* » désigne des installation sans laquelle les concurrents de celui qui la possède ne peuvent pas offrir de service à leurs clients. Lorsque le détenteur refuse l'accès à son infrastructure essentielle, il abuse de sa position dominante. Telle est la qualification retenue par l'autorité de concurrence dans l'affaire *Direct énergie* : décision n° 07-MC-04 du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie

²¹⁵¹ Sur l'exercice de l'activité à l'échelle nationale : CE, sect., 27 sept. 2006, n° 290716, Bayrou e. a., *Juris-Data* n° 2006-070758 ; *JCP A* 2006, act. 794 ; *RFDA* 2006, p. 1147, concl. E. GLASER, note R. DE BELLESCIZE ; sur l'organisation fixée au niveau national par la loi et l'organisation monopolistique : CE, avis, 11 mai 2006, n° 372040 ; sur le caractère non substituable de l'électricité : Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, *préc.*

²¹⁵² Cons. Const., déc. n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *JO* du 8 déc.2006. *Cah. Cons. Const.*, n° 22E ; J.E. SCHOETTL, "Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie (1ère partie)", *LPA*, n°244, 7 dec. 2006, p.3-23, et n°245, 8 déc. 2006 p.16-21 ; G. DRAGO, "Service public de l'énergie : fin d'un service public national, à propos de la décision du Conseil constitutionnel, loi relative au secteur

caractéristiques similaires.

La distribution publique d'électricité et de gaz constitue un service public à caractère industriel et commercial relevant de la compétence des communes ou de leurs groupements, en principe dans le cadre d'une délégation de service public, où ERDF et GRDF constituent des concessionnaires obligés²¹⁵³. Elle est qualifiée de service public de la distribution d'électricité et de gaz par le législateur et le juge administratif, tandis que le juge constitutionnel précise sa nature de service public local²¹⁵⁴. Une solution similaire devrait être appliquée concernant la production et la distribution de chaleur qui poursuivent un but d'intérêt général et relèvent de la compétence des collectivités locales, charge à elles d'en définir le mode de gestion. La distribution d'électricité constitue un service public obligatoire contrairement à la chaleur et au gaz qui relèvent des services publics facultatifs²¹⁵⁵.

A l'inverse, la fourniture de gaz et d'électricité semble devoir être écartée de cette qualification, bien qu'elle soit soumise à certaines obligations de service public. Cependant, Philippe Terneyre remarque que des obligations de service public de fourniture d'électricité telles que l'approvisionnement des clients n'ayant pas opté pour le marché concurrentiel ou ayant décidé de revenir aux tarifs réglementés, reposent essentiellement sur EDF et pourraient présenter le caractère d'un service public national²¹⁵⁶. Cette qualification demeure incertaine du fait de leur censure constitutionnelle²¹⁵⁷.

Alors que l'intervention prétorienne précise les contours du service public de l'énergie, des interrogations persistent quant à son contenu.

2) Un contenu incertain

Une première interrogation touche à la classification et conduit à s'interroger sur les relations qu'entretiennent le droit d'accès aux réseaux et le droit à l'énergie avec le service public de l'énergie (a). La seconde est relative à l'insécurité juridique des tarifs réglementés de l'énergie (b).

a) La place du droit d'accès aux réseaux et du droit à l'énergie

Le droit d'accès aux réseaux assure un rôle essentiel dans la réalisation du service public de l'énergie²¹⁵⁸. Il repose sur un principe de transparence et se caractérise par une série d'obligations

de l'énergie", *JCP A*, n°4, 22/01/2007, p.30-38 ; G. MARCOU, "Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ?", *AJDA*, n°7, 2007, p.192-198 ; G. CHAVRIER, "Le service public de l'électricité est-il menacé?", *DA*, oct. 2002, p.10

²¹⁵³ CGCT, art. L. 2224-31 ; Cons. const., déc., 30 nov. 2006, *préc.*, consid. 18 ; H. BONIFACY, *Le service public de la distribution de l'énergie*, thèse droit, Paris, 1921 ; P. TESTE, *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Dalloz, Paris, 1940

²¹⁵⁴ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *préc.*, art. 8 ; confirmé par le Conseil d'État: *EDCE*, 1995, n°43, p. 2826 ; Cons. Const., décision n°2006-543 DC, loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, *JO* du 8 décembre 2006, p. 18544, consid. 18

²¹⁵⁵ E. GINTRAND, "Services publics locaux", *JCLA*, fasc. 126, 20/12/2006

²¹⁵⁶ P. TERNEYRE, "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension - à propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", *AJDA*, 2010, p.1640

²¹⁵⁷ Cons. Const., déc. n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*

²¹⁵⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, "Appliquer le droit de la régulation au secteur agricole", *Lamy Concurrence*, n°4, août-oct. 2005, p.126

L'organisation du service public de l'énergie

imposées aux gestionnaires de réseaux afin de le rendre effectif²¹⁵⁹. La question est de savoir si le droit d'accès fait partie intégrante ou non du service public de l'énergie. Laurent Richer y répond par la négative en considérant que la distinction se manifeste dans l'obligation de motiver les décisions défavorables alors que ce refus ne s'inscrit pas dans le cadre d'un acte administratif²¹⁶⁰. De plus, le tarif d'accès doit obligatoirement être fixé en fonction des coûts qu'il représente²¹⁶¹. A l'inverse, le régime de service public dépasse la logique du droit d'accès qui ne s'exerce que dans les limites des capacités du réseau, alors que les obligations de service public impliquent un développement du réseau pour l'adapter aux besoins. Enfin, ce droit est codifié dans un titre relatif aux principes régissant les marchés de l'énergie, alors que les dispositions concernant le service public bénéficient d'un titre spécifique. Par conséquent, le droit d'accès aux réseaux semble extérieur au service public de l'énergie mais le supplée.

La question porte également sur la place du droit à l'énergie²¹⁶². Alors que le service public de l'énergie pourrait être supprimé par le législateur européen, le droit à l'énergie bénéficie d'une garantie de pérennité en contribuant à l'objectif constitutionnel de la « *possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* ». Le juge constitutionnel précise que le législateur peut « *modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre* »²¹⁶³. De plus, il est codifié en dehors du titre relatif aux obligations du service public de l'énergie. Par conséquent, le droit à l'énergie semble ne pas appartenir au service public de l'énergie mais cohabite avec lui²¹⁶⁴.

En complément, des interrogations portent sur la sécurité juridique des tarifs réglementés.

b) L'insécurité juridique des tarifs réglementés

Les tarifs réglementés de la fourniture de gaz et d'électricité sont arrêtés par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie sur avis de la CRE et mis en œuvre par EDF, GDF-Suez et les entreprises locales de distribution²¹⁶⁵. Leur établissement à tous les clients, quelle que soit leur situation géographique et financière vise à garantir l'égalité d'accès au service public de l'énergie²¹⁶⁶. En ce sens, le médiateur national de l'énergie approuvait le vote par l'Assemblée

²¹⁵⁹ G. CHAVRIER, "Electricité", *préc.* ; M. LONG, "Gaz", *préc.*

²¹⁶⁰ L. RICHER, "Droit d'accès et service public", *préc.*

²¹⁶¹ Cons. conc., *L'orientation des prix vers les coûts*, Rapport annuel, 2002, p. 67 et s.

²¹⁶² A. GUÉROULT, "Le droit à l'énergie : un droit plus égal entre usagers et mieux diffusé dans le monde", in E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie*, Passages, 1996, p.37-38

²¹⁶³ Cons. const., 19 janv. 1995, n° 94-359 DC, *préc.*

²¹⁶⁴ L. RICHER, "Droit d'accès et service public", *préc.*

²¹⁶⁵ C. éner., art. L.337-6 et s. et L.445-1 et s. Ils sont révisés au moins une fois par an ; à l'issue d'une période transitoire s'achevant le 7 décembre 2015, les tarifs réglementés de vente d'électricité seront proposés par la CRE aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie, proposition réputée acquise en l'absence d'opposition de l'un des ministres dans un délai de trois mois suivant cette réception ; décret n° 2009-975 du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, *JORF* n°186 du 13 août 2009 p. 13424 ; décret n° 2009-1603 du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel, *JORF* n°0296 du 22 décembre 2009 p. 22082 ; E. DYÈVRE, "Tarifs réglementés de vente de gaz: une nouvelle réglementation", *Décryptages*, n°18, mars/avril 2010, p.5 ; C. BARTHÉLÉMY, "Tarifs réglementés de vente et réorganisation de la distribution publique", *CJEG*, n°641, avril 2007, p.131-149

²¹⁶⁶ P. QUILICHINI, "La modernisation du service public de l'électricité", *LPA*, n°217, 31/10/2000 p.10

Le service public de l'énergie

nationale d'une proposition de loi permettant le prolongement de leur réversibilité concernant l'électricité et leur extension au gaz naturel²¹⁶⁷. Selon Guillaume Drago, ces tarifs sont indubitablement liés à la conception française du service public²¹⁶⁸.

Contrairement à la période précédent l'ouverture à la concurrence, ceux-ci doivent désormais couvrir les coûts moyens complets d'approvisionnement, sous peine d'empêcher toute concurrence d'émerger durablement²¹⁶⁹. En ce sens, le Conseil d'État fut amené à censurer un arrêté ne respectant pas ce principe et suite aux conclusions de la commission Durieux, la procédure d'adoption fut révisée²¹⁷⁰. Dans le prolongement, le juge des référés du Conseil d'État a suspendu un arrêté ministériel gelant certains postes des tarifs réglementés de gaz et enjoint aux ministres compétents de se prononcer à nouveau sur la fixation des tarifs²¹⁷¹. Cette ordonnance confirme les arrêts Société Poweo et Fédération Française de Combustibles, Carburants et Chauffages, le juge considérant insuffisantes les hausses tarifaires pour couvrir les coûts moyens complets du fournisseur historique, pouvant en conséquence entraîner une perturbation dans le bon fonctionnement du marché du gaz naturel²¹⁷².

Elle est corroborée par un arrêt du 10 juillet 2012 annulant un arrêté du 29 septembre 2011 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel²¹⁷³. Cette insécurité juridique est confirmée par une annulation de l'arrêté du 13 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, en date du 22 octobre 2012²¹⁷⁴. Outre son caractère rétroactif, cette décision pose le problème d'une « absence de critère objectif de différenciation » et des critères qui « ne sont pas suffisamment clairs ». Cette censure implique donc un travail de refonte des grilles tarifaires, celui-ci devant se combiner aux dispositions de l'article L.337-6 du Code de l'énergie disposant que « dans un délai s'achevant au plus tard le 31 décembre 2015, les tarifs réglementés de vente d'électricité sont progressivement établis en tenant compte de l'addition du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément à la fourniture d'électricité qui inclut la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale ». Ces arrêts posent donc le problème de la construction tarifaire des tarifs réglementés du secteur énergétique et plus largement celui de leur validité au regard du droit

²¹⁶⁷ MÉDIATEUR NATIONAL DE L'ÉNERGIE, *Rapport d'activité pour 2009*, 2010

²¹⁶⁸ G. DRAGO, "Service public de l'énergie : fin d'un service public national, à propos de la décision du Conseil constitutionnel, loi relative au secteur de l'énergie", *JCP A*, n° 4, 22/01/2007, p.30-38 ; v. également : S. JUSTIER et V. JAUNET, "La réglementation des tarifs d'électricité : Un débat énergétique", *Concurrences*, n° 4, 01/10/2009, p.11-14 ; S. GENEVAZ, "Libéralisation et réglementation des tarifs de l'électricité", *Concurrences*, n° 4, 01/10/2009, p.22-24

²¹⁶⁹ Cons. Concu, avis n° 07-A-08 du 27 juill. 2007, relatif à une demande du Conseil d'État à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France, pt 212 ; *DA*, 2005, comm. 33, note M.BAZEX et S.BLAZY

²¹⁷⁰ CE, 10 déc. 2007, n° 289012 et 289776, *Sté Poweo et Fédération française des combustibles, carburants et chauffage* ; M. BAZEX et S. BLAZY, "La place des données économiques et concurrentielles dans la détermination des tarifs réglementés du gaz", *DA*, n° 2, comm. 29, fév. 2008

²¹⁷¹ CE, ord., 28 nov. 2011, n° 353554, *Assoc. nationale opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, *JurisData* n° 2011-027467 ; M. BAZEX, "Le contrôle par le Conseil d'État des mesures de détermination des tarifs réglementés de vente du gaz naturel", *DA*, n° 2, fév. 2012, comm. 21

²¹⁷² C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public : L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics*, thèse droit, Aix-Marseille III, 2010, p.233 et s.

²¹⁷³ CE, 10 juil. 2012, *SA GDF Suez et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n° 353356 ; C. BOITEAU, "Les tarifs réglementés du gaz controversés", *AJDA*, n° 24, 2012, p.1305

²¹⁷⁴ CE, 22 oct. 2012, *SIPPEREC*, n° 332641

L'organisation du service public de l'énergie

de l'Union²¹⁷⁵.

En effet, les directives sur le marché intérieur de l'énergie ne les abordent pas directement et ceux-ci n'ont pas vocation à perdurer. Le Conseil constitutionnel a dans un premier temps censuré partiellement ces tarifs dans le cadre de la loi relative au secteur de l'énergie²¹⁷⁶. La juridiction suprême souleva d'office la question en considérant qu'ils méconnaissent « *l'objectif d'ouverture du marché concurrentiel de l'énergie* », ces dispositions imposant « *des obligations tarifaires permanentes, générales et étrangères à la poursuite d'objectifs de service public* ». La Commission européenne confirme la position du Conseil de l'UE par une mise en demeure de la France, soutenue par la CRE qui les appréhende comme un obstacle majeur à l'entrée de nouveaux concurrents sur les marchés du gaz et de l'électricité²¹⁷⁷. En effet, si les directives n'interdisent pas une réglementation des prix, celle-ci ne peut intervenir que dans des conditions précisées par le juge de l'Union.

Or, dans un arrêt de Grande chambre, le juge européen précise que les tarifs réglementés du secteur énergétique peuvent coexister avec le marché concurrentiel à condition d'être justifiés par l'intérêt économique général ; s'ils résultent de circonstances spécifiques ; si les dispositions sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires, contrôlables et garantissent aux entreprises du secteur dans l'Union, un égal accès aux consommateurs²¹⁷⁸. Alors que la loi sur la nouvelle organisation du marché de l'électricité prévoit la disparition des tarifs réglementés pour les gros consommateurs, elle les maintient pour les particuliers. Cette situation pourrait conduire à des problèmes de constitutionnalité voire à une condamnation en manquement à l'échelle européenne²¹⁷⁹. En ce sens, la Commission européenne a demandé officiellement à la France de mettre sa législation nationale sur les tarifs réglementés du gaz naturel pour les clients finaux non résidentiels en conformité avec les règles de l'Union européenne, appréhendant ceux-ci comme un

²¹⁷⁵ M. LOMBARD, "L'État face à l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz : un pompier pyromane ?", *RJEP*, n° 646, repère 3, oct. 2007

²¹⁷⁶ Cons. Const., déc. n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *JO* du 8 déc. 2006. *Cah. Cons. Const.*, n° 22 ; C. VIAL, "La loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, entre ouverture et protection", *Env.*, n° 3, étude 5, mars 2007 ; N. CHARBIT, "Censure partielle de la loi relative au secteur de l'énergie : le Conseil constitutionnel, juge communautaire de la concurrence", *AJDA*, 2006, p. 2438 ; C. CLARENC, "Le Conseil constitutionnel programme l'extinction des tarifs réglementés de vente dans le secteur de l'électricité", *LPA*, n° 4, 4 janv. 2007 p. 3-8 ; R. DE BELLEZCIZE, "Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel (à propos de l'arrêt du Conseil d'État, section, 27 décembre 2006, Bayrou et autres et de la décision du Conseil constitutionnel, n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie)", *RFDA*, n° 6, 2006, p. 1163 ; G. DRAGO, "Service public de l'énergie : fin d'un service public national, à propos de la décision du Conseil constitutionnel, Loi relative au secteur de l'énergie", *JCP A*, n° 4, 2007, p. 30-38 ; G. MARCOU, "Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ?", *AJDA*, n° 7, 2007, p. 192-198 ; J.E. SCHOETTL, "Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie (1ère partie)", *LPA*, n° 244, 7 dec. 2006, p. 3-23, et n° 245, du 8 dec. 2006, p. 16-21 ; P. LIGNIÈRES et R. LAZAR, "L'énergie en France au 1er juillet 2007, hésitations autour de la libéralisation et de la privatisation", *DA*, n° 8, étude 13, août 2007

²¹⁷⁷ Communiqué de la Commission européenne, n° IP/07/815 du 13/06/2007 ; J.P. TRAN THIET et T. TUOT, "La France reçoit notification de 5 lettres de mise en demeure par la Commission", *Concurrences*, n° 2, 2006, p. 151

²¹⁷⁸ CJUE, gde ch., 20 avr. 2010, aff. C-265/08, *Federutility* ; L. IDOT, "Intervention de l'État dans la fixation du prix", *Europe*, comm. 206, juin 2010 ; sur la coexistence de tarifs réglementés dans le marché concurrentiel. D. SPECTOR, S. JUSTIER, V. JAUNET, A. DE CADARAN, M. BELOT, S. GENEVAZ et E. DYEUVRE, "La réglementation des tarifs d'électricité : Un débat énergétique", *Concurrences*, n° 4, Tendances, 2009

²¹⁷⁹ Comm. CE, 10 mars 2009, communiqué IP/09/376, *DA*, "Enquête sur les tarifs réglementés de l'électricité en France", n° 4, Avril 2009, alerte 25

Le service public de l'énergie

obstacle pour les nouveaux venus sur le marché²¹⁸⁰. Selon la Commission, la législation française ne répondrait ni à la nécessaire limitation dans le temps d'une application des prix réglementés, ni au caractère proportionné au regard de l'objectif d'intérêt économique général poursuivi. Cette insécurité juridique des tarifs réglementés se conjugue avec celle du prix d'achat d'électricité d'origine renouvelable étudiée dans le chapitre consacré à l'évaluation de la règle énergétique.

Le service public de l'énergie se caractérise donc par des principes et des contours progressivement affinés. Ce corps de règles est mis en œuvre dans un régime juridique précisant ses modalités d'exécution afin de concourir à son effectivité.

II. Le régime juridique

Le service public de l'énergie renvoie à la notion d'égalité, où « *les riches paient pour les plus pauvres, les zones centrales paient pour les zones périphériques isolées* »²¹⁸¹. Il se traduit par des orientations générales sur l'égalité de traitement, l'aménagement du territoire, et la péréquation tarifaire. Ces exigences reposent sur des règles relatives au financement du service (A), et sur les garanties de sa pérennité (B).

A. Le financement du service public

Le service public de l'énergie se caractérise par un financement d'une double nature (1), dont le contrôle est opéré selon deux méthodes complémentaires (2).

1) La double nature du financement

Le financement du service public de l'énergie s'opère dans le cadre de redevances (a) conformément à un principe de péréquation des contributions (b).

a) Une redevance pour le fonctionnement du service

Le service public de l'énergie est en principe financé dans le cadre de redevances. Le juge administratif définit la redevance pour service rendu, comme toute somme demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement ou d'entretien d'un ouvrage public, et trouvant une contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage²¹⁸². Bien qu'il n'existe pas de lien direct entre le service public et le service rendu, les modalités de financement du service public de l'énergie tendent à caractériser une conception marchande, au motif que les contributions de l'utilisateur doivent être ajustées à la contrepartie de son utilisation²¹⁸³. Ce principe est particulièrement prégnant dans le

²¹⁸⁰ Comm. UE, communiqué IP/12/542, 31 mai 2012

²¹⁸¹ C. STOFFAES, "Droit à l'énergie et service public : le passé et l'avenir", in E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie*, Passages, 1996, p.30

²¹⁸² G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public, préc.*, p. 124 et s.

²¹⁸³ CE, 30 sept. 1996, *Sté stéphanoise des eaux et ville de Saint Etienne, Rec.*, p. 355 ; R. FRAISSE, "Les redevances pour service rendu: Tentative de clarification", *DA*, juin 2005, p.12 ; l'autorité administrative « met à la disposition des usagers des prestations mais c'est elle seule qui détermine, en fonction de considérations générales qu'elle apprécie, la consistance et les modalités (notamment tarifaires) de cette offre »: J.-F. LACHAUME, "Le point de vue du juriste: personnes, administrés, usagers, clients?", in IFSA, *Administration: droit et attentes des citoyens*, La documentation française, 1998, p.29

L'organisation du service public de l'énergie

service public de l'énergie, puisque les charges imputables qui en résultent font l'objet d'une compensation²¹⁸⁴.

Contrairement à la taxe, la redevance renvoie donc à l'idée d'un service rendu²¹⁸⁵. Par conséquent, le Conseil d'État affirme que les différenciations tarifaires d'un service public industriel et commercial ne sauraient être justifiées au regard du principe d'égalité, que si elles portent sur des catégories différentes d'usagers ou si elles sont justifiées par des considérations d'intérêt général, fondées sur des différences objectives de situation des usagers concernés, en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage²¹⁸⁶. Le Conseil constitutionnel confirme cette jurisprudence, dessinant les conditions dans lequel le législateur doit s'inscrire²¹⁸⁷. La notion de service rendu, si elle exclut le principe de gratuité, renvoie en revanche à celle de solidarité et devrait être appréhendée au niveau de l'ensemble de la collectivité, comme constitutive d'un cadre structurel complémentaire aux aides ponctuelles tel qu'en témoigne le droit à l'énergie²¹⁸⁸.

La particularité du financement du service public de l'énergie tient encore aux modalités d'affectation desdites redevances, marquées par la péréquation.

b) Une péréquation des contributions du service public

La péréquation consiste à répartir les charges et les impôts dans une finalité égalitaire. Elle constitue un instrument essentiel du service public de l'énergie. En ce sens, les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité font l'objet d'un tarif national unique tandis que les réseaux gaziers et de GNL sont péréqués à l'intérieur de la zone de desserte de chaque gestionnaire²¹⁸⁹. Le Conseil constitutionnel affirme que cette péréquation est compatible avec le principe de libre administration des collectivités territoriales²¹⁹⁰.

En complément, le financement des missions de service public s'effectue par un recours à des fonds de péréquation, ce système présentant l'avantage de faire participer l'ensemble des opérateurs tout en économisant l'argent public²¹⁹¹. La contribution au service public de l'électricité (CSPE) a pour objet de compenser les surcoûts résultant de la production dans les zones non-interconnectées au réseau métropolitain, de financer les tarifs d'achat préférentiels de production d'électricité par cogénération et à partir d'énergie renouvelable, de compenser le manque à gagner résultant de la tarification spéciale de « *produit de première nécessité* », et de financer le budget du

²¹⁸⁴ C. éner., art. L.126-1 et s. ; L.121-35 et s.

²¹⁸⁵ CE, 2 nov. 1987, *Mansier*, Rec., p. 341 ; CE Ass., 10 juill. 1996, *Sté Direct Mail Promotion e.a.*, Rec., p. 277

²¹⁸⁶ CE, 12 juill. 1995, *Cne de Maintenon*, Rec., p. 305

²¹⁸⁷ Cons. Const., déc. n°2005-513 DC, du 14 avril 2005, *loi relative aux aéroports*, Rec., p. 67 ; E. FATÔME, "Le régime juridique des biens affectés au service public", *AJDA*, 2006, p.178

²¹⁸⁸ G.-J. GUGLIELMI, "L'introuvable principe de gratuité du service public", in ouvr. coll. *La Gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, 2003, p.39-54 ; M. GUENAIRE, "Le service public au cœur du modèle de développement français", *JCP A*, n°20, 1209, 2005

²¹⁸⁹ C. éner., art. L.337-1 et s. et L.445-3 et s. B. DURIEUX, B. BROCHAND et J.-M. CHEVALIER, *Conclusions des travaux de la commission chargée d'analyser les prix dans le marché du gaz*, La documentation française, 2006 ; L. RICHER, "Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz", *préc.*

²¹⁹⁰ Cons. const., déc. n°2006-543 DC du 30 nov. 2006, *loi relative au secteur de l'énergie*, consid. 31, Rec., p. 120 ; M. LONG, "Gaz", *préc.*, n°167

²¹⁹¹ P. QUILICHINI, "La modernisation du service public de l'électricité", *LPA*, n°217, 31/10/2000 p.10 ; F. MIRABEL, J. PERCEBOIS et J.-C. POUDOU, "Le financement des missions de service public dans un marché électrique déréglementé : le cas du développement de "l'électricité verte"", *Revue de l'énergie*, n°529, septembre 2001, p.433-443

Le service public de l'énergie

médiateur national de l'énergie²¹⁹². Elle est due par l'ensemble des consommateurs finals d'électricité au prorata des kilowattheures consommés et reversée à la Caisse des dépôts et consignations.

Le fonds de péréquation de l'électricité (FPE), dont la gestion comptable est assurée par EDF, a pour objet de compenser les surcoûts de service public de la distribution d'électricité par une répartition entre l'ensemble des distributeurs²¹⁹³.

Le fonds d'amortissement des charges d'électrification (FACE), essentiellement financé par les distributeurs urbains d'électricité, collecte une fraction des recettes provenant de la distribution d'électricité pour financer les travaux d'extension des réseaux desservant les communes rurales. Il contribue également à la politique environnementale en finançant des opérations d'enfouissement des lignes aériennes des réseaux électriques ruraux, aux opérations de maîtrise de la consommation, et à la production d'énergie renouvelable²¹⁹⁴.

Les obligations de service public dans le domaine du gaz font l'objet d'une compensation dans le cadre de la contribution au tarif spécial de solidarité (CTSS), administrée par la Caisse des dépôts et consignations, et visant à compenser les coûts liés à la fourniture de gaz au tarif spécial de solidarité et l'obligation d'achat de biogaz, par une contribution des fournisseurs de gaz naturel au prorata des kilowattheures facturés aux clients²¹⁹⁵.

Les charges du service public de l'énergie sont donc compensées et l'autorité administrative doit en assurer la réalisation²¹⁹⁶. Or, dans une communication du 11 février 2009, la CRE indique que le montant de la CSPE dépasserait le montant maximal institué par le législateur, entraînant un déficit de recouvrement évalué à 482 millions d'euros²¹⁹⁷. La CRE précise que la non-modification de la contribution aggrave le déficit pour EDF, évalué à 1,2 milliards d'euros²¹⁹⁸. Cette situation conduit à s'interroger sur les modalités d'encadrement de ces financements.

2) La double méthode d'encadrement

Les redevances du service public de l'énergie sont encadrées au niveau de la tarification (a) et de la rémunération du gestionnaire (b).

a) Une évaluation des tarifs

De manière générale, la Cour de justice de l'Union affirme que les objectifs de service public

²¹⁹² C. énerg., art. L.121-29 ; décret n° 2004-90 du 28 janvier 2004 relatif à la compensation des charges de service public de l'électricité, *JORF* n°24 du 29 janvier 2004

²¹⁹³ C. énerg., art. L.121-30 à 32

²¹⁹⁴ CGCT, art. L.2224-31

²¹⁹⁵ C. énerg., art. L.121-35 à 44

²¹⁹⁶ C. énerg., art. L.126-1 et s. L.121-35 et s.

²¹⁹⁷ CRE, communication du 11 février 2009 relative aux charges de service public de l'électricité et à la contribution unitaire pour 2009 ; le plafond fixé par l'article 5 de la loi du 10 février 2000, est égal à 7% du tarif réglementé de vente 6 kVA base (hors abonnement)

²¹⁹⁸ CRE, délibération du 8 octobre 2009 portant proposition relative aux charges de service public de l'électricité et à la contribution unitaire pour 2010 ; J. MARY, "Retours sur l'augmentation des charges du service public de l'électricité", *Droit de l'env.*, n° 184, nov. 2010, p.363

L'organisation du service public de l'énergie

imposés aux entreprises doivent être en relation avec leur capacité à réaliser ces obligations²¹⁹⁹. Ces montants font l'objet d'un contrôle par le juge administratif qui se fonde sur le « *principe d'orientation des tarifs sur les coûts* » et sur le principe d'égalité de traitement posé par la loi²²⁰⁰. Ils bénéficient d'un cadre juridique garantissant la rentabilité économique²²⁰¹.

Le financement de la distribution de chaleur obéit au droit commun des services publics locaux et ne peut être abandonné au délégataire, tandis que la redevance payée par l'utilisateur doit traduire le plus précisément possible le coût du service²²⁰². Le Conseil d'État précise que « *les tarifs des services publics à caractère industriel et commercial, qui servent de base à la détermination des redevances demandées aux usagers en vue de couvrir les charges du service, doivent trouver leur contrepartie directe dans le service rendu aux usagers* », celui-ci étant constitué des charges financières liées aux investissements, des charges d'exploitation et d'entretien, et d'une rémunération du délégataire²²⁰³.

Les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité et de gaz et des installations de GNL doivent être fondés sur des critères publics, objectifs et non-discriminatoires en tenant compte des caractéristiques du service rendu et des coûts liés²²⁰⁴. Ils sont établis dans une délibération de la CRE à laquelle les ministres de l'économie et de l'énergie peuvent s'opposer dans un délai de deux mois²²⁰⁵.

Pendant une période transitoire s'achevant le 7 décembre 2015, les tarifs réglementés de vente d'électricité sont arrêtés par les ministres chargés de l'énergie et de l'économie, après avis de la CRE. Ils seront ensuite proposés aux ministres par le régulateur et la décision sera réputée acquise en l'absence d'opposition dans un délai de trois mois²²⁰⁶. Les décisions sur les tarifs réglementés de vente de gaz sont prises conjointement par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur avis de la CRE²²⁰⁷.

Le montant des charges de service public est arrêté annuellement par le ministre chargé de l'énergie sur proposition de la CRE²²⁰⁸. Cette compétence est particulièrement importante puisque si le gouvernement peut rejeter sa proposition, il ne peut en aucun cas la modifier. Suite à un différend, la CRE considère que « *les auteurs du décret ne disposaient d'aucun pouvoir de modification de cette proposition [...], toute modification, qu'elle retransche, ajoute ou substitue des dispositions à laquelle ils prendraient des initiatives de procéder, aboutit à mettre en vigueur des*

²¹⁹⁹ CJCE, 20 févr. 2001, aff. C-205/99, *Analir e.a.* : *Rec. I*, p. 1271, pt 37

²²⁰⁰ CE, 3e et 8e ss-sect. réunies, 18 juill. 2008, n° 291602, *SNCF, JurisData* n° 2008-073907 ; *Rec. CE* 2008 ; M. BAZEX et S. BLAZY, "Quelle conciliation entre égalité et discrimination dans la détermination des tarifs du service public de l'électricité ?", *DA*, n° 11, nov. 2008, comm. 146 ; CONS. CONC., *Rapport pour 2002*

²²⁰¹ CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *P. Corbeau c./ Belgique, préc.*, §17

²²⁰² CAA Lyon, 20 mai 1999, *SA Comalait* ; *AJDA* 1999, p. 945

²²⁰³ CE, 30 sept. 1996, *Sté stéphanoise des eaux, Rec. CE*, p. 355 ; C. BOITEAU, "Délégation de service public", *JCLA*, fasc. 662, 30/10/2001

²²⁰⁴ C. éner., art. L.341-2 et L.452-1 ; B. DURIEUX, B. BROCHAND et J.-M. CHEVALIER, *Conclusions des travaux de la commission chargée d'analyser les prix dans le marché du gaz*, La documentation française, 2006 ; L. RICHER, "Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz", *préc.*

²²⁰⁵ C. éner., art. L.341-3 et L.452-3

²²⁰⁶ C. éner., art. L.337-4

²²⁰⁷ C. éner., art. L.445-2

²²⁰⁸ C. éner., art. L.121-9 et L.121-38

dispositions qui par nature, n'ont pas fait l'objet, en violation de la loi, d'une proposition de la CRE »²²⁰⁹. Suivant ce principe, la CRE écarte l'application d'un décret en se fondant non sur sa lettre mais sur l'intention des auteurs de la proposition conformément à la jurisprudence *Ponard*²²¹⁰.

La CRE évalue le montant annuel des charges du service public de l'électricité à 2,443 milliards d'euros pour 2010, ce coût ayant augmenté de 46% en une dizaine d'année²²¹¹. Cette inflation conduit à s'interroger sur les modalités du contrôle opéré sur la rémunération.

b) Un contrôle de la rémunération

Les opérateurs supportant des charges imputables aux missions de service public doivent les inscrire dans une comptabilité séparée, selon des modalités définies par la CRE²²¹². Le régulateur est ensuite chargé de contrôler la sincérité des opérations et dispose en sus de ses pouvoirs généraux (sanctions pécuniaires, retrait ou suspension de l'autorisation d'exploiter), de la possibilité de prononcer des sanctions particulières²²¹³.

La Cour des comptes opère un contrôle financier de ces opérations et invite dans son rapport annuel de 2011 à un débat sur le financement du développement de l'énergie photovoltaïque, en alertant sur le déficit croissant (2,6 milliards à fin 2010) à la charge d'EDF²²¹⁴. Le juge administratif peut contrôler la validité des tarifs adoptés par le ministre chargé de l'énergie au titre du service public. Le Conseil d'État a ainsi censuré un montant arrêté par la CRE au titre de la CSPE au motif que cette prérogative relevait de la compétence ministérielle²²¹⁵.

Localement, les redevances sont contrôlées dans le cadre d'un rapport annuel transmis par les opérateurs à l'autorité délégante, retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du service²²¹⁶. Il se complète d'une vérification initiale des clauses de la délégation sur demande du préfet puis par un contrôle des chambres régionales des comptes²²¹⁷. En ce sens, un rapport sur les relations entre la ville de Paris et ERDF établit par la chambre régionale des comptes d'Île-de-France dénonce la gestion de l'électricité dans la capitale, qui échappe à un contrôle sérieux des autorités municipales. Selon ce rapport : « *ERDF bénéficie d'un régime dérogatoire qui la dispense notamment d'établir un compte de résultat par concession* ». Cette situation « *empêche la Ville d'assurer complètement sa mission de contrôle* ». Tous les ans, ERDF fournit des compte-rendus aux autorités municipales, mais « *le caractère lacunaire des informations ne permet pas à la Ville d'exercer un suivi financier global de la concession* »²²¹⁸.

²²⁰⁹ CRE, 12 déc. 2002, *PEMAR c./ RTE* ; T. TUOT, "Régulation du marché de l'électricité: une année de règlement des différends", *RFDA*, mars-avril 2003, p.312-323

²²¹⁰ CE, 14 nov. 1958, *Ponard, Rec.* p. 554 ; J.-D. DREYFUS, "Règlement des différends dans le secteur de l'énergie - l'Autorité de régulation peut-elle écarter un acte réglementaire qu'elle estime illégal ? ", *AJDA*, 2011, p. 1312

²²¹¹ J. MARY, "Retours sur l'augmentation des charges du service public de l'électricité", *préc.*

²²¹² C. énerg., art. L.121-9 et L.121-36

²²¹³ La CRE peut par exemple assortir le non paiement de la CSPE et de la CTSS, d'une pénalité de 10 % du montant du, sans préjudice des sanctions encourues offertes au ministre en charge de l'énergie : C. énerg., art. L.121-18 et 40

²²¹⁴ "CSPE: la Cour des Comptes favorable à une remise à plat", *Energie2007*, 17/02/2011, www.energie2007.fr

²²¹⁵ CE 13 mars 2006, n° 255333, *EURODIF* ; A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n° .5, 01/02/2007.

²²¹⁶ CGCT, art. L. 1411-3

²²¹⁷ CGCT, art. L. 1411-18 ; CE, 8 déc. 1995, *Dpt Réunion, DA*, 1996, comm. n° 75 ; C. jur. fin., art. L. 111-4

²²¹⁸ J.-M. BEZAT, "La chambre régionale des comptes reproche à EDF d'avoir sous-investi dans la capitale", *Le Monde*,

L'organisation du service public de l'énergie

En complément, tout fait délictueux constaté par la mission interministérielle d'enquête, créée par la loi du 3 janvier 1991 doit être portée à la connaissance des parquets²²¹⁹. Les défaillances dans la tarification du service public de l'énergie peuvent également être révélées par l'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz, qui remet un rapport annuel au Parlement et au Gouvernement sur l'évolution des tarifs de vente du gaz et de l'électricité²²²⁰.

L'évaluation et le contrôle opérés sur la tarification du service permettent de maîtriser le prix de l'énergie pour l'utilisateur tout en offrant une rémunération équitable des opérateurs. Bien que la pérennité financière du service soit assurée, l'ouverture du secteur énergétique à la concurrence est parfois perçue comme une menace quant à son existence²²²¹. Par conséquent, les garanties juridiques de la sauvegarde du service public de l'énergie doivent être précisées.

B. Les garanties du service public

Personne ne dispose d'un droit acquis au maintien d'un service public et cet état du droit pourrait faire craindre sa suppression dans le secteur de l'énergie²²²². Cependant, des garanties existent en droit constitutionnel (1) et en droit de l'Union (2).

1) Les garanties nationales

Le service public bénéficie d'une protection particulière dans la Constitution mais son champ d'application demeure restreint concernant le secteur énergétique (a). De plus, la protection conférée par le service public national présente un caractère relatif (b).

a) Le service public constitutionnel

Dans la décision *Privatisations* de 1986, le Conseil constitutionnel s'est pour la première fois référé à la notion de « *services publics nationaux* » dont la nécessité « *découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle* »²²²³. Le Conseil ajoute que « *si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire, selon les cas, de déterminer les autres activités qui doivent être ainsi qualifiées, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise* »²²²⁴. La qualification de service public constitutionnel confère une protection de rang

27/09/2010

²²¹⁹ Loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *JORF* n°4 du 5 janvier 1991 p. 236 ; C. BOITEAU, "Délégation de service public - régime juridique", *JCLA*, fasc. 662, 30/10/2001

²²²⁰ Décret n°2003-415 du 30 avril 2003 relatif à la composition et au fonctionnement de l'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz, *JORF* n°107 du 8 mai 2003, p.7998

²²²¹ G. CHAVRIER, "Le service public de l'électricité est-il menacé ?", *DA*, oct. 2002, p.10 ; G. SAVARY, *L'Europe va-t-elle démanteler les services publics ?*, Éditions de l'Aube, 2005, note M. LOMBARD, *DA*, mai 2005, alerte 11

²²²² Concernant les publics administratifs : CE 27 janv. 1961, Vannier, *Rec.* p.60 ; concernant le service public industriel et commercial : CE 11 déc. 1963, Syndicat de défense en vue du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eygurande, *Rec.* 610 ; *JCP* 1964. II. 13753, note DUFAU ; *AJDA* 1964. 238 ; G. SAVARY, *L'Europe va-t-elle démanteler les services publics ?*, Éditions de l'Aube, 2005 ; G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, "Le service public à la française : une notion en extinction", *Cahiers français*, n° 339, Les Services publics, La Documentation française, août 2007, p.1

²²²³ Cons. const., déc. n° 86-207 DC du 25-26 juin 1986, *Rec.*1986, p. 61, consid. 53

²²²⁴ Cons. const., déc. n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, *préc.*, consid. 14 ; G. MARCOU, "Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ?", *AJDA*, n°7, 2007, p.192-198

Le service public de l'énergie

suprême aux services qui en bénéficient, puisque seule une révision de la Constitution permettrait d'y mettre fin²²²⁵. Le Conseil n'en a toutefois pas établi la liste, se limitant à en refuser le bénéfice au fil de sa jurisprudence²²²⁶. Néanmoins, cette qualification semble attachée à la souveraineté et pourrait s'appliquer à des services tels que la justice, la police, l'enseignement et la formation professionnelle, et les services de protection de la santé²²²⁷. Le service public de l'énergie ne semble donc pas bénéficier de cette qualification. En revanche, il pourrait disposer d'une protection au titre du service public national.

b) Le service public national

Le service public de l'énergie pourrait disposer d'une protection au titre du service public national par détermination de la loi, que le Conseil d'État définit comme un service public dont l'organisation a été fixée au niveau national par la loi et qui est confié par le législateur à une seule entreprise qui exerce son activité à l'échelle nationale²²²⁸. Cette qualification peut être établie lorsque le service est accordé à une entité unique, disposant de droits exclusifs et bénéficiant de prérogatives de puissance publique sur le territoire national²²²⁹. Elle semble devoir être écartée concernant la distribution d'électricité, de gaz, et de chaleur ainsi que sa production, qui constituent des services publics locaux²²³⁰. Elle semble également exclue pour les activités concurrentielles comme la production et la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que son transport et son stockage²²³¹. La fourniture d'électricité et de gaz à un tarif réglementé devrait également être écartée du fait de leur caractère inconstitutionnel²²³². En revanche, cette qualification pourrait s'appliquer au transport d'électricité qui répond aux critères fixés par le Conseil d'État. Par conséquent, cette garantie doit être précisée.

Le service public national fait obstacle au transfert dans le secteur privé de l'entreprise qui en est chargée²²³³. La portée de ce principe est toutefois relative puisque cette procédure demeure

²²²⁵ Cons. Const. n°86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *RJC I*, 254

²²²⁶ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, préc., p. 620-621

²²²⁷ J.P., "la crise du service public français", *LPA*, 12 oct. 1999, n° 203, p. 20

²²²⁸ CE, avis, 11 mai 2006, n° 372040 ; CE, sect., 27 sept. 2006, *Bayrou e. a.*, n° 290716 : *Juris-Data* n° 2006-070758, *JCP A* 2006, act. 794 ; *RFDA*, 2006, p. 1147, concl. E. GLASER, note R. DE BELLESCIZE ; J.E. SCHOETTL, "Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie (1ère partie)", *LPA*, n°244, 7 déc. 2006, p.3-23 ; n°245, p. 16-21

²²²⁹ G. DRAGO, "Service public de l'énergie : fin d'un service public national, à propos de la décision du Conseil constitutionnel, loi relative au secteur de l'énergie", *JCP A*, n°4, 22/01/2007, p.30-38

²²³⁰ Cons. const., déc. n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, préc., consid. 18 ; G. CHAVRIER, "Electricité", préc., § 12 et s.

²²³¹ Cons. const., déc. n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, préc., consid. 17 ; P. LIGNIÈRES et R. LAZAR, "L'énergie en France au 1er juillet 2007, hésitations autour de la libéralisation et de la privatisation", *DA*, n°8, étude 13, août 2007 ; M. LOMBARDF, "Interrogations d'un juriste sur les ambiguïtés de GDF SUEZ", *RJEP*, n°667, étude 9, août 2009

²²³² *Ibidem*, consid. 19 ; A. LE GALL, "La loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie : la libéralisation à reculons ?", *JCP E*, n°12, 1393, mars 2007

²²³³ Cons. const., déc. n°2004-501 D.C du 5 août 2004, *loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, consid. 13 ; J.-E. SCHOETTL, "La loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières devant le Conseil constitutionnel", *LPA*, n°166, 19/08/2004, p.3 ; Cons. const., déc. n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, *loi relative au secteur de l'énergie*, préc. ; M. LOMBARD, "Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole", in *Mélanges F. Moderne. Mouvements du droit public*, Dalloz, 2004, p.673

L'organisation du service public de l'énergie

possible à condition de priver cette entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national, à l'instar de la loi relative au secteur de l'énergie concernant la suppression du monopole de fourniture de gaz concernant Gaz de France²²³⁴. Le service public du transport d'énergie n'étant pas une exigence constitutionnelle, sa suppression pourrait résulter d'une loi conformément au principe du parallélisme des formes et des compétences²²³⁵. En effet, personne ne dispose d'un droit acquis au maintien d'un service public²²³⁶. Inversement, le législateur ne peut s'engager par avance à ne pas supprimer un tel service²²³⁷. La suppression d'un service public peut résulter de la disparition d'un besoin d'intérêt général, certains besoins se dissipant naturellement comme le service public du ravitaillement ou celui du rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère, à l'issue de la seconde guerre mondiale²²³⁸. Le service public peut également être supprimé en cas d'évolution technologique, la jurisprudence *Compagnie nouvelle du gaz Déville-lès-Rouen* validant la suppression du service public de l'éclairage au gaz au profit d'un service public faisant appel à la technologie de l'éclairage électrique²²³⁹.

Par conséquent, la suppression du caractère national du service public du transport d'électricité semble envisageable juridiquement. Elle pourrait trouver sa source dans des raisons politiques, une illustration pouvant résulter de la privatisation de la chaîne de télévision TF1 par la loi du 30 septembre 1986²²⁴⁰. Une deuxième hypothèse se fonderait sur des considérations financières²²⁴¹. Alors que le besoin subsiste, des services publics tels que des écoles, des crèches et des maisons de retraite disparaissent légalement au motif qu'ils représentent une charge financière excessive²²⁴². Une troisième hypothèse pourrait relever d'une disposition du droit de l'Union au même titre que l'inconstitutionnalité des tarifs réglementés de l'énergie.

Néanmoins, l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 offre une protection à leur suppression, dans la mesure où « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Cette protection apparaît faible dans la mesure où la situation de monopole résulte de

²²³⁴ G. DRAGO, "Service public national et services publics constitutionnels", *JCP A*, n°16, 16/04/2007, p.2099 ; G. ECKERT, "Privatisation de gaz de France", *Contrats et Marchés publics*, n°1, 2007, p.29 ; P.-A. MOLINA, "Le Conseil constitutionnel précise les conditions de la privatisation des services publics", *CJEG*, n°639, 2007, p.41 ; T. TUOT, "Énergie : le projet de loi sur la privatisation de GDF procède à la transposition des directives énergie de 2003", *Concurrences*, n°3, 2006, p.123

²²³⁵ Cons. const., 30 nov. 2006, *préc.*, §14 ; J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Armand Colin, 3e ed, 2004, Chap. 2 ; D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, Litec, 5è éd., 2003, p. 224 ; G. CHAVRIER, "Le service public de l'électricité est-il menacé?", *DA*, oct. 2002, p.10

²²³⁶ Concernant les publics administratifs : CE 27 janv. 1961, *Vannier, Rec.*, p. 60 ; concernant le service public industriel et commercial : CE 11 déc. 1963, *Syndicat de défense en vue du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eygurande, Rec.* 610 ; *JCP* 1964. II. 13753, note DUFAU, *AJDA* 1964. 238

²²³⁷ CE 27 janv. 1961, *Vannier, préc.*

²²³⁸ Concernant le service public du rapatriement : CE, 20 avril 1956, *Epoux Bertin, Rec.*, p. 167 ; B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique, préc.*, p. 98-102

²²³⁹ CE 10 janv. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz Déville-lès-Rouen, préc.*

²²⁴⁰ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication, *JORF* du 1 octobre 1986, p.11755 ; *RFDA*, 1987, p.343. Selon le rapport Péricard, elle doit s'interpréter « *ni comme une privatisation hasard, ni comme une privatisation sanction, mais comme une privatisation-option* », Rapport Péricard, AN, n°339, p.65

²²⁴¹ C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981, p. 208 et s.

²²⁴² P. TERNEYRE, "Les établissements publics industriels et commerciaux et l'espoir d'un renouveau : les EPIC locaux", *JCP A*, n°31, 27/072009, 2203

la volonté du législateur et que celui-ci pourrait-être démantelé comme ce fut le cas pour le gaz naturel²²⁴³. Une seconde protection pourrait être trouvée dans les mots de Pierre Mazeaud, alors président du Conseil constitutionnel lors de ses vœux au président de la République, affirmant que « *le droit européen, si loin qu'aïlle sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme « inhérent » : crucial et distinctif. Autrement dit : l'essentiel de la République* »²²⁴⁴. Cependant, la transposition des directives européennes constitue un objectif constitutionnel et il semble peu probable que le transport et les obligations de service public afférentes à la fourniture d'électricité puissent être qualifiés d'« *essentiel de la République* »²²⁴⁵. Le risque que fait peser le droit de l'Union sur le service public de l'énergie doit néanmoins être relativisé par l'intérêt croissant porté par celui-ci aux missions de service public.

2) Les garanties du droit de l'Union

L'expression « *obligations de service public* » est apparue en droit de l'Union dans la première directive sur le marché intérieur de l'électricité²²⁴⁶. La notion fut ensuite précisée en empruntant les deux voies distinctes du service d'intérêt économique général (SIEG) (a) et du service universel (b)²²⁴⁷.

a) Le service d'intérêt économique général

Le droit de l'Union n'a pas vocation à faire reposer le secteur de l'énergie entre les seules mains du marché. Il a progressivement consacré la notion de « *services d'intérêt économique général* » correspondant à des « *services de nature économique que les États membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général* »²²⁴⁸. La notion trouve son origine dans une communication de la Commission du

²²⁴³ L'analyse doctrinale montre que la définition des services publics nationaux relève très largement de la décision du législateur : G. VEDEL et J. RIVERO, *Dr. Soc.*, 1947, p. 13 ; P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, thèse droit, bibl. constitutionnelle et de science politique, 1994, t. 80 ; R. DE BELLESCIZE, "Les services publics constitutionnels", LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 244, 2005

²²⁴⁴ Déclaration du président du Conseil constitutionnel, Pierre Mazeaud, lors de ses vœux au président de la République le 3 janvier 2005, *JCP A* 2005, 1035 ; le Conseil constitutionnel affirme que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* » en application de l'article 88-1 de la Constitution et qu'il lui appartient de « *veiller au respect de cette exigence* » lorsqu'il est saisi d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire: Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, § 17 à 20 *JO* du 3 Aout 2006

²²⁴⁵ Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, §19

²²⁴⁶ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, "La notion de service public en droit européen", *AJDA* 2009, p. 1783-1787 ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, "La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz, une reconfiguration des obligations de service public", *RFDA*, 2007, p.74 ; A. AGUADO, "Libéralisation du marché intérieur", *Revue du droit de l'UE*, n°2, 2003, p.491 ; S. RODRIGUES, "l'impact du droit communautaire sur le régime de la fourniture de l'énergie électrique", *Service public et Communauté européenne, entre l'intérêt général et le marché*, tome I, introduction et approche sectorielle, actes du colloque de Strasbourg, 17-19 oct. 1996, sous la direction de R. KOVAR et D. SIMON, travaux de la CEDECE, la documentation française, 1998, p.328

²²⁴⁷ C. VANNINI, "Service d'intérêt économique général, obligation de service public, service universel: où en est le droit communautaire?" *Question d'Europe*, n° .61, 14/05/2007

²²⁴⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004, annexe 1; F. LAGONDET, "Du dogme du marché intérieur à la négociation sur le service public, à propos de la directive électricité", *Europe*, mai 1997,

L'organisation du service public de l'énergie

26 septembre 1996, complétée afin d'en préciser les contours²²⁴⁹. Elle fut reconnue dans le droit originaire par le traité d'Amsterdam consacrant non seulement leur existence mais aussi leur nécessité²²⁵⁰. Dans la première directive sur le marché intérieur de l'électricité, le législateur européen reconnaît aux États membres le droit d'imposer à l'ensemble des opérateurs des obligations de service public dans « *l'intérêt économique général* ». Le TFUE classe les SIEG parmi les valeurs communes de l'Union²²⁵¹. L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux dispose quant à lui que « *l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union* »²²⁵². Pour sa part, la Cour de justice validait le caractère d'intérêt économique général concernant les monopoles d'importation et d'exportation dont bénéficiaient EDF-GDF, permettant ainsi d'échapper aux règles de concurrence imposées par les traités en vue de satisfaire un intérêt général²²⁵³.

Les articles 3 des directives sur le marché intérieur de l'énergie reconnaissent la possibilité pour les États d'imposer aux entreprises dans l'intérêt économique général, des obligations de service public portant « *sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique, l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelable et la protection du climat* »²²⁵⁴. Conformément au principe de subsidiarité, ces dispositions restent facultatives, leur adoption étant laissée à la discrétion des États.

La Cour de justice encadre leur application en considérant que « *des dérogations aux règles du traité sont permises dès qu'elles sont nécessaires à l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique*

p. 4

²²⁴⁹ Communication de la Commission, les services d'intérêt général en Europe, *JOCE* C-281 du 26 sept. 1996 ; Une communication sur les services d'intérêt général en Europe adoptée en 2001 vise à préciser leur place dans le marché unique et présente l'expérience acquise dans différents secteurs notamment l'énergie: communication de la Commission, les services d'intérêt général en Europe, *JOCE* C-17 du 19 janv. 2001 ; le Livre vert sur les services d'intérêt général en Europe ouvre le débat sur les modalités pratiques de fonctionnement (organisation, financement, évaluation): livre vert de la Commission du 21 mai 2003, sur les services d'intérêt général, *JOCE* n° C-76 du 25 mars 2004 ; Le livre blanc de 2004 identifie certaines orientations en vue d'assurer une politique cohérente mais conclue à l'inappropriation d'une proposition de directive-cadre en la matière, renvoyant la question à un stade ultérieur: communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004 ; trois mesures adoptées par la Commission le 13 juillet 2005 sont connues sous le nom de « *paquet Monti* »: décision de la Commission concernant l'application des dispositions de l'article 86§2, du Traité aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ; directive de la Commission modifiant la directive n° 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ; document de travail : "Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensation de service public" Bruxelles, D/52891 DGCOMP/I1/D(2005)179 ; A. DESINGLY, "Les services d'intérêt général : une notion plurielle", *AJCT*, 2010, p.56 ; R. NOGUELLOU, "Un Livre blanc de la Commission européenne", *DA*, n°7, alerte 8, juill. 2004

²²⁵⁰ Traité CE, art. 16 ; P. CASSIA, "Service public français et droit communautaire", *LPA*, n°133, 04/07/2002, p.4

²²⁵¹ F. CHALTIEL, "Traité de Lisbonne : le service public", *LPA*, 30 mai 2008 n° 109, p. 6 ; voir le rapport d'information de B. DEROSIER et C. PHILIP sur le financement des services d'intérêt général, 26 oct. 2005

²²⁵² C. KROLIK, "Le traité de Lisbonne et l'environnement", *REDE*, n°2/2008

²²⁵³ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo, préc.* ; P. LOMBART, "Le service public du gaz sous les feux de l'actualité juridique", *AJDA*, 1998, p.873

²²⁵⁴ D. KATZ, "Adoption de deux nouvelles directives sur l'électricité et le gaz", *JCPA*, n°43, 20/10/2003, p.1389

Le service public de l'énergie

général »²²⁵⁵. Elle précise que pour être qualifiée de service public, la mission doit figurer dans « *un acte de la puissance publique* », qu'il s'agisse d'une loi, d'un acte réglementaire, voire de concessions de droit public²²⁵⁶. Cette mission doit présenter un lien avec l'objet du SIEG en cause et contribuer à la satisfaction de cet intérêt²²⁵⁷. Ces obligations doivent être clairement définies, transparentes, non-discriminatoires et vérifiables, pour garantir aux entreprises du secteur un égal accès aux consommateurs nationaux²²⁵⁸. Elles pourraient alors bénéficier de droits exclusifs, à condition qu'ils soient justifiés par la mission particulière qui leur est confiée²²⁵⁹. Pour autant, les obligations imposées doivent découler directement de la mission de service public et non d'une volonté de détourner l'effet utile des directives. Par conséquent, si un tarif social peut être créé au profit des consommateurs démunis, la libéralisation du secteur s'oppose au maintien d'une réglementation des prix depuis l'ouverture totale du marché à la concurrence²²⁶⁰.

Les États peuvent poser des restrictions à la concurrence pour assurer les activités relevant des missions d'intérêt général, sous réserve du respect de trois conditions. Premièrement, l'entreprise en cause doit être formellement investie d'une mission économique d'intérêt général par les autorités nationales ; ensuite, un obstacle à l'accomplissement du service doit exister, soit parce que le fonctionnement du service devient matériellement impossible, soit parce que l'équilibre financier du service économique d'intérêt général se trouve menacé par la concurrence ; enfin, le développement des échanges ne doit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt communautaire²²⁶¹.

Dans ce sens, la Cour de justice reconnaît la validité d'une indemnisation des obligations de service public²²⁶². Le juge de Luxembourg précise que les paramètres de compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, cette compensation ne pouvant dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés, sur la base d'une analyse des coûts²²⁶³. Sur le fond, le triptyque de l'égalité, la continuité, et la mutabilité tendrait donc à muer vers une trilogie promettant équité, fiabilité, et qualité²²⁶⁴.

²²⁵⁵ CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pts. 54 et 59.

²²⁵⁶ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo, préc.*, pts. 65 et 66

²²⁵⁷ CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, *Rec.*, I, p. 5815, pt 68

²²⁵⁸ C. CHARBIT, "L'Europe de l'électricité : transposition comparée de la directive C.E. 96/92 du 15 mars 1996", *Gazette européenne, Gaz. Pal.*, 11-12 juin 1999, p. 7.

²²⁵⁹ CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *P. Corbeau c./ Belgique, préc.* L'arrêt Corbeau précise que « *des droits spéciaux et exclusifs* » peuvent être accordés « *dans la mesure où des restrictions à la concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires de droits exclusifs* » ; S. DESSELAS et S. RODRIGUES, "Marché unique et services publics. La Cour de justice poursuit sa quête de l'équilibre", *LPA*, 16/02/1998, p.9 ; R. KOVAR, "La fée électricité : plus de lumière sur les articles 37 et 90 du Traité CE", *Europe*, chron. 212, 1997 ; F. HAMON, "Question de la conformité au Traité de Rome du monopole relatif aux importations et aux exportations de l'électricité et du gaz", *AJDA*, 1997, p.99

²²⁶⁰ Cons. const., déc. n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, *loi relative au secteur de l'énergie, préc.*

²²⁶¹ O. RAYMUNDIE, "chronique de droit communautaire", *LPA*, 15/03/1995, n°32, p.4

²²⁶² CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring.*, aff. C-53/00, *Rec. CJCE*, p. I-9067, pt 27.

²²⁶³ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, aff. C-280/00 ; CJCE, 27 nov. 2003, *Enirirsorse SpA*, aff. Jtes C-34/01 à C-38/01

²²⁶⁴ V. DONIER, "Les lois du service public: entre tradition et modernité", *AJDA*, 2006, p.1219 ; l'équité réside dans l'exigence d'une énergie accessible au consommateur, la fiabilité se justifie par les exigences de sûreté assignées aux opérateurs, la qualité se manifeste par l'obligation imposée aux entreprises du secteur de faire évoluer leur offre en tenant compte des innovations technologiques et des aspirations sociales.

En parallèle, l'Union accorde une importance croissante à la notion de service universel, assurant une fonction de seuil plancher du service public de l'énergie.

b) Le service universel de l'énergie comme seuil plancher

Le service universel se présente comme un « *droit universel* » d'accès à certains biens et services essentiels dans des conditions « *raisonnables* », parce que ces services sont constitutifs d'une citoyenneté moderne et qu'en être privé constituerait une forme d'exclusion²²⁶⁵. Il est appréhendé par Marceau Long comme « *un service public minimal* » accompagnant les processus de libéralisation²²⁶⁶. Cependant, ce droit demeure relatif puisque sauf exception, il n'est pas gratuit, le droit faisant référence à un « *tarif raisonnable* ». Il trouve son fondement dans le fait que si la libéralisation des marchés est censée produire des effets globalement positifs, elle s'avère « *localement* » déficiente²²⁶⁷.

Le service universel a vocation à s'appliquer à des biens et des services pour lesquels il n'existe pas de substituts. Tel est le cas de l'électricité, contrairement au gaz, pour lequel un raccordement universel s'avère irréaliste, pour des raisons tant économiques que techniques, et parce que des biens et des services de substitutions comme l'électricité existent. Le service universel de l'électricité est défini par le législateur européen comme le droit pour tous les clients résidentiels (et lorsque les États le jugent approprié, les petites entreprises) d'être approvisionnés sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non-discriminatoires²²⁶⁸. Il est guidé par le principe d'universalité du service, sa continuité, l'égalité de traitement et d'accès des usagers, l'obligation de fourniture de l'énergie, une péréquation des tarifs et, la sécurité des approvisionnements²²⁶⁹. Il conduit implicitement à une reconnaissance du droit à l'énergie en imposant aux États de veiller à garantir une protection adéquate des consommateurs vulnérables, par « *l'interdiction de l'interruption de la connexion à l'électricité de ces clients lorsqu'ils traversent des difficultés* »²²⁷⁰. Ces dispositions se complètent par des obligations pour les États de protéger les clients finals dans les régions reculées,

²²⁶⁵ J. GADREY, "Service universel, service d'intérêt général, service public, un éclairage à partir du cas des télécommunications et du secteur postal", *Revue Politiques et management public*, n°5, vol. 2, 1990, p.43-72 ; M. BAZEX, "La réception du « service universel en droit interne français : l'exemple du service bancaire de base », in L. GRARD, *L'Europe et les services publics. Le retour de la loi*, Presses universitaires de Bordeaux, 2007 ; P. ESPLUGAS, "Le service universel", *DA*, 1 déc. 2002, p.6-11 ; A. FIQUET, "Vers une réconciliation entre l'Europe et les services publics", *AJDA*, 1999, p.864 ; P. ESPLUGAS, "Notion de service public. droit interne et droit communautaire", *JCL A*, fasc. 149, août 2001 ; Y. GAUDEMET, "Le service public à l'épreuve de l'Europe: vrais et faux procès", *Dalloz, Mélanges Benoît JEANNEAU*, 2002, p.482 ; L. RAPP, "La politique de libéralisation de services publics en Europe, entre service public et service universel", in *RMCUE*, n°389, juin-juill. 1995, p.352 ; M. DEBÈNE et O. RAYMUNDIE, "Sur le service universel : renouveau ou nouvelle mystification ?", *AJDA*, 1996, p.188 ; M. LOMBARD, "Service public et service universel ou la double inconsistance", *D.*, 2002, p.491

²²⁶⁶ M. LONG, "Service public, services publics : déclin ou renouveau ?" *RFDA*, 1995, p.501

²²⁶⁷ G.J. GUGLIELMI, "Un service public universel ?", 29/10/06, www.guglielmi.fr

²²⁶⁸ Petites entreprises s'entend comme les entreprises employant moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le bilan annuel n'excède pas 10 000 000 EUR: Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 3

²²⁶⁹ A. GUÉROULT, "Le droit à l'énergie : un droit plus égal entre usagers et mieux diffusé dans le monde", in E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie*, Passages, 1996, p.37-38 ; M. BAZEX, "Contenu et conditions d'exécution du service universel", *DA*, n°3, Comm. 51 mars 2007, p.30-32

²²⁷⁰ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 3§7

Le service public de l'énergie

et d'adopter des dispositions concernant la transparence des termes et des conditions des contrats, l'information générale, et les mécanismes de règlement des litiges²²⁷¹.

La compensation des coûts engendrés par le service universel doit s'effectuer de manière transparente et non-discriminatoire. Les États ont l'obligation de notifier à la Commission européenne, les mesures mises en œuvre pour remplir les obligations du service universel et de préciser tous les deux ans, les modifications apportées à ces mesures. La Commission peut aux vues des rapports nationaux « *formuler des recommandations sur les mesures à prendre au niveau national pour atteindre un niveau élevé de service public* »²²⁷².

Contrairement aux SIEG, les dispositions du service universel bien que générales, demeurent obligatoires pour les États, rendant envisageable un recours en manquement en cas d'insuffisante transposition par les États²²⁷³. La notion tend également à influencer le droit des contrats par l'imposition aux entreprises d'obligations de service public portant sur le prix de la fourniture de l'énergie délivrée²²⁷⁴. Ces conséquences portent notamment sur le formalisme, les juges rendant obligatoire la conclusion d'un contrat entre le fournisseur et l'abonné, en considérant que la non-souscription pendant un délai de quatre mois s'avère constitutive d'une négligence fautive, le paiement de la première facture n'équivalant pas à la preuve d'un contrat²²⁷⁵. Cette qualification rend encore applicable le régime juridique des clauses abusives de l'article L.132-1 du code de la consommation²²⁷⁶. Une erreur de facturation est enfin susceptible d'engager la responsabilité civile du fournisseur d'énergie²²⁷⁷.

Le service universel de l'énergie résulte d'une demande sociale forte et bénéficie d'une place

²²⁷¹ Les États sont obligés d'imposer aux fournisseurs d'électricité de faire figurer dans ou avec les factures et dans les documents promotionnels envoyés: « *la contribution de chaque source d'énergie à la totalité des sources d'énergie utilisées par le fournisseur au cours de l'année écoulée d'une manière compréhensible et, au niveau national, clairement comparable* » ; *des informations minimales sur l'impact environnemental de l'électricité fournie* » et par l'institution de guichets uniques d'information des consommateurs. Sur le droit à l'information sur l'énergie : C. KROLIK, "Le droit à l'énergie", *préc*

²²⁷² Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*, art. 47 ; M. BAZEX, "Contenu et conditions d'exécution du service universel", *préc.*

²²⁷³ Le caractère obligatoire du service universel se complète désormais par des dispositions facultatives relatives à l'efficacité énergétique, la lutte contre le changement climatique et la sécurité d'approvisionnement.

²²⁷⁴ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, art. 3§2 ; directive 2009/73/CE du parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *préc.*, art. 3§2 ; B. DURIEUX, B. BROCHAND et J.-M. CHEVALIER, *Conclusions des travaux de la commission chargée d'analyser les prix dans le marché du gaz*, La documentation française, 2006 ; X. MATHARAN et P. PINTAT, "La libéralisation du secteur de l'électricité et la mise en concurrence des contrats de fourniture", *CJEG*, n°581, nov. 2001, p.431-438 ; sur l'applicabilité des règles de droit privé: TC., 24 juin 1954, *Galland c/ EDF Minodier c/ EDF, Satel c/ Sté Lozérienne d'énergie électrique, Rec. CE*, p. 717-718 ; *JCP G* 1954, II, 8315, note J. DUFAU ; *CJEG* 1954, jurispr. p. 151, note A. CARRON ; *DP* 1915, p. 544, note J.M. AUBY ; Cass. 1re civ., 25 févr. 1957, *Sté production et distribution d'électricité c/ Ville Point-à-Pitre, CJEG* 1957, p. 132

²²⁷⁵ TGI Villejuif, 10 nov. 1997, *Delhotal c/ EDF, CJEG*, août-sept. 1998, p. 348 ; CA Grenoble, 24 juin 1998, *Lemps c/ EDF et M. Marolleau, CJEG*, août-sept. 1999, p. 322

²²⁷⁶ CE, 11 juill. 2001, *Sté des eaux du Nord, AJDA*, 2001, p. 893, chron. GUGLIELMI ; *CJEG*, déc. 2001, p. 496

²²⁷⁷ TI Saint-Malo, 16 mars 1999, *O 'Dair c/ EDF, CJEG*, 2000, p. 349 ; à l'inverse l'abonné entraîne sa responsabilité en cas de manipulation illégale du compteur : TI Trévoux, 10 sept. 1999, *EDF c/ M.T., CJEG*, 2000, p. 352 ; l'acte illicite bénéficie d'une prescription quinquennale: Cass. com., 29 juin 1981, *Gatelier c/ EDF, CJEG* 1981, jurispr. p. 138, note REUTER. ; CA Toulouse, 8 déc. 1998, *Quagliara c/ EDF-GDF, CJEG* août-sept. 1999, p. 324-325

La régulation du service public de l'énergie

croissante en droit dérivé²²⁷⁸. Composante du service public, il tend également à son renouvellement²²⁷⁹. L'expression du Conseil d'État selon laquelle : « *l'Europe n'instruit pas le procès du ou des services publics : elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence des services publics* » tendrait donc à disparaître²²⁸⁰. Alors qu'il y a une décennie, le droit communautaire ignorait voire stigmatisait le service public, il constitue désormais une garantie de sa pérennité dans le secteur de l'énergie, sa forme tendant à évoluer et à se préciser²²⁸¹. Cependant, le droit de l'UE ne se limite pas à garantir la pérennité du service public de l'énergie, il intervient également au fond en modifiant sa nature, en y introduisant la notion de régulation.

2/ *La régulation du service public de l'énergie*

La loi du 8 avril 1946 symbolisait le service public au sens du doyen Duguit, par des activités nationalisées dont la réalisation était confiée aux établissements publics EDF et GDF. Selon Marie-Anne Frison-Roche : « *l'ancienne régulation administrative était "concentrée" et se caractérisait par son caractère secret ou, à tout le moins, non motivé, ce qui est le corollaire de la souveraineté, surtout lorsque le service public, voire la raison d'État, s'en mêlent* »²²⁸². Ces considérations ont conduit à la libéralisation des secteurs électriques et gaziers, induisant des évolutions substantielles et structurelles du service public de l'énergie par la conciliation entre une mise en concurrence des opérateurs et un interventionnisme public au nom de l'intérêt général²²⁸³. Cette mutation se manifeste dans la substitution d'un système réglementaire à des instruments fondés sur la volonté des parties et les échanges marchands²²⁸⁴. Elle se matérialise dans la notion de régulation et s'institutionnalise²²⁸⁵.

²²⁷⁸ Tel est le cas du droit à l'énergie qui figurait en filigrane dans la première directive sur le marché intérieur de l'énergie et désormais implicitement reconnue dans sa troisième version. En complément, la Commission proposait le 19 septembre 2007, lors de l'adoption d'un nouveau train de mesures, une charte du client dans le domaine de l'énergie visant à combattre la pauvreté liée à l'achat de combustible, de fournir des informations aux clients sur les choix entre les fournisseurs et les solutions d'approvisionnement, ainsi que des actions visant à réduire les formalités administratives lors d'un changement de fournisseur d'énergie et à protéger les clients des pratiques de ventes déloyales. Une campagne d'information menée séparément informait les clients de leurs droits : Communiqué de presse: « *Europe de l'énergie: créer un vrai marché et sécuriser les approvisionnements* », 19/09/2007, www.europa.eu ; D. KATZ, "Adoption de deux nouvelles directives sur l'électricité et le gaz", *JCP A*, n° 43, 20/10/2003, p.1389

²²⁷⁹ M. BAZEX, "Contenu et conditions d'exécution du service universel", *préc.* ; M. TOURBE, "Service public versus service universel : une controverse infondée ?", *Critiques internationales*, n° 3, 2004, p.21-28 ; F. HAMON, "Le marché intérieur de l'énergie : les directives électricité et gaz naturel", *AJDA*, 20 nov. 1998, p. 851 ; D. BAILLEUL, "Le service universel, futur service public ?", *RRJ*, n° 2, 01/04/2000, p.561-575 ; M. TOURBE, "Service public versus service universel : une controverse infondée ?", *Critiques internationales*, n° 3, 2004, p.21-28

²²⁸⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public*, n°46, *EDCE* 1994, p. 38

²²⁸¹ Protocole sur les services d'intérêt général : "Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général".

²²⁸² M.-A. FRISON-ROCHE, "Droit de l'énergie, droit à l'énergie", *Revue de l'énergie*, n° 509, 1999, p.615-618

²²⁸³ M. BAZEX, "L'impact du droit communautaire sur l'évolution du service public à la française", in *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, Actes du colloque d'Istanbul, 7 et 9 mai 1998, B. BOCKEL (DIR), Galatasaray Universitesi Yayinlari ; M.BAZEX, "Le concept de service public en droit national français", in L.GRAND et J.VANDAMME (DIR.), *Vers un service public européen*, Paris, ASPE Europe éd., 1996, p. 117 ; P. DELVOLVE, préface, in C. ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, LGDJ, Bibliothèque de droit public tome 242, Thèse, Paris, 2006, p. VII

²²⁸⁴ R. STEWART, "A New Generation of Environmental Regulation?" *Capital University Law Review*, n° 29, 2001, p.21 ; M. TORRE-SCHAUB, "Gouvernance du climat : vieilles solutions pour nouveaux enjeux", *Cahiers droit Sciences & Technologies*, n° 2, 2009, p.155

²²⁸⁵ B. BILLA et J.-F. CALMETTE, "L'idée de régulation : entre interventionnisme public et analyse économique", *LPA*,

Le service public de l'énergie

Dans un discours consacré à la régulation économique et financière, Jean-Marc Sauvé mettait en lumière le caractère polysémique du terme de régulation pouvant dans son sens étroit désigner « *une action intermédiaire entre la détermination des politiques publiques elles-mêmes et la gestion proprement dite* » ou dans une acception plus large « *l'action de mécanismes correcteurs qui maintiennent un système en existence* »²²⁸⁶. Cette notion s'inspire de la théorie économique de l'école de Chicago et trouve ses premiers fondements européens dans la libéralisation des marchés et dans l'application contentieuse du droit de la concurrence par la Cour de justice²²⁸⁷. Elle confère aux pouvoirs publics la détermination des choix généraux de la politique qu'ils entendent établir à l'égard des secteurs d'activité concernés et implique de concilier la libre concurrence avec les missions d'intérêt général attachées aux services publics²²⁸⁸. Elle rejoint le service public dans la nécessité de répondre efficacement à une demande sociale, par des instruments juridiques adaptés et dans un objectif d'effectivité²²⁸⁹.

Le service public de l'énergie constitue un exemple éclairant de tentative de conciliation entre les principes généraux du « *service public à la française* » et le « *principe de concurrence* » orienté par le juge de l'Union et réceptionné par le juge administratif²²⁹⁰. Son étude conduit à retenir une acception large de la notion en se fondant sur la définition de Didier Truchet pour qui « *la régulation désigne une intervention des personnes publiques en vue d'organiser un marché. Elle est orientée vers le fonctionnement optimal de celui-ci et pas seulement vers un comportement des opérateurs respectueux de l'ordre public* »²²⁹¹. Elle repose sur un cadre structurel (I) et des autorités de contrôle (II)²²⁹².

I. Le cadre structurel

Le cadre structurel de la régulation du service public de l'énergie repose sur des fondements juridiques (A) et une mise en œuvre par des acteurs spécifiques (B).

A. Les fondements de la régulation

La régulation du service public de l'énergie se nourrit d'un *corpus* original d'origine supranationale (1), impliquant une transposition nationale (2)²²⁹³.

n°40, 25/02/2008, p.10-20

²²⁸⁶ J.-M. SAUVE, discours d'ouverture de la deuxième Conférence du Conseil d'Etat consacrée à la régulation économique et financière, 29/06/2009, www.conseil-etat.fr

²²⁸⁷ M. LOMBARD, "« Droit public de la régulation économique », le droit français à l'épreuve des nouvelles théories économiques", *DA*, n°8, alerte 10, août 2004 ; S. BRACONNIER, "La régulation des services publics", *RFDA*, 2001, p.43 ; A. GESLIN, "Le champ de la régulation", *RFDA*, 2010, p.731

²²⁸⁸ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergie et postes*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, thèse droit, 2008 ; M. LOMBARD, "Service public et service universel ou la double inconsistance", *D.*, 2002, p.491

²²⁸⁹ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, bibliothèque de droit public, tome 259, Toulouse I, thèse droit, 2008

²²⁹⁰ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique, préc.*, p. 6

²²⁹¹ D. TRUCHET, "droit administratif", PUF, Thémis, 2008, p. 359

²²⁹² P. IDOUX, "Le droit public économique vu à travers la crise", *DA*, n°3, étude 5, mars 2010

²²⁹³ D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique, préc.*, p. 11-41 et 117 à 143

1) Une origine supranationale

La régulation du service public de l'énergie prend sa source dans le traité sur la Charte de l'énergie (a), précisé par des règles du droit de l'UE relatives à la gestion déléguée (b)²²⁹⁴.

a) L'exigence de transparence du traité sur la Charte de l'énergie

Divers fondements du TCE influencent le service public de l'énergie. Tel est le cas du caractère non-discriminatoire des mesures que l'État doit adopter à l'égard des investisseurs du secteur énergétique, quelle que soit leur nationalité. Cette obligation est issue de l'article 13, disposant que l'État doit s'abstenir de mesures de privation dans la jouissance des biens des investisseurs étrangers, qu'il s'agisse d'une nationalisation ou d'une expropriation²²⁹⁵. La mesure vise à concilier la souveraineté étatique avec les droits des investisseurs, amorçant en cela le principe de transparence. Par conséquent, si des mesures privatives de libertés sont envisageables, elles ne peuvent s'effectuer que pour une cause d'utilité publique, sans présenter un caractère discriminatoire. Elles doivent viser les biens des investisseurs sans considération de nationalité et être prévues par la loi, moyennant le versement d'une indemnisation prompte, adéquate, et effective. Elles se prolongent dans la possibilité pour la partie lésée, de recourir à l'arbitrage pour se prévaloir de ses droits.

Le principe de transparence est précisé par les principes, les standards et les concepts du TCE tels que l'obligation faite aux États parties d'assurer « *un traitement loyal et équitable* » aux investissements, une « *protection et une sécurité les plus constantes possible* » et l'obligation de s'abstenir d'adopter des « *mesures déraisonnables ou discriminatoires* »²²⁹⁶. Dans l'affaire *LG&E contre Argentine*, le CIRDI précise que : « *le principe de traitement juste et équitable inclut l'obligation pour l'État d'accueil d'avoir un comportement cohérent et transparent, dépourvu d'ambiguïté, impliquant l'obligation de mettre en place et de maintenir un cadre juridique stable et prévisible nécessaire à la satisfaction des attentes de l'investisseur étranger* »²²⁹⁷.

La transparence se manifeste également dans le principe de non-discrimination, conduisant les parties à faciliter l'accès aux ressources énergétiques en accordant des autorisations, des licences ou des concessions, sur la base de critères publiés et non-discriminatoires²²⁹⁸. Dans l'affaire *LG&E contre Argentine*, l'arbitre considère que « *le manque de transparence et de prévisibilité constituait un déni de traitement juste et équitable* »²²⁹⁹.

Le TCE ne fait donc pas expressément référence au service public mais ses principes et standards le façonnent. Le droit de l'Union le complète dans un encadrement de la gestion déléguée.

²²⁹⁴ S.H. JACOBS, "The Golden Age of Regulation", *CEPMLP*, n° 7, 13/11/2000

²²⁹⁵ TCE, art. 7 ; P. NOËL, "La constitutionnalisation du régime juridique international des investissements pétroliers et la (re)construction du marché mondial", Institut d'économie et de politique de l'énergie, *Cahier de recherche*, n° 20, sept. 2000

²²⁹⁶ TCE, art. 10§1 ; S. ZARILLI, "Energy Services in International Trade: Development Implications", *CEPMLP*, n° 8, 21/05/2001

²²⁹⁷ CIRDI, aff. *LG&E contre Argentine*, 3 oct. 2006, ICSID, Case n° ARB/02/1, §131

²²⁹⁸ TCE, art. 7§3, 9§1, 10.

²²⁹⁹ S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, préc., p. 92-95

b) La gestion déléguée en droit de l'UE

Le droit de l'Union encourage la prise en compte du principe de non-discrimination dans l'attribution des concessions du service public de l'énergie, au titre du principe général de transparence et de ses applications en droit dérivé²³⁰⁰. Les ouvrages énergétiques sont soumis à ce principe lorsqu'ils font l'objet d'une commande publique, au titre des marchés de travaux, de fournitures, et de services au sens de la directive 2004/17/CE²³⁰¹. La directive impose à l'entité adjudicatrice des règles procédurales relatives au choix de la procédure, son déroulement, aux critères de sélection, ainsi qu'aux règles de publicité²³⁰². En revanche, les concessions de service ne sont pas encadrées par le droit dérivé, la Cour de justice de l'Union leur appliquant néanmoins le principe général de transparence, en considérant qu'une concession de service public qui présente un intérêt transfrontalier certain ne peut être attribuée et renouvelée sans publicité adéquate, ni mise en concurrence préalable, la collectivité conservant la liberté du choix du délégataire²³⁰³.

²³⁰⁰ M. BAZEX et C. BUISSON, *Droit communautaire de la concurrence et service public*, Commissariat général au plan, 1994 ; M. BAZEX, "L'appréhension des services publics par le droit communautaire", in *L'Europe de l'utilité publique. Des industries de services publics rénovés dans l'Europe libérale*, Rapport au ministre de l'économie, ASPE Europe, coll. Rapports officiels, annexe au rapport, 1995 ; D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, Litec, 5^e éd., 2003, p. 315-347

²³⁰¹ Le marché de service se distingue de la concession de service par l'existence d'une prise en charge du risque d'exploitation par le cocontractant dans le second cas. Alors que les marchés de service sont des contrats conclus à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant le versement d'une somme d'argent, les concessionnaires de service se voient reconnaître le droit d'exploiter l'ouvrage ou les services objets du contrat, et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services CJCE 13 nov. 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-437/07, *BJCP* 2009, n° 63, p.119 ; R. NOGUELLOU, "droit communautaire et contrats publics, encore et toujours", *DA*, n°2, alerte 8, fév. 2010 ; R. NOGUELLOU, "Notion de marché public", *JCL A*, fasc. 623, 27/10/2008 ; directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JO L* 134 du 30.4.2004, p. 1-113, art. 3: « la présente directive s'applique aux activités suivantes: « la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur, ou l'alimentation de ces réseaux en gaz ou en chaleur ; la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ; ou l'alimentation de ces réseaux en électricité ».

²³⁰² M. SOUSSE, "Droit communautaire des marchés publics - Eau. Énergie. Transports. Services postaux", *JCLA*, fasc. 622, 02/09/2008

²³⁰³ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JOUE*, L.376/36 du 27/12/2006: l'article 17 exclut de son champ d'application les services couverts par les directives concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz.; CJCE, 7 déc.2000, aff. C-324/98, *Telaustria*, *Rec. 2000*, p. I-10745 ; *AJDA*, 2001, p.106, note L. RICHER ; *DA*, 2001, comm. 85 ; C. BARDON et Y. SIMONNET, "Telaustria : quel périmètre ?", *DA*, n°1, étude 2, janv. 2009 ; CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Coname*, *Rec. CJCE* 2005, I, p. 7287 ; *AJDA*, 2005, p. 1541 ; *BJCP*, n° 43, p. 446, concl. C. STIX-HACKL ; *DA*, 2005, comm. 135 ; CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, *préc.* ; CJCE, 6 avr. 2006, aff. C-410/04, *ANAV*, *Rec. CJCE* 2006, I, p. 3303 ; R. NOGUELLOU, "Le droit communautaire et les contrats publics", *DA*, n°1, alerte 1, janv. 2008 ; le principe de transparence ne s'applique pas dans le cadre de contrat « in house » c'est à dire dans « l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »: CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal*, *Rec. CJCE*, 1999, I, p. 8121 ; R. NOGUELLOU, "Retour sur les contrats in house", *DA*, n°11, alerte 72, nov. 2008. Tel est également le cas pour le partenariat public-privé, c'est à dire en cas de participation d'une personne privée au capital de la structure publique CJCE, 15 oct. 2009, aff. C-196/08, *Acoset SpA* ; R. NOGUELLOU, "Les dérogations au « droit commun » de la commande publique", *DA*, n°3, alerte 15, mars 2009 ; P. TROUILLY, "Notion de prestation in house", *RJEP*, n°669, comm. 46, nov. 2009 ; M. BAZEX, "La concession de service public et le traité de Rome", in P. DELVOLVÉ, C. BRÉCHON-MOULENES, G. GUISSOLPHE, F. LLORENS et J.-B. AUBY, *La concession de service public face au droit communautaire*, Sirey, 1992, p. 59

La régulation du service public de l'énergie

Bien que l'application du principe de transparence conduise à davantage de concurrence dans le service public de l'énergie, en concourant à une amélioration de la qualité du service et à une réduction des coûts, l'absence de dispositions précises concernant les concessions de service confère une insécurité juridique pour les autorités adjudicatrices, justifiant des appels de la doctrine pour combler cette carence²³⁰⁴. Des précisions pourraient prochainement intervenir puisque la Commission européenne s'engage dans une communication du 27 octobre 2010 à adopter une initiative législative dans ce domaine²³⁰⁵.

Des règles supranationales impactent donc le droit français et impliquent une transposition pour conformer le service public de l'énergie à leurs exigences.

2) Une transposition nationale

Le droit national s'adapte au droit supranational par une mise en concurrence des concessions de service public du secteur énergétique (a). Ces évolutions se prolongent dans une application du droit de la concurrence par le juge administratif (b)

a) La mise en concurrence par l'autorité publique

Les monopoles institués au profit d'EDF et de GDF dans la loi du 8 avril 1946 se traduisaient par l'absence de mise en concurrence des acteurs pour la réalisation des activités relevant du service public de l'énergie. Le système juridique de l'Union a eu pour effet de structurer le droit national, afin d'ouvrir ces activités à la concurrence et d'y instaurer une transparence dans la sélection des candidats²³⁰⁶. En ce sens, le service public de l'énergie bénéficie de certains particularismes.

Les concessions d'énergie hydraulique sont qualifiées de délégations de service public depuis un avis du Conseil d'État du 28 septembre 1995, et les 399 concessions accordées par l'État pour une durée de 75 ans en vertu de la loi de 1919 seront progressivement renouvelées jusqu'en 2040²³⁰⁷. Pourtant, cette qualification n'a pas eu pour effet de soumettre ces installations à l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, imposant une publication préalable pour l'attribution et la réattribution des concessions de service public, au motif que son article 41 avait pour effet d'exclure

²³⁰⁴ M. BLANQUET, "Effet direct du droit communautaire", *Rép. Com. Dalloz*, 2008, p.12 ; P. CASSIA, "L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu", *RFDA*, 2002, p.20-32

²³⁰⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un Acte pour le Marché unique. Pour une économie sociale de marché hautement compétitive. 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble, 27/10/2010, COM(2010) 608 final

²³⁰⁶ P.TERNEYRE, "Secteur public et concurrence : la convergence des principes", *AJDA*, 15/10/2007, p.1906-1911

²³⁰⁷ CE, 28 sept. 1995, n° 357262 et 357263 ; F. SABIANI, "La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué", *DA*, n°.6, étude 12, juin 2008 ; P. SABLIERE, "La mise en concurrence des concessions de force hydraulique", *AJDA*, 2007, p.2012 ; CGCT, art. L.1411-1: « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service » ; SOLDINI, "La délégation de service public, sa fonction, ses critères", *RFDA*, n°.6, nov.-déc. 2010, p.1114 et s. ; J.P. LETEURTROIS, J.L. RAVARD, G. ROZEN, B. SCHNEITER et L. WINTER, *Rapport sur le renouvellement des concessions hydroélectriques*, Conseil général des mines, Conseil général des ponts et chaussées, Inspection générale des finances, nov. 2006

Le service public de l'énergie

les concessions d'EDF de ces obligations légales²³⁰⁸. Le droit n'évolua que progressivement dans ce sens avec la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, posant le principe selon lequel le concessionnaire devait faire part de ses intentions, dix ans avant l'expiration de la concession, tandis que cette réattribution se ferait sur la base d'obligations nouvelles en termes d'environnement, de gestion de la ressource en eau, et de protection de la faune piscicole, le concessionnaire ne bénéficiant d'un renouvellement que pour trente ans²³⁰⁹. La loi du 10 février 2000 établissait le principe de la liberté d'exploitation des nouvelles installations de production, tandis que la transformation d'EDF en société anonyme par la loi du 9 août 2004 mit fin à l'exemption de mise en concurrence que lui conférait son statut antérieur d'établissement public. Les craintes d'un recours en manquement ont conduit à la suppression du droit de préférence accordé au concessionnaire en place²³¹⁰. Un décret du 26 septembre 2008 fit enfin application des principes de la loi *Sapin*, adaptés aux ouvrages hydrauliques et reposant sur la meilleure offre au triple plan énergétique, environnemental, et économique²³¹¹.

La résistance dans l'application du principe de transparence se retrouve également au titre de la concession du réseau de transport d'électricité, qui fut prorogée par un avenant du 30 octobre 2008, jusqu'au 31 décembre 2051, correspondant ainsi à une concession d'une durée de 93 ans, sans publicité ni mise en concurrence préalable²³¹². Des doutes peuvent être émis quant à sa validité au regard de la jurisprudence *Telaustria*²³¹³. De plus, cet avenant se heurte au principe selon lequel la durée de la concession doit être étroitement corrélée à celle nécessaire à l'amortissement des installations objet de la concession²³¹⁴. Des remarques peuvent également porter sur l'avis défavorable émis par la CRE concernant le projet de décret approuvant le cahier des charges type de transport, publié le même jour et recensant en détail de multiples imperfections et insuffisances

²³⁰⁸ L'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques est désormais codifiée à l'article L.1411-1 du CGCT

²³⁰⁹ F. SABIANI, "La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué", *DA*, n° 6, étude 12, juin 2008 ; P. BILLET, "Politique de l'eau : la France au milieu du gué", *Env.*, alerte 49, 2007

²³¹⁰ Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, *JORF* n°303 du 31 décembre 2006 p. 20285, art. 7 ; en ce sens, CJCE 13 mars 1997, *Commission c/ France*, aff. C-197/96 ; cet article remet en cause CE avis Ass., 28 sept. 1995, *Rapport annuel 1995*, p. 402

²³¹¹ Décret n°2008-1009 du 26 septembre 2008 modifiant le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 modifié relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique et le décret n° 99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, *JORF* n°0227 du 28 sept. 2008 p. 15006 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, "Nouvelles règles pour l'attribution des concessions d'énergie hydraulique", *JCP A*, n° 13, 2071, mars 2009 ; P. SABLIERE, "La mise en concurrence des concessions de force hydraulique", *AJDA*, 2007, p.2012

²³¹² Avis relatif à la concession du réseau public de transport d'électricité, *JORF*, 18 déc. 2008, p. 19410 ; P. SABLIERE, "La nouvelle concession du réseau de transport d'électricité", *AJDA*, 2009, p.462

²³¹³ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*, *préc.*

²³¹⁴ CE, 11 août 2009, n° 303517, *Sté Comba*, *JurisData* n° 2009-007564 ; *Rec. CE* 2009, tables ; P. IDOUX et F. CAFARELLI, "Durée des délégations de service public", *DA*, n° 11, comm. 147, nov. 2009 ; C. BOITEAU, *Les conventions de délégation de service public. Transparence et service public local*, Le Moniteur-Imprimerie Nationale, 2è éd. 2007, p. 143-151 ; la durée normale d'amortissement peut être conçue comme la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cela coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptables des investissements: CE, 8 févr. 2010, n° 323158, *Cne Chartres*, *JurisData* n° 2010-000413 ; *Rec. CE* 2010, tables ; "La durée des délégations de service public", *DA*, n° 4, comm. 53, avril 2010 . F. DIEU, "La prolongation pour motif d'intérêt général d'une délégation de service public", *DA*, n° 11, comm. 146, nov. 2009

La régulation du service public de l'énergie

réactionnelles du projet, qui n'ont été que partiellement prises en compte dans le texte définitif approuvé par le décret du 23 décembre 2006²³¹⁵.

Des doutes planent encore sur la validité du droit national concernant les distributions d'électricité et de gaz, dont des concessions arriveront prochainement à échéance²³¹⁶. Elles peuvent vraisemblablement être qualifiées de concession de service public au sens du droit de l'UE, délégations de service public pour le droit français²³¹⁷. La loi du 8 avril 1946 accordait un monopole dans l'attribution de ces concessions aux opérateurs historiques, concessionnaires obligés des « *autorités concédantes* »²³¹⁸. Or, la Cour de justice de l'Union considère qu'une concession de service public ne peut être attribuée et renouvelée en méconnaissance du principe de transparence²³¹⁹. Le monopole de la distribution conféré aux opérateurs historiques sans publicité adéquate, ni mise en concurrence préalable pourrait dès lors sembler contraire audit principe²³²⁰. Tel est le sens d'un jugement du tribunal de Caen, annulant une concession de distribution gazière conclue sans procédure de publicité ni mise en concurrence, au motif qu'elle violait les objectifs de non-discrimination fixés dans la directive du 26 juin 2003²³²¹. La Cour de justice conforte le doute concernant une concession de service public de distribution de gaz attribuée directement, sans publicité préalable par une commune, qu'elle considère incompatible avec le principe de transparence²³²². Ce doute est d'autant plus manifeste que le monopole n'est justifié par aucun motif particulier²³²³.

Un constat identique peut être relevé à l'égard de la fourniture d'électricité aux tarifs réglementés, dont les concessions sont attribuées à EDF, sans publicité ni mise en concurrence, pour

²³¹⁵ Décret n° 2006-1731 du 23 décembre 2006 approuvant le cahier des charges type de concession du réseau public de transport d'électricité, *JORF* n°302 du 30 décembre 2006, p. 20021

²³¹⁶ P. TERNEYRE, "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension - à propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", *AJDA*, 2010, p.1640 ; S. NICINSKI, "A propos des concessions locales de distribution d'électricité - évitons les surtensions !", *AJDA*, 2010, p.1737 ; F. DIEU, "La soumission à la concurrence des conventions de délégation du service public de distribution du gaz ", n°46, *BJCP*, p.165

²³¹⁷ Sur la qualification de délégation de service public : CE, avis, 28 sept. 1995, n° 357262 et 357263 ; TA Poitiers 29 juin 2005, *Comité mixte à la production*, n°401875 ; J. BERNARD, "L'attribution obligatoire des concessions de distribution publique d'énergie aux opérateurs historiques est-elle conforme à la jurisprudence *Telaustria* ?", *JCP E*, n°41, 1961, oct. 2009

²³¹⁸ CGCT, art. L2224-31

²³¹⁹ CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Coname, Rec. CJCE* 2005, I, p. 7287 ; *AJDA*, 2005, p. 1541

²³²⁰ M. BAZEX, "La problématique des monopoles et droits exclusifs et spéciaux au regard des traités communautaires", in B. THIRY et J. VANDAMME (DIR.), *Les entreprises publiques dans l'Union européenne, entre concurrence et intérêt général*, Pedone, 1995, p. 35

²³²¹ TA Caen, 15 nov. 2005, *Préfet de l'Orne*, *AJDA*, 2006, p. 267, *BJCP*, n° 45, mai 2006, concl. F. CHEYLAN, p. 124 ; J.-D. DREYFUS, "Aucun motif d'intérêt économique général ne permet l'attribution directe d'une concession de gaz", *AJDA*, 2006, p.267 ; L. RICHER, "Distribution du gaz : le droit communautaire peut-il autoriser à déroger au principe de publicité ?", *Actualité de la Commande et des Contrats Publics Contrats Publics*, nov. 2005, p.65 ; v. également TA Poitiers, 29 juin 2005, n° 0401875, n° 0401995, *Comité mixte à la production Régie syndicat intercommunal énergie*, *AJDA*, 2006, p. 476

²³²² CJCE 21 juill. 2005, *Coname, préc.*

²³²³ CAA Bordeaux, 4 nov. 2008, n° 07BX00314, n° 06BX02003, 06BX02056, *Électricité Réseau Distribution France venant aux droits de la SA Électricité de France et a.* ; CAA Lyon, 7 oct. 2008, n° 06LY01240, *Synd. intercommunal d'électricité de l'Ain* ; CAA Bordeaux, 4 nov. 2008, n° 07BX00314 ; L. PHAN-VAN, "Un utile rappel des principes qui doivent gouverner les redevances de concession pour la distribution publique d'électricité", *RJEP*, n°661, comm. 10, fév. 2009

Le service public de l'énergie

de très longues durées²³²⁴.

Quant aux contrats d'installation et d'exploitation de panneaux photovoltaïques sur le domaine public, s'ils doivent respecter le principe d'égalité de traitement des candidats lorsqu'ils résultent de contrats d'installation et d'exploitation sur des bâtiments publics, ils sont regardés comme de simples conventions d'occupation du domaine public. En effet, le Conseil d'État considère « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public* »²³²⁵.

L'appel de la doctrine à une extension de l'obligation générale du principe de transparence n'a donc pas eu lieu²³²⁶. Au contraire, le service public de l'énergie témoigne de doutes sérieux quant à la validité du droit national au regard des exigences européennes dans ce domaine.

La seconde originalité conférée par l'introduction de la régulation dans le service public de l'énergie réside dans l'application croissante du droit de la concurrence par le juge administratif.

b) L'application du droit de la concurrence par le juge administratif

La régulation du service public de l'énergie conduit à des modifications tenant au rôle du juge administratif et à son domaine d'intervention²³²⁷. En complément des règles supranationales, cette évolution résulte des principes constitutionnels de la commande publique, consacrant la soumission des délégations de service public aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures²³²⁸. Depuis l'arrêt *Ville de Pamiers* du Tribunal des conflits, le juge administratif se voit confier la mission d'assurer le respect du principe de transparence et de sanctionner les comportements incompatibles de l'administration²³²⁹. Dès lors, le juge administratif s'avère compétent pour assurer le respect des

²³²⁴ P. TERNEYRE, "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension - à propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", *préc.*

²³²⁵ TA Nîmes, 4 oct. 2010, n° 1002266, *Sté Fonroche investissements* ; A. CAMOZZI, "Les contrats d'installation et d'exploitation de panneaux photovoltaïques sur le domaine public doivent respecter le principe d'égalité de traitement des candidats", *JCP A*, n° 47, 22/11/2010, p.2344 ; CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et n° 338527, *Ville Paris et assoc. Paris Jean Bouin*, *JurisData* n° 2010-022712, *AJCT*, 2011, p. 37 ; *AJDA*, 2010, p. 2343, *JCP A*, n°50, 13/12/2010, act. 926 ; S. BOUYSSOU, "Photovoltaïque et bâtiments publics des collectivités locales", *droit et ville*, n° 70, 2010, p.63-69 ; P. TERNEYRE, "Domaines publics et énergies renouvelables", *préc.*

²³²⁶ C. CHAMARD-HEIM, "Attribution des conventions d'occupation du domaine public et règles de la concurrence : la frontière se réduit encore", *RJEP*, n° 672, comm 7, 2010 ; C. VAUTROT-SCHWARTZ, "La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale", *AJDA*, 2009, p.568

²³²⁷ P. TERNEYRE et D. DE BÉCHILLON, "Le Conseil d'État, enfin juge !", *Pouvoirs*, n°123, 2007, p.61-72 ; P. TERNEYRE, "La compétence du juge administratif", *AJDA*, 2000, p. 697 ; P. TERNEYRE, "L'impact des règles de la concurrence sur les actes et les comportements de l'Administration", *JCP A*, n°44, oct. 2007, 2282 ; J.-B. AUBY, "Le juge administratif, objet d'étude", *DA*, n° 8, repère 8, août 2007 ; S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. Systèmes, 2005, note J.-B. AUBY, *DA*, n° 4, repère 4, avril 2006

²³²⁸ Cons. const., 26 juin 2003, déc. n° 2003-473 DC, *relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, *AJDA*, 2003, p. 1391, note J.E. SCHOETTL ; *DA*, 2003, comm. 188, obs. A. MÉNÉMÉNIS ; *Contrats-Marchés publ.* 2003, étude 18, F. LINDITCH ; *RDP*. 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE ; CE, 23 déc. 2009, n° 328827 et 330054, *Éts public musée et domaine national de Versailles*, *JurisData* n° 2009-017405 ; *Rec. CE* 2009 ; ces principes s'appliquent même en l'absence d'intérêt transfrontalier ; E. FATÔME et L. RICHER, "Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique", *AJDA*, 2003, p.2348

²³²⁹ TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*: « *l'acte juridique de dévolution de l'exécution d'un service public n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, et il appartient*

règles du code des marchés publics, du code général des collectivités territoriales et du code de commerce. Il vérifie si une subvention constitue une aide d'État ou si elle vise à compenser des obligations de service public comme l'autorise la jurisprudence *Altmark*²³³⁰. Il examine également la validité des concours financiers accordés aux entreprises chargées de la gestion d'un SIEG. Il recourt à l'analyse économique, en contrôlant la légalité des arrêtés autorisant des concentrations d'entreprises au regard du droit de la concurrence ou lorsque des entités publiques abusent de leur position dominante²³³¹.

L'abus automatique de position dominante vise à sanctionner les actes des autorités publiques lorsqu'ils contreviennent à l'article L.420-2 du Code de commerce prohibant l'abus de position dominante²³³². Cette théorie, issue du droit de l'Union repose sur le principe selon lequel les États, par les mesures qu'ils prennent, ne doivent pas placer les opérateurs sur un marché dans une situation telle qu'ils seraient amenés nécessairement à abuser d'une situation de monopole ou de droits exclusifs ou spéciaux. Dans ce cas, il convient de démontrer que c'est la mesure et non le comportement de l'opérateur sur le marché qui conduit à cette exploitation abusive²³³³. En ce sens, le juge contrôle la légalité d'un arrêté fixant le tarif réglementé de l'énergie, en veillant à la prise en compte effective du coût complet²³³⁴. Les effets anticoncurrentiels d'une décision administrative sont susceptibles de créer une situation d'urgence pouvant justifier une décision de suspension au

*en conséquence aux juridictions de l'ordre intéressé de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 [article L. 420-3 du Code de commerce] » ; note PTERNEYRE, JCP G, n°1, janv. 1990, II 21395 ; M. BAZEX et S. BLAZY, "Les règles de dévolution du contentieux des atteintes à la concurrence entre les autorités de concurrence et le juge administratif", *préc.*; CE, 5 nov. 2008, n° 310484, *Cne Saint-Nazaire*, *JurisData* n° 2008-074472, *Rec. CE* 2008, tables ; J. CORONAT, "Les renseignements pouvant être demandés aux candidats à un marché", *DA*, n°2, comm. 24, fév. 2009*

²³³⁰ CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*; *Rec. CJCE* 2003, I, p. 7747 ; *DA* 2003, comm. 186 ; CJCE, 27 oct. 2005, aff. C-234/03, *Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA*, *Rec. CJCE*, I, 2005, p. 9315 ; *DA* 2006, comm. 36 ; M. BAZEX et S. BLAZY, "Les règles de dévolution du contentieux des atteintes à la concurrence entre les autorités de concurrence et le juge administratif", *DA*, n°1, comm. 3, janv. 2007

²³³¹ M. BAZEX, "Les interactions entre le droit et l'économie : l'exemple du contrôle entre le juge administratif des opérations de concentrations entre entreprises", in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Economica, 2006 ; M. BAZEX, "Le régime des opérations de concentration entre opérateurs en réseaux", *DA*, juill. 2011, comm.65 ; sur la légalité des arrêtés autorisant les concentrations d'entreprises : CE, sect., 6 févr. 2004, n° 249267, *Sté Royal Philips Electronics*, *JurisData* n° 2004-066409 ; *DA*, 2004, comm. 57 ; M. BAZEX et S. BLAZY, "L'analyse concurrentielle au soutien des pouvoirs de référé du juge administratif", *DA*, n°4, comm. 73, mai 2004 ; sur l'abus de position dominante: CE, 31 juill. 2009, n° 305903, *Sté Fiducial audit et Fiducial expertise*, *JurisData*, n° 2009-007919 ; *Rec. CE* 2009 ; TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/59, *Air Tours c/ Comm. CE* M. BAZEX, "Le contrôle exercé par le juge administratif", *DA*, n°1, comm. 1 janv. 2010

²³³² M. BAZEX et S. BLAZY, "La place des données économiques et concurrentielles dans la détermination des tarifs réglementés du gaz", *DA*, n°2, comm. 29, fév. 2008

²³³³ CE, 8 nov. 1996, n° 122644, *Fédération Française des sociétés d'assurance et autres*, *AJDA*, 1997, p. 204 ; CE, sect., 3 nov. 1997, *Sté Million et Marais*, *Juris-Data*, n° 1997-640601, *Lebon* p. 406 ; *AJDA*, 1997, p. 1012 ; *AJDA*, 1997, p. 945, chron. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD ; *AJDA*, 1998, p. 247, note O. GUÉZOU ; *D.*, 1997, p.259 ; *GAJA*, 17 éd. 2009, n° 101 ; *RFDA*, 1997, p.1228, concl. J.-H. STAHL ; *RTD eur.*, 1999, p.271, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT. Cette théorie n'est invocable que si la convention place le cocontractant en situation d'abuser automatiquement de la position dominante : CE, 17 oct. 2008, n° 293220, *Sté OGF*, *JurisData*, n° 2008-074305, *Rec. CE* 2008, tables. Ce moyen peut être soulevé d'office par le juge: CAA Lyon, 9 mars 2006, n° 00LY00349

²³³⁴ CE, 10 déc. 2007, n° 296191, *Sté Poweo* ; CE, 10 déc. 2007, n° 289012 et 289776, *Sté Poweo et FFCCC* ; CE, 10 déc. 2007, n° 275093 et 275655, *Syndicat professionnel des entreprises locales gazières et a.* ; CE, 29 juill. 2002, *Sté CEGEDIM*, *DA*, 2002, comm. 173 ; sur le transport d'énergie : F. SÉNERS, "Tarification du transport d'électricité", *RJEP*, n°660, comm. 2, janv. 2009

Le service public de l'énergie

sens de l'article L.521-1 du Code de justice administrative²³³⁵.

Cette évolution du droit pourrait interpellier sur une éventuelle incapacité du juge administratif à assurer le respect des règles de concurrence, relevant majoritairement du droit privé. Cependant, d'un point de vue factuel, l'analyse économique ne diffère pas d'autres disciplines toutes aussi complexes comme la responsabilité hospitalière ou le contentieux des installations classées²³³⁶. Sur le plan juridique, le juge administratif se voit reconnaître depuis longtemps la capacité de se fonder sur des règles de droit privé. Cette aisance se manifeste dans le maniement de concepts novateurs tels que l'abus automatique de position dominante. Néanmoins, un risque d'ineffectivité du principe de concurrence pourrait se révéler de par la nature du contrôle juridictionnel opéré dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, pour lequel le juge administratif exerce un contrôle objectif sur l'acte dont les effets s'avèrent complexes à évaluer dans le cadre du marché dynamique de l'énergie²³³⁷.

L'action publique se voit ainsi régulée, évaluée, et sanctionnée au même titre que tout opérateur de marché, perdant une partie du piédestal que lui conférait la jurisprudence administrative traditionnelle. Sa mise en œuvre relève d'une série d'acteurs.

B. Les acteurs de la régulation

La régulation du service public de l'énergie s'organise dans des cadres institutionnel (1) et fonctionnel (2).

1) Un cadre institutionnel

Le service public de l'énergie est régulé distinctement aux niveaux national et local. Alors que dans le premier cas les autorités se manifestent par leur envergure (a), elles seraient à revaloriser dans le second (b).

a) Des autorités nationales d'envergure

Le ministre chargé de l'énergie détient les compétences principales pour assurer une régulation effective du service public de l'énergie. Ses prérogatives portent tout d'abord sur la régulation fonctionnelle du marché. De manière générale, il peut recueillir les informations nécessaires auprès de la CRE, du ministre chargé de l'économie, auprès des gestionnaires de réseaux publics d'électricité, de gaz et des installations de GNL, ainsi qu'à l'égard des autres entreprises intervenant sur les marchés de l'électricité et du gaz²³³⁸. Il est réceptif d'informations obligatoirement transmises par toute personne qui produit, transporte, distribue, importe, stocke, exporte ou fournit de l'énergie²³³⁹. En cas de manquement à ces prescriptions, il peut prononcer des

²³³⁵ CE, ord., 19 janv. 2004, n° 263012, *Sté T-Online France*, *Juris-Data*, n° 2004-066529

²³³⁶ J.-F. CALMETTE, "L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif", *DA*, n°7, 2006, p.13-18

²³³⁷ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique, préc.*, p. 176-177 ; D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique, préc.*, p. 32-41

²³³⁸ C. éner., art. L.135-1 et s.

²³³⁹ C. éner., art. L.142-1

La régulation du service public de l'énergie

sanctions pécuniaire et administrative²³⁴⁰. En dernier recours, il peut interdire l'exploitation ou exiger le retrait de canalisations de transport qui ne présentent pas de garanties suffisantes en matière de sécurité²³⁴¹. Ses compétences portent ensuite sur la régulation financière du secteur puisqu'il arrête conjointement avec le ministre chargé de l'économie, les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité, de gaz et des installations de GNL, les tarifs réglementés de l'énergie, et le montant annuel des charges imputables aux missions de service public. En cas de défaillance de paiement, il peut prononcer une sanction pécuniaire, et le retrait ou la suspension de l'autorisation d'exploiter l'installation concernée, pour une durée n'excédant pas un an²³⁴².

La CRE complète le dispositif en proposant les tarifs réglementés de vente, d'utilisation des réseaux et le montant des charges imputables aux missions de service public ; en approuvant des programmes d'investissement des gestionnaires de transport ; en disposant de prérogatives réglementaires supplétives ; et d'un pouvoir d'enquête, de sanction et de règlement des litiges.

Le médiateur national de l'énergie contribue à l'effectivité du service public de l'énergie en veillant notamment au respect des articles du code de la consommation relatifs aux contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel à destination des consommateurs et des non-professionnels²³⁴³.

Les autorités nationales bénéficient donc de prérogatives étendues pour réguler le service public de l'énergie, bien qu'elles assurent davantage un rôle préventif, la CRE n'ayant jusqu'à présent pas usé de ses pouvoirs de sanction en dehors du cadre relatif au règlement des différends²³⁴⁴. Cette situation tranche avec les capacités réduites des autorités locales.

b) Des autorités locales à revaloriser

Les communes constituent les principales autorités locales de régulation du service public de l'énergie. Alors qu'elles disposent d'une compétence étendue pour l'organisation, la production et la distribution de chaleur, ces prérogatives demeurent restreintes concernant la distribution de gaz et d'électricité, leur rôle d'« *autorités concédantes* » bénéficiant essentiellement aux quasi-monopoles d'ERDF et GRDF²³⁴⁵. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de reconnaître que cette disposition ne porte pas atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales et à la liberté contractuelle²³⁴⁶. Néanmoins, une exception est prévue pour les communes et leurs groupements qui ne disposent pas d'un réseau de distribution de gaz, et qui sont autorisés à concéder la distribution à une entreprise agréée en dehors de GRDF²³⁴⁷. Le monopole de la distribution gazière peut également être évincé lorsque les régies et les sociétés mixtes envisagent d'étendre leur activité aux communes connexes, dès lors que ces dernières ne disposent pas d'un réseau de gaz et

²³⁴⁰ C. éner., art. L.142-20 et s.

²³⁴¹ C. éner., art. L.433-17

²³⁴² C. éner., art. L.121-25 et L.121-33

²³⁴³ V. LOY, "Réforme de la Commission de régulation de l'énergie et protection des consommateurs", *CJEG*, n° 641, avril 2007, p.150-161

²³⁴⁴ AFDEN, *Peut-on conduire une politique de l'énergie ?*, Colloque, Paris, 14/12/2010, www.afden.org

²³⁴⁵ CGCT, art. L2224-31 et s.

²³⁴⁶ Cons. const., déc. n°2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie, préc.*, consid. 31

²³⁴⁷ CGCT, art. L. 2224-31-III

Le service public de l'énergie

que la rentabilité de l'investissement est suffisante. Toutefois, ce texte demeure sans effet, en raison de l'absence de décret pris pour son application.

En dehors de ces situations, la mission de régulation se limite essentiellement à la négociation et au contrôle du bon accomplissement des missions de service public, portant notamment sur la protection de l'environnement, la qualité du produit, du service, et sa continuité. En cas de mauvaise exécution des obligations contractuelles, la collectivité délégante peut prononcer des sanctions à l'encontre du cocontractant, allant d'une sanction pécuniaire pour une inexécution ou une mauvaise exécution du service, à la sanction résolutoire dans les cas les plus graves²³⁴⁸. Les litiges entre les collectivités concédantes et leurs concessionnaires relèvent d'une commission de conciliation, arbitrée en dernier ressort par le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz²³⁴⁹. L'autorité délégante peut également désigner des agents de contrôle afin de procéder à tout moment, à toutes les vérifications utiles à l'exercice de leur fonction, sans que ceux-ci puissent intervenir dans la gestion de l'exploitation.

Le concessionnaire est chargé de fournir gratuitement chaque année, à la demande de l'autorité concédante, et s'ils existent, les plans mis à jour de tout ou partie du réseau basse ou haute tension. Il doit également présenter annuellement un compte rendu d'activité (CRAC) faisant apparaître diverses indications concernant les travaux neufs, l'exploitation, les relations avec les usagers ainsi que des données financières relatives au compte d'exploitation, les perspectives d'évolution du réseau et d'organisation du service, et une évaluation des provisions constituées pour le renouvellement des ouvrages de la concession et la valeur de celles-ci. En cas de non-production de ces documents, le concessionnaire s'expose à des pénalités contractuelles dans les conditions définies par le contrat. Philippe Terneyre déplore l'ineffectivité de ces dispositions du fait du caractère monopolistique de la concession, de nombreuses communes n'ayant tout simplement pas connaissance de leurs prérogatives contrairement à d'autres services tels que l'eau ou les déchets, l'absence de contentieux confirmant cette inertie²³⁵⁰. Peut-être en irait-il différemment si ces dispositions venaient à être invalidées, voire contredites par une législation européenne. Les autorités pourraient également décider de s'unir dans un périmètre départemental voire interdépartemental, pour mettre fin à l'émiettement des 1200 concessions d'ERDF et accroître le pouvoir de négociation de l'autorité²³⁵¹.

Les autorités locales interviennent donc dans un cadre précis de la régulation. A l'inverse, l'ouverture du marché de l'énergie à la concurrence a pour effet de renouveler le cadre fonctionnel du service davantage marqué par l'équivoque.

2) Un cadre fonctionnel

Le service public de l'énergie se situe à mi-chemin entre la conception française

²³⁴⁸ C. BOITEAU, "Délégation de service public - régime juridique", *JCLA*, fasc. 662, 30/10/2001

²³⁴⁹ P. QUILICHINI, "La modernisation du service public de l'électricité", *LPA*, n° 217, 31/10/2000 p.10

²³⁵⁰ P. TERNEYRE, "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension - à propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", *préc.*

²³⁵¹ L'article L.2224-31 du CGCT permet de transférer la compétence d'autorité concédante de distribution d'électricité au profit du département et l'article R.5212-4 du CGCT offre la faculté d'établir la taxe communale sur l'électricité en faveur de ce syndicat mixte et de bénéficier de fonds de concours en provenance des communes.

traditionnelle basée sur une acception large de la notion d'activité caractérisée par une gestion monopolistique, et la conception européenne fondée sur les SIEG et bénéficiant d'une conception stricte de l'activité, par des opérateurs économiques en situation concurrentielle soumis à des obligations de service public²³⁵². La distinction entre ces deux natures pourrait être trouvée dans les conclusions de Michel Rougevin-Baville dans la décision *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, qui compare les biens « chargés » du service public, de ceux qui y sont « associés »²³⁵³. En effet, une distinction doit être opérée entre la charge du service et la simple participation à son exécution, le fait de fournir des instruments matériels à la réalisation du service n'équivalant pas à la prise en charge de son exécution²³⁵⁴. Ces qualifications appellent une étude des régimes juridiques et la détermination des activités selon qu'elles sont chargées (a) ou associées au service public de l'énergie (b).

a) Des activités chargées du service public de l'énergie

La détermination des activités chargées du service public de l'énergie demeure une question complexe du fait de la retenue du législateur sur le sujet. Par conséquent, des éclairages sont apportés par la jurisprudence. La situation s'avère originale puisque ces activités peuvent être gérées par des personnes privées. Des interrogations se manifestent concernant la détermination du propriétaire des ouvrages et la nature juridique du droit de propriété.

Les précédentes réflexions ont fait état de la qualification de service public concernant les ouvrages hydrauliques concédés, les installations électriques d'une puissance supérieure à 40 mégawatts dans les zones interconnectées, et l'ensemble de celles situées dans des zones non-interconnectées²³⁵⁵. La nature juridique du droit de propriété concernant les biens détenus par EDF suscite l'interrogation puisque la société est détenue à 80% par l'État, mais constitue une société commerciale. La réponse implique de se référer au doyen Vedel pour qui : « *il n'y a pas de compatibilité entre la vie commerciale et la domanialité publique* »²³⁵⁶. Le Conseil d'État y répondra quarante ans plus tard, en reconnaissant selon les mots du commissaire du gouvernement Jacques Arrighi de Casanova, qu'il convient de faire une « *application du droit commun régissant les personnes privées* » et par conséquent de classer les biens d'EDF dans le domaine privé²³⁵⁷. L'activité de production d'électricité étant intégralement ouverte à la concurrence depuis la loi du 12 février 2000, une solution identique sera *a fortiori* retenue pour les biens détenus par les personnes privées. En revanche, la propriété doit être dissociée de la responsabilité puisque dans un avis du 29 avril 2010, le Conseil d'Etat fait une application du régime de responsabilité du fait des

²³⁵² R. DENOIX DE SAINT MARC, *Le service public*, Paris, la documentation française, 1996 ; B. STIRN, "La conception française du service public", *CJEG*, mai 1993, p.299-305 ; J. PERCEBOIS, "La définition des missions de service public", *Revue de l'énergie*, n°534, février 2002, p.81-89 ; S. NICINSKI et P. PINTAT, "La libéralisation du secteur gazier", *AJDA*, 2003, p.223 ; B. MONTAGNER, "La notion de service public en Europe: entre monopole et concurrence", *Revue des affaires européennes*, n°2, 1993, p.1-141

²³⁵³ CE 19 janv. 1973, *Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *Rec., Lebon*, p.48

²³⁵⁴ CE, sect., 11 mai 1956, *Société des transports Gondrand frères*, *Rec. Lebon*, p. 202

²³⁵⁵ CE ass., avis n°323179 du 29 avril 2010, *M. et Mme Béliгаud*, *préc.* ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, "Une question sous tension : la nature des ouvrages appartenant à EDF", *préc.*

²³⁵⁶ G. VEDEL, "Le régime des biens des entreprises nationalisées", *CJEG*, 1956, p.177

²³⁵⁷ CE. Ass., 23 oct. 1998, *EDF*, *Rec.CE*, p. 364, *AJDA*, 1998, p. 1017, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; *DA*, 1998, n°368, note A. TAILLEFAIT, *RFDA*, 1999, p. 578, note C. LAVIALLE

Le service public de l'énergie

travaux et des ouvrages publics, dès lors que ces installations sont chargées de l'exécution du service public²³⁵⁸.

Le transport d'électricité est classiquement reconnu comme une activité chargée du service public²³⁵⁹. Cependant, des interrogations portent sur la propriété des ouvrages, le législateur ayant transféré la « *propriété* » du réseau de transport à RTE²³⁶⁰. Pierre Sablière y voit des « *biens de reprise* », c'est-à-dire des biens dont le délégataire est propriétaire pendant la durée de la concession, mais susceptibles de revenir à l'État, à son terme moyennant une indemnisation²³⁶¹. A l'inverse, Etienne Fatôme appréhende cette mesure dans la voie de la « *privatisation* » empruntée par le législateur pour un certain nombre d'établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial (France Télécom, EDF, GDF...) ²³⁶². Dans les deux cas, ces biens relèvent du régime privatif, tout au moins pendant la durée de la concession. Quant aux relations avec les tiers, la décision du Tribunal des conflits *Électricité réseau distribution de France (ERDF) contre Michel* reconnaît la qualité d'ouvrage public lorsque les biens sont directement affectés au service public de l'électricité, la responsabilité en résultant étant de nature administrative²³⁶³.

La distribution publique d'électricité et de gaz constitue un service public à caractère industriel et commercial²³⁶⁴. Selon un principe traditionnellement reconnu, ces ouvrages constituent « *sauf convention expresse contraire* », des « *biens de retour* » appartenant à la personne publique délégante²³⁶⁵. Cependant, ils ne relèvent de la domanialité publique que s'ils font l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public²³⁶⁶. Il en va différemment si la convention de délégation les qualifie de « *biens de reprise* », traduisant un transfert de propriété, le bien ne revenant à l'autorité délégante qu'en fin de concession et moyennant une indemnisation. La détermination du caractère privatiste ou publiciste de la propriété dépend alors de la nature juridique de la personne propriétaire. Il s'agit en principe d'ERDF,

²³⁵⁸ CE ass., avis n°323179 du 29 avril 2010, *M. et Mme Béligaud*, préc.

²³⁵⁹ CE, sect., 27 sept. 2006, n° 290716, *Bayrou e. a.*, Juris-Data n° 2006-070758 ; *JCP A*, 2006, act. 794 ; *RFDA*, 2006, p. 1147, concl. E. GLASER, note R. DE BELLESCIZE ; sur l'organisation fixée au niveau national par la loi et l'organisation monopolistique : CE, avis, 11 mai 2006, n° 372040 ; sur le caractère non substituable de l'électricité : Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, préc.

²³⁶⁰ Loi n°97-1026 du 10 novembre 1997 portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier, *JORF* n°262 du 11 novembre 1997, p. 16387, art. 4 ; loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF* n°185 du 11 août 2004, p.14256, art. 9

²³⁶¹ Sur la qualification de « *bien de reprise* » : CE, 6 juin 1928, *Cne Barges, Genincourt et a.*, *Rec. CE* 1928, p. 718 ; *D.* 1929, 3, p. 45, note C. BLAEVOET. E. GINTRAND, "Services publics locaux", *JCL A*, fasc. 126, 20/12/2006 ; P. SABLIERE, "Le nouveau cahier des charges type de la concession du réseau d'alimentation générale en énergie électrique", *CJEG*, mars 1995, p.87

²³⁶² E. FATÔME, "Le régime juridique des biens affectés au service public", *AJDA*, 2006, p.178

²³⁶³ TC, 12 avril 2010, n° 3718, *Électricité réseau distribution de France (ERDF) c/ Michel*, req. n° 3718, préc. ; loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, préc., art. 36 ; J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY et P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, préc., n°49 et 160

²³⁶⁴ CGCT, art. L. 2224-31 ; Cons. const., déc., 30 nov. 2006, préc., consid. 18 ; H. BONIFACY, *Le service public de la distribution de l'énergie*, thèse droit, Paris, 1921 ; P. TESTE, *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Dalloz, Paris, 1940

²³⁶⁵ Sur la qualification de « *bien de retour* » : CE, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, *RFDA*, 2013 p. 25, concl. B. DACOSTA ; E. FATÔME et P. TERNEYRE, "Le statut des biens des délégations de service public après l'arrêt *Commune de Douai*", *AJDA*, 2013 p. 724 ; CE, 5 mai 1958, *Secrétariat d'Etat aux finances. c/ Sté financière d'exploitations industrielles*, *Rec. CE* 1958, p. 342 ; *CJEG* 1960, p. 71, note A.C. ; s ; CE, Section des travaux publics, Rapport pour 1995, *EDCE* n° 47, p. 402

²³⁶⁶ CGPPP, art. L.2111-1

d'entreprises locales de distribution ou, de GRDF. Dans l'ensemble de ces cas, la domanialité publique devra être écartée, un arrêt du 23 octobre 1998 reconnaissant la nature privative du droit de propriété d'EDF sur ces ouvrages²³⁶⁷. Cette solution s'applique *a fortiori* pour les biens détenus par GRDF puisqu'une personne privée ne peut être propriétaire du domaine public, de même que des sociétés d'économie mixte²³⁶⁸. Malgré cette appropriation privative, la jurisprudence *Électricité réseau distribution de France (ERDF) contre Michel* devrait s'appliquer pour les dommages causés aux tiers, en considérant que l'affectation des installations au service public de l'énergie leur confère la nature d'ouvrage public et que le régime de responsabilité administrative doit être retenu²³⁶⁹.

La production et la distribution de chaleur relèvent de la compétence des collectivités locales et leur but d'intérêt général conduit à retenir la qualification de service public local. Le régime de la production et de la distribution de chaleur diffère du précédent cas dans la mesure où les ouvrages peuvent être exploités en régie ou par délégation de service public. Lorsque la gestion est assurée en régie, les biens appartiendront au domaine public, s'ils font l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public, ce qui peut vraisemblablement être le cas pour ce type d'ouvrages, sans lesquels le service ne pourrait être assuré. Une même solution devrait être retenue dans le cadre d'une délégation de service public, dès lors qu'ils sont qualifiés de « biens de retour ». A l'inverse, une nature juridique de « bien de reprise » les ferait entrer dans la sphère privée, puisqu'une personne privée ne peut être propriétaire d'un bien du domaine public. Dans tous les cas, la qualification de service public devrait conduire à leur appliquer le régime de responsabilité pour dommages de travaux publics.

L'étude révèle une tendance vers une appropriation privative des biens affectés au service public et une extension du régime de responsabilité administrative. Elle se confirme concernant les activités associées au service public de l'énergie.

b) Des activités associées au service public de l'énergie

Selon le Conseil d'Etat, les ouvrages de production d'électricité d'une puissance inférieure à 40 mégawatts, dans les zones interconnectées doivent être regardés comme des activités associées au service public²³⁷⁰. Ils sont essentiellement exploités par EDF et des opérateurs privés et le droit de propriété revêt donc une nature privative²³⁷¹. En revanche et contrairement aux précédents cas,

²³⁶⁷ CE. Ass., 23 oct. 1998, *EDF, préc.*; Un bien appartenant à une personne privée ne peut pas relever du domaine public : *Travaux de révision du code civil*, 1946-1947, p. 803 et s. ; CE, 13 janv. 1933, *Chemin de fer P.O., RDP*, 1933, p. 454 ; Cass. civ., 29 mai 1963, *D.*, 1964, p. 93, note JURET ; CE, 27 mai 1964, *Chervet, Rec.*, p. 300 ; CE, 6 nov. 1970, *Consorts Bertrand, Rec.*, p. 655 ; Cass. req., 8 nov. 1909, *S.*, 1912, I, p. 581, note MESTRE ; CE, 30 mars 1928, *Ministère des Travaux publics, D.*, 1929, 111.13 ; tel est également le cas d'un bien appartenant en copropriété à une personne publique et à une personne privée: CE, 11 fév. 1994, *Cie d'assurance Préservatrice foncière, Rec.*, p. 65

²³⁶⁸ *Ibidem* ; P.TERNEYRE, "Les sociétés d'économie mixte locales et les contrats", *LPA*, n°128, 25/10/1995, p.22

²³⁶⁹ TC, 13 avril 2010, *Électricité réseau distribution de France (ERDF) c/ Michel*, n° 3718, *AJDA*, 2010, p. 815 ; concl. M. GUYOMAR, *RFDA*, 2010, p. 551 ; note J.-L. PISSALOUX, *DA*, n°10, oct. 2010, comm. 132

²³⁷⁰ CE ass., avis n°323179 du 29 avril 2010, *M. et Mme Béligaud*, *préc.*

²³⁷¹ Sur la nature privative du droit de propriété : CE. Ass., 23 oct. 1998, *EDF, préc.* ; sur le régime de responsabilité civile : *Inter alia.*, CA Douai, 16 avril 2009, n° 08/09250, www.dalloz.fr ; CA. Toulouse, Ch. 1, 12 Oct. 1992, *Sté hydroélectrique de gestion Muel David*, *JurisData* : 1992-046141 ; CA. Nîmes, Ch. Civ. 1, section B, 12 Oct. 2010, n° 568, 08/02001, www.lexisnexis.com

Le service public de l'énergie

l'absence d'affectation directe des ouvrages au service public de l'énergie devrait conduire à leur dénier le régime juridique de la responsabilité pour dommages de travaux publics au profit des règles du droit civil.

Le transport de gaz est assuré par des sociétés commerciales aux capitaux majoritairement privés propriétaires des installations, et l'activité n'est pas constitutive d'un service public national selon le Conseil constitutionnel²³⁷². Par conséquent, la nature privative du droit de propriété doit être retenue. En revanche, l'article L.431-2 du code de l'énergie dispose que « *les travaux d'installation des ouvrages de transport de gaz naturel ont le caractère de travaux publics* ». Le régime de responsabilité administrative doit donc être retenu à leur égard. Une solution similaire devrait s'appliquer concernant les installations de GNL qui s'inscrivent dans un but d'intérêt général matérialisé par un droit d'accès au même titre que pour les réseaux²³⁷³.

L'étude comparative des régimes juridiques relatifs aux activités chargées et associées au service public de l'énergie illustre l'absence de différence significative des régimes juridiques en dehors de la responsabilité applicable aux installations de moindre importance. Une orientation générale se caractérise par un recul de la domanialité publique devenant exceptionnelle, et une extension de la responsabilité pour dommages de travaux publics²³⁷⁴. La situation semble résulter d'une conciliation entre une ouverture à la concurrence du secteur énergétique qui tend à privatiser la propriété des installations, et un service public de l'énergie qui conduit à leur appliquer un régime de responsabilité protecteur, essentiellement fondé sur un principe relatif d'intangibilité de l'ouvrage, au nom de d'intérêts publics.

Les activités énergétiques s'exercent donc dans le cadre d'un service public régulé, et l'effectivité du dispositif est assurée par des autorités de contrôle.

II. Les autorités de contrôle

Le cadre régulé du service public de l'énergie est contrôlé par des autorités nationales (A) et de l'Union (B).

A. Un contrôle national

La transversalité de la régulation énergétique induit une répartition des compétences entre les autorités (1) et requiert une adaptation de la CRE aux droits de l'Homme (2).

1) Une répartition des compétences

La CRE et l'Autorité de la concurrence sont toutes deux chargées de contrôler le respect de règles de concurrence, dont l'effectivité conditionne la qualité du service public de l'énergie. La délimitation de leurs domaines respectifs d'intervention implique donc d'être précisé (a), au même titre que pour la CRE et le juge administratif (b).

²³⁷² Cons. const., déc. n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, *préc.*, consid. 22 ;

²³⁷³ C. éner., art. L.111-97 ; F. QUÉROL, "Notion de travaux publics", *préc.*

²³⁷⁴ E. FATÔME, "Le régime juridique des biens affectés au service public ", *préc.*

a) La CRE et l'Autorité de la concurrence

Alors que la CRE est compétente pour trancher les différends portant sur des limitations d'accès aux réseaux, l'Autorité de la concurrence le devient lorsqu'un gestionnaire de réseau abuse de sa position dominante, cette dernière ayant pour mission de réprimer les atteintes au droit de la concurrence (ententes, abus de position dominante, prix prédateurs...) ²³⁷⁵. La CRE et l'Autorité de la concurrence interviennent donc de concert dans l'objectif commun de faire respecter le principe de non-discrimination dans les marchés de l'énergie ²³⁷⁶. Cependant, elles sont régies par deux corps de règles répondant à des logiques distinctes : le droit de l'énergie et plus particulièrement le droit d'accès aux réseaux pour la CRE ; le droit de la concurrence concernant l'Autorité de la concurrence, Claude Mandil faisant à ce titre référence à la « *double nature de la régulation* » ²³⁷⁷.

Pourtant, elles sont dotées de compétences similaires. Pour accomplir ses missions la CRE dispose d'un pouvoir d'enquête analogue à celui de l'Autorité de la concurrence et peut déclencher une procédure de sanction en cas de manquement au droit des réseaux. Elle dispose également d'une fonction de nature juridictionnelle en statuant sur les différends relatifs à l'accès et à l'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution et aux installations GNL, dont les décisions sont susceptibles de recours devant la cour d'appel de Paris, cette attribution de compétence résultant de l'attraction du droit de la concurrence. Elle a vu croître ses prérogatives afin de les rapprocher de celles de l'Autorité de la concurrence puisqu'elle peut désormais imposer aux gestionnaires et aux utilisateurs de réseaux, des prescriptions propres à régler le différend qui lui est soumis, prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire, et imposer un délai pour la réalisation d'un ouvrage de raccordement ²³⁷⁸. Un parallèle doit être fait avec la procédure des mesures conservatoires dont dispose l'Autorité de concurrence, pour suspendre les pratiques portant une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante ²³⁷⁹. La relation de proximité qu'entretiennent la CRE et l'Autorité de la

²³⁷⁵ CRE, 7 sept. 2005, *Compagnie du vent c/ EDF* ; CRE, 14 avr. 2005, *Les chutes de l'Ain c/ EDF* ; A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°4, 26/01/2006 ; l'Autorité de la concurrence a ainsi ordonné à EDF de modifier ses clauses contractuelles de résiliation anticipée, estimant que les clauses d'exclusivité de certains contrats étaient, soit absentes des contrats, soit définies en des termes incomplets ou imprécis, en particulier pour la fixation de l'indemnité: Cons. conc., déc. n° 07-MC-01, 25 avr. 2007 ; l'Autorité de la concurrence enjoint EDF de modifier sa communication commerciale de façon à séparer celle relevant de ses activités des service public et celle de sa filiale intervenant dans le secteur concurrentiel: Aut. conc., déc. n° 09-MC-01, 8 avr. 2009, relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct, note M. BAZEX, *DA*, n°5, mai 2009, comm. 66 ; S. DESTOURS, "Lumière sur le groupe EDF", *Revue Lamy de la Concurrence*, 2009, p.20 ; concernant la visibilité des prix sur le marché de la vente d'électricité en gros: P. LIGNIÈRES et R. LAZAR, "L'énergie en France au 1er juillet 2007, hésitations autour de la libéralisation et de la privatisation", *DA*, n°8, étude 13, août 2007 ; en matière d'abus de position dominante: Cons. conc., déc. n° 07-MC-04, 28 juin 2007, *demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie*

²³⁷⁶ J.-P. KOVAR, "L'Autorité de la concurrence l'étendue de sa compétence à l'égard du gestionnaire du réseau de transport de l'électricité (EDF et RTE) ", *Concurrences*, n° 3-2011, n°38201, pp. 213-214

²³⁷⁷ C. MANDIL, "La régulation dans le cadre d'une politique sectorielle publique ", *LPA*, n°82, 10/07/1998, p.11 ; D. THÉOPHILE et E. RENAUDEAU, "Les relations entre le Conseil de la concurrence, l'ARCEP, la CRE et le CSA: Coopération ou concurrence ?", *Concurrences*, n° 3, 2008, p.67-75

²³⁷⁸ CA Paris, 1re ch., 22 mai 2007, *EDF c/ Pouchon Cogen* ; la CRE peut ainsi enjoindre à EDF de procéder au raccordement d'un producteur sur le réseau de distribution : CRE, 24 mars 2005, *SERHY c/ EDF* : elle dispose d'un pouvoir de mise en demeure destiné à garantir l'accès au réseau: CRE, 7 sept. 2005, *GAZELEC de Péronne*

²³⁷⁹ C. com., art. L.464-1 ; M. BAZEX et S. BLAZY, "L'analyse concurrentielle au soutien des pouvoirs de référé du juge administratif", *DA*, n°4, comm. 73, mai 2004

Le service public de l'énergie

concurrence se manifeste également dans le devoir de collaboration qu'impose l'article L.134-16 du code de l'énergie. La CRE doit saisir l'Autorité des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont elle a connaissance dans les secteurs de l'électricité ou du gaz naturel, et peut solliciter son avis pour toute autre question relevant de sa compétence. L'Autorité peut quant à elle saisir la CRE pour avis, de toute question relative aux secteurs de l'électricité ou du gaz naturel²³⁸⁰.

Cette complémentarité pourrait à terme se traduire par une fusion. En effet, Laurent Richer remarque que la régulation sectorielle (énergie, communication, marchés financiers...) a vocation à s'effacer au profit du droit commun de la concurrence, l'objectif étant de réduire la réglementation sectorielle au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché²³⁸¹. Dès lors, cette branche du droit de l'énergie pourrait être absorbée par le droit de la concurrence.

Cette relation synergique peut être mise en relation avec les liens qu'entretiennent la CRE et le juge administratif.

b) La CRE et le juge administratif

La CRE et le juge administratif s'opposent parfois sur des considérations doctrinales, un exemple marquant pouvant être tiré de la nature juridique des installations énergétiques²³⁸². Dans l'affaire *M. et Mme Béligaud*, la consultation de la CRE rapportait une position favorable à la qualification d'ouvrage privé, faisant prévaloir la nature du propriétaire au motif que le secteur énergétique est désormais géré par des sociétés en situation concurrentielle²³⁸³. Le Conseil d'État rejeta cette position en retenant la qualification d'ouvrage public, et en se fondant sur le critère d'affectation à l'exécution du service public²³⁸⁴. Cet antagonisme se retrouve dans la régulation des activités concurrentielles. Alors que la CRE a pour mission de faire respecter le droit d'accès aux réseaux publics d'électricité, de gaz et de CO₂, le juge administratif est compétent pour condamner les manquements au droit de la concurrence résultant des actes administratifs²³⁸⁵.

²³⁸⁰ La CRE considère qu'un litige où EDF abuse de sa position dominante relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence : CRE, 14 avril 2005, *Les chutes de l'Ain c/ EDF* ; M. MALAURIE-VIGNAL, "Une entreprise peut être poursuivie pour dénigrement sur le fondement de l'abus de position dominante", *JCP E*, n° 17, 29/04/2010, p.1411

²³⁸¹ L. RICHER, "Droit d'accès et service public", *AJDA*, n° 2, 16/01/2006, p.73-79 ; M. BAZEX, "Les droits de la concurrence : leur harmonisation", in J.-B. AUBY et B. FAURE (DIR.), *Les collectivités locales et le droit. Les mutations actuelles*, Dalloz, 2001, p. 247

²³⁸² CE ass., avis n°323179 du 29 avril 2010, *M. et Mme Béligaud*, *Rec. Lebon*, concl. M. GUYOMAR

²³⁸³ Sur les justifications relatives à la qualification d'ouvrage privé des installations énergétiques: P. SABLIERE, "Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ?", *AJDA*, 2005, p.2324

²³⁸⁴ On retrouve l'aval de l'administration dans le contrôle exercé sur la mission de service public et bien que la personne publique ne figure pas au premier plan en tant que propriétaire de l'ouvrage, elle intervient néanmoins en entérinant, de manière indirecte, la participation de la personne privée à l'utilité publique ; CE, sect., 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, *Rec. Lebon*, p.401. CE, sect., 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*

²³⁸⁵ CE, 10 févr. 2006, n° 289013, *Poweo* ; M. BAZEX, "La mise en œuvre des règles de concurrence dans le cadre de la régulation", *Contrats concu. Consom.*, n°10, 01/09/2006, p.17-18 ; A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n° 7, 14/02/2008 ; M. BAZEX et S. BLAZY, "Les règles de dévolution du contentieux des atteintes à la concurrence entre les autorités de concurrence et le juge administratif", *DA*, n° 1, comm. 3, janv. 2007 ; en matière d'opération de concentration: M. BAZEX et S. BLAZY, "La confirmation du rôle du juge administratif dans le contrôle des opérations de concentration", *DA*, n° 5, comm. 72, mai 2006 ; M. BAZEX et S. BLAZY, "L'action administrative à l'épreuve des nouvelles procédures de « transaction » en matière de poursuite des pratiques anticoncurrentielles", *DA*, n° 12, comm.

La régulation du service public de l'énergie

Bien qu'il n'y ait pas de conflit de compétence, une divergence dans la méthode peut être observée. La célérité est pour la CRE une obligation légale, le délai dont elle dispose pour trancher un différend étant extensible au maximum à quatre mois. Laurent Richer remarque qu'une juridiction de droit commun ne saurait réussir une telle prouesse²³⁸⁶. La divergence concerne également la technique puisque la CRE est parfois saisie de contentieux particulièrement complexe²³⁸⁷. Elle contribue selon son directeur général à « *dédramatiser les règlements des différends* »²³⁸⁸. La détermination d'une compétence clairement déterminée évite l'éclatement du litige entre les juridictions civiles et administratives, facilitant son règlement²³⁸⁹. L'expertise des membres de la CRE les conduit à utiliser l'ensemble de leurs prérogatives là où un juge généraliste présenterait une attitude timorée. Dans l'affaire *SEMMARIS*, opposant EDF à un syndicat de communes concernant une concession de distribution, la CRE fait une application d'une jurisprudence de la Cour de cassation, et déduit l'obligation pour EDF de définir et de communiquer des critères objectifs et non-discriminatoires de dérogation au principe selon lequel un contrat doit être conclu par point de livraison, et enjoint EDF d'adopter et de communiquer ces règles. Pour Laurent Richer, cette attitude du régulateur serait difficilement concevable de la part d'un juge²³⁹⁰.

La CRE dispose donc de prérogatives adaptées à sa mission de contrôle de la régulation du service public de l'énergie. Néanmoins, l'adéquation des règles doit également s'apprécier pour les justiciables à l'égard des droits de l'Homme.

2) La CRE et les droits de l'Homme

Le Conseil constitutionnel reconnaît la capacité pour les AAI de réguler un secteur d'activité au moyen d'un pouvoir réglementaire supplétif et d'une fonction quasi-juridictionnelle²³⁹¹. Or, les procédures appliquées par la CRE continuent de susciter l'interrogation au regard des droits de l'Homme²³⁹². En effet, bien que celle-ci s'adapte (a), certaines procédures impliqueraient une évolution (b)²³⁹³.

a) Une adaptation engagée

L'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme a contribué significativement à faire évoluer les droits de la défense devant les autorités nationales de

166, déc. 2005 ; J. CAILLOSSE, "Sur quelques problèmes actuels du droit administratif français - bref essai de mise en perspective", *AJDA*, 2010, p.931

²³⁸⁶ L. RICHER, "Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie", *préc.*, p.400 ; J. MARIMBERT, "L'office des autorités de régulation", *LPA*, n° 110, 03/06/2002, p.63-67

²³⁸⁷ CORDIS, 2 mai 2002, *RTE c./ RATP* ; CRE, 27 juin 2002, *SEMMARIS c./ RTE*

²³⁸⁸ T. TUOT, "Il n'y aura pas de marché ouvert sans régulateur", *LPA*, n° 212, 23/10/2002, p.9

²³⁸⁹ CE, 21 avril 1961, *Agneis, Rec.* p. 253

²³⁹⁰ CORDIS, 27 juin 2002, *SEMMARIS c/ EDF* ; P. SABLIERE, "L'opposabilité à la clientèle des clauses liant l'opérateur à l'autorité concédante - Note sous Commission de régulation de l'électricité, 27 juin 2002, *SEMMARIS c/ EDF, RFDA*, 2003, p.77 ; L. RICHER, "Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie", *préc.*, p.405

²³⁹¹ Cons. Const., décision n° 88-248 DC du 17 janv. 1989 relative à la liberté de communication ; E.PIWNICA, "La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes", *RFDA*, 2010, p.915

²³⁹² J.-P. KOVAR, "La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable", *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, mai 2010, p. 78

²³⁹³ *Autorités de régulation et droit européen, JCP E*, n° spécial, 06/05/2004 ; V. LOY, "Réforme de la Commission de régulation de l'énergie et protection des consommateurs", *préc.*

régulation²³⁹⁴. L'adaptation de la CRE à ces exigences concerne essentiellement le CORDIS, composé de quatre membres issus du Conseil d'État et de la Cour de cassation, compétent pour prononcer des sanctions et régler les différends²³⁹⁵. La Cour européenne adopte une conception réaliste de la qualification institutionnelle des procédures et des organismes, l'article 6 s'appliquant dès que l'objet affecte le patrimoine de l'intéressé, le fait que ces dispositions appartiennent au droit pénal ou relèvent de sanctions administratives important peu²³⁹⁶. Par conséquent, le CORDIS doit être regardé selon la jurisprudence de la Cour, comme une juridiction au sens de l'article 6, tant sa ressemblance est frappante d'un point de vue organique et matériel²³⁹⁷.

Les conditions premières auxquelles doit répondre le régulateur concernent l'indépendance, l'impartialité, l'encadrement préalable de son pouvoir discrétionnaire, et un contrôle de nature juridictionnelle²³⁹⁸. L'article 6 implique également le respect du « *droit au juge* », supposant un accès effectif à celui-ci, condition ne pouvant être remise en cause par des obstacles de fait ou de droit²³⁹⁹. Le pouvoir de réformation des sanctions du régulateur par le juge constitue une condition de conformité à la Convention²⁴⁰⁰. Le droit au procès équitable implique plus spécifiquement l'impartialité et l'égalité des armes pendant toute la phase contentieuse. Le principe du contradictoire est applicable de plein droit à la CRE qui a l'obligation de motiver précisément ses décisions individuelles tant pour les décisions défavorables que favorables²⁴⁰¹. Le Conseil d'État l'a d'ailleurs érigé en principe général du droit, en ce qui concerne les décisions individuelles défavorables²⁴⁰².

Ces règles sont complétées par des garanties constitutionnelles relatives au principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère, le principe de nécessité des peines, et les

²³⁹⁴ CEDH, art. 6-1: « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ».

²³⁹⁵ P.-F. RACINE, "Le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) de la Commission de régulation de l'énergie - Premières leçons", *RJEP*, n° 673, étude 4, mars 2010

²³⁹⁶ Le juge de Strasbourg se fonde sur un faisceau d'indices reposant sur quatre critères: la nature de l'infraction ; le caractère général de la norme dont il est fait application ; le but de la sanction préventif et répressif ; la nature de la sanction (effet dissuasif): Cour EDH 21 février 1984, *Oztürk*, 8544/79, série A, n°73 ; B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique, préc.*, p.540

²³⁹⁷ P. WACHSMANN, "Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *AJDA*, 2010, p.2138 ; P. IDOUX, "Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales", *RFDA*, 2010, p.920 ; J. P. DUPRAT, "La soumission des régulateurs à la régulation", *AJDA*, 19/06/2006, p.1203-1211 ; A. LAGET, *Recherche sur la régulation des services publics en réseaux: le cas des télécommunications et de l'électricité*, Paris, 2001, p. 432 et s.

²³⁹⁸ P. ZAVOLI, "L'emprise de la Convention européenne des droits de l'homme sur les autorités de régulation", *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, 06/05/2004, p.6-11

²³⁹⁹ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey*, A-32

²⁴⁰⁰ P. DELVOLVÉ, "Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge", in Colloque de l'association droit et démocratie, Palais du Luxembourg du 22 janv. 2001, *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*, *LPA*, 17/09/2001, p.18-28

²⁴⁰¹ C. éner., art. L.134-11

²⁴⁰² CE, 5 mai 1944, *Dame Trompier Gravier*, *GAJA*, n°63

règles relatives au cumul des sanctions. En ce sens, le montant financier global des sanctions pécuniaires et pénales, et les sanctions administratives ne doit pas dépasser la somme plus élevée de l'une des sanctions encourues²⁴⁰³. Le Conseil Constitutionnel affirme que les exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen relatives à l'égalité des délits et des peines « *ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité non judiciaire* »²⁴⁰⁴.

La création du CORDIS s'est inspirée des recommandations du rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation sur les autorités administratives indépendantes²⁴⁰⁵. Le règlement intérieur fut également adapté en ce sens²⁴⁰⁶. Celui-ci reprend l'exigence des principes de la proportionnalité de la sanction et du respect des droits de la défense, le droit d'être informé de la procédure dès la saisine de la CRE, le droit de présenter des observations à toutes les étapes de la procédure, le droit d'accès au dossier, le principe de la publicité des débats, le droit d'être assisté d'une personne de son choix, les affaires doivent être instruites par le rapporteur dans le respect du contradictoire, la CRE devant se prononcer dans les deux mois, extensibles à quatre mois dans un règlement des différends²⁴⁰⁷. Un décret du 11 septembre 2000 organise l'instruction en confiant à la CRE la communication des observations et des pièces²⁴⁰⁸. Il prévoit la désignation d'un rapporteur dès l'enregistrement de la demande, celui-ci ne participant pas au délibéré²⁴⁰⁹. Les parties peuvent présenter des observations orales pendant l'audience, publique en principe. Les décisions de la CRE doivent être motivées, notifiées, publiées, et répondre à tous les moyens²⁴¹⁰. A ces garanties s'ajoute une « *jurisprudence* » témoignant selon Laurent Richer d'un comportement de juge²⁴¹¹.

Bien qu'engagée, cette adaptation aux droits de l'Homme demeure partielle.

b) Une adaptation inachevée

Alors que la Cour de Strasbourg reconnaît les avancées du droit national dans l'adaptation des sanctions administratives, la question de la délimitation du champ d'application de l'article 6§1

²⁴⁰³ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14. éd., 2007, n° 42

²⁴⁰⁴ Cons. Const., décision n° 88-248 DC du 17 janv. 1989 relative à la liberté de communication, considérant n° 36

²⁴⁰⁵ P. GÉLARD, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, AN n°3166, Sénat n°404, Office parlementaire d'évaluation de la législation, 15/06/2006

²⁴⁰⁶ CRE, 20 févr. 2009, *déc. relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la CRE* ; A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n° 17, 1420, 29/04/2010

²⁴⁰⁷ C. éner., art. L.134-19 à 34 ; CE, sect., 31 janv. 2007, n° 290567, *Cie Corse Air International (Corsair)*, *Juris-Data* n° 2007-071395, *DA*, mars 2007, comm. 52 ; C. LEMAIRE, *Energie et concurrence: recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz, préc.*, p. 362 ; la saisine doit être motivée en droit et en fait et appuyée des pièces telles que les refus de raccordement ; lorsque le comité est saisi de demandes de sanctions, la personne visée reçoit notification des griefs susceptibles d'être retenus, des sanctions encourues et des modalités de consultation du dossier.

²⁴⁰⁸ Décret n°2000-894 du 11 septembre 2000 relatif aux procédures applicables devant la Commission de régulation de l'électricité, *JORF* n°215 du 16 septembre 2000 p. 14519

²⁴⁰⁹ Cass. Ass. Plén., 5 févr. 1999, *JCP*, 1999, p. 10060, note MATSOPOULOU ; Cass. Com, 5 oct. 1999, *Bull. IV*, n° 158

²⁴¹⁰ C. éner., art. L.134-34 ; décret n°2000-894 du 11 septembre 2000 relatif aux procédures applicables devant la Commission de régulation de l'électricité, *préc.*, art. 7 ; CA Paris, 1re ch., sect. H, 10 déc. 2002, *RATP c./ EDF*

²⁴¹¹ L. RICHER, "Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie", *préc.*, p.403

Le service public de l'énergie

concernant les autorités de régulation indépendantes demeure un sujet de discordes²⁴¹². Dès ses premiers arrêts, le Conseil d'État a montré une certaine réserve à pleinement appliquer l'article aux autorités nationales de régulation²⁴¹³. L'adaptation aux droits de l'Homme demeure inachevée de par la conception stricte qu'opère le Conseil par rapport à l'approche réaliste de la Cour, sa position demeurant limitée aux procédures des sanctions administratives. En effet, les juges de la place du Palais-Royal demeurent réticents dans l'application de l'article 6 aux procédures administratives ne présentant pas le caractère de sanction²⁴¹⁴. Cette dichotomie conduit à appliquer au moins partiellement l'article 6 au CORDIS tandis que les autres activités de la CRE en sont exclues.

Cette approche appelle deux types de remarques. D'une part, la limitation de l'article 6 aux strictes sanctions administratives exclut de son champ les avis, les mesures conservatoires, et les avertissements pouvant être pris par la Commission²⁴¹⁵. D'autre part, même dans le cadre des sanctions administratives, le Conseil d'État évince de manière contestable certaines dispositions de l'article 6. Tel est le cas du droit à l'aide juridictionnelle, qui peut être octroyée lors de la saisine du Conseil d'État, la section du contentieux considérant que cette garantie est spécifiquement attachée à la procédure juridictionnelle, l'assistance gratuite d'un avocat ne faisant pas partie des exigences requises « *pour garantir, dès l'origine de la procédure, son caractère équitable par le respect de la conduite contradictoire des débats* »²⁴¹⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme n'admet quant à elle des dérogations à l'article 6 qu'à titre exceptionnel²⁴¹⁷.

Opérer une application différenciée de l'article 6 s'avère risquée, la situation conduisant à une insécurité juridique. Afin de clarifier la situation, Brigitte Garrigues établit une typologie des dispositions de l'article 6 devant être respectées devant les juridictions mais demeurant facultative devant les AAI, comprenant le droit d'être assisté par un avocat commis d'office, la lecture publique de la décision rendue par la commission des sanctions, la possibilité de présenter des témoins, et l'assistance gratuite d'un interprète²⁴¹⁸. A l'inverse, les règles relatives à l'impartialité des membres délibérants et du rapporteur ; la présomption d'innocence ; le respect du contradictoire ; le droits d'être informé dans une langue que le mis en cause comprend, sur la nature et la cause de

²⁴¹² CEDH, 27 août 2002, *Didier c/ France*, JCP G, 2003, II, 10177, note G. GONZALEZ ; P. HOUÉDANOU, "Autorités administratives indépendantes et droit au procès équitable : une nouvelle et partielle clarification", *Gaz. Pal.*, n° 339, 05/12/2009, p.38

²⁴¹³ CE Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, *Rec. Lebon* p. 399, GAJA ; AJDA 2000, p. 172, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; D. 2000, p. 62, obs. M. BOIZARD ; RFDA 2000, p. 584, concl. A. SEBAN ; JCP E 2000, p. 510, note F. SUDRE

²⁴¹⁴ M. CLIQUENNOIS (DIR.), *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, L'Harmattan, Paris, 1997 ; X. PRÉTOT, "Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes répond-il aux exigences de la CEDH?", *RDP*, n° 6, 2002, p.1607-1617

²⁴¹⁵ CE, 18 octobre 2000, *Terrail*, n°208168, *Rec. Lebon*, p. 430 ; CE, 15 octobre 2003, *Odent*, n°246215, *Rec. Lebon*, p. 402 ; CE, 22 novembre 2000, *Mutuelle interjeunes et Abed*, n° 211285 et 211286, *Rec. Lebon*, p. 554 ; CE Ass., 3 décembre 1999, *Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, n°197060 et 197061, *Rec. Lebon*, p. 397. La Cour EDH admet cependant qu'un organe administratif puisse ne pas satisfaire aux exigences procédurales du procès équitable dès lors que l'organe d'appel le fait : CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte*, série A, n°58

²⁴¹⁶ CE, 27 octobre 2006, *M. Parent e. a.*, req. n°276069, 277198 et 277460, note J.M. GLATT, *LPA*, 28 nov. 2006, n°237, p. 15 ; M. COLLET, "Autorités de régulation et procès équitable", *AJDA*, 2007, p.80

²⁴¹⁷ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, série A n° 43, p. 24 ; CEDH, 8 février 2000, *Voisine c/ France*, aff. n°27362/95 ;

²⁴¹⁸ B. GARRIGUES, "L'autorité de régulation boursière face à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme", *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, dossier 20, mai 2010

l'accusation ; et la motivation des décisions, doivent être assurés dès la phase impliquant la commission des sanctions. La question n'a pour l'instant pas été soumise à la Cour de Strasbourg mais une adaptation de CRE en ce sens semble nécessaire.

Un niveau de contrôle complémentaire intervient dans le cadre du droit de l'Union.

B. Un contrôle de l'Union européenne

Bien que l'organisation et le fonctionnement du service public de l'énergie constituent une compétence étatique, les institutions européennes et plus particulièrement la Commission peuvent indirectement contribuer à son bon fonctionnement par un contrôle limité de la concurrence (1) et des comportements étatiques (2).

1) Le contrôle de la concurrence

Le contrôle européen présente des limites fondées sur le principe de subsidiarité, les instances de l'Union n'étant légitimes à intervenir que lorsque les comportements présentent un caractère transfrontière. Lorsque cette condition est remplie, la Commission peut alors sanctionner les manquements au droit de la concurrence (a) et au droit d'accès aux réseaux (b).

a) La répression des entraves au droit de la concurrence d'ampleur européenne

Les comportements anticoncurrentiels tels que les ententes entre les opérateurs à l'occasion de marchés publics ou les abus de position dominante des gestionnaires de réseaux sont susceptibles de compromettre le bon fonctionnement du service public de l'énergie. La Commission peut alors recourir à plusieurs fondements pour réprimer les manquements au droit européen de la concurrence. L'article 102 du TFUE interdit les abus de position dominante et concerne en premier lieu les gestionnaires de réseaux qui occupent une position de monopole. En ce sens, la Commission a ouvert une procédure à l'égard du gestionnaire de réseau de transport d'électricité suédois, suspecté d'entraver le bon fonctionnement du marché de l'énergie par une limitation des capacités d'exportation²⁴¹⁹. Cette procédure a pour effet de dessaisir les autorités nationales compétentes conformément à l'article 11§6 du règlement n°1/2003²⁴²⁰. Bien que la Cour de justice reconnaisse la possibilité de limiter l'application des règles de la concurrence dans le cadre du service d'intérêt général, elle sanctionne les cas où l'atteinte s'avère disproportionnée par rapport à l'objectif visé²⁴²¹.

Le contrôle de la Commission porte également sur les ententes, telles que définies dans l'article 101 du TFUE, qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. La Commission a eu l'occasion d'utiliser cette compétence à de multiples

²⁴¹⁹ "Abus de position dominante: la Commission ouvre une procédure à l'égard du gestionnaire du réseau suédois de transport d'électricité concernant la limitation de la capacité d'interconnexion pour les exportations d'électricité", *Europa press releases rapid*, 23/04/2009 ; concernant GDF : Résumé de la décision de la Commission du 3 décembre 2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE, aff. COMP/39.316 – GDF, *JOUE n°57/13* du 09/02/2010 ; "Antitrust: la Commission formalise les engagements offerts par EDF pour ouvrir le marché français de l'électricité à la concurrence", n°.IP/10/290, 17/03/2010, www.europa.eu

²⁴²⁰ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE n°L.1/1* du 4/01/2003

²⁴²¹ CJCE, 10 juill. 1984, aff. 72/83, *Campus oil et autres c./ Ministère de l'énergie et de l'industrie*, *Rec.* p. 2727-2757

reprises tant pour autoriser que pour sanctionner des comportements délictueux dans le secteur de l'énergie²⁴²².

La Commission contrôle enfin le rapprochement des entreprises en vérifiant que les mesures ne constituent pas des concentrations prohibées au sens du droit de l'UE. Les entreprises concernées doivent apprécier *a priori* si l'opération envisagée relève du régime de l'Union et de la compétence de la Commission, au regard des seuils fixés par le règlement 139/2004²⁴²³. Le défaut de notification auprès de la Commission encourt le prononcé d'une amende par celle-ci, à concurrence de 10% du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées pour ce type d'infraction. En ce sens, Electrabel fut condamnée à verser vingt millions d'euros pour défaut de notification de l'acquisition du contrôle de la Compagnie nationale du Rhône en 2003²⁴²⁴.

En complément, le contrôle européen porte sur le droit d'accès aux réseaux d'électricité et de gaz.

b) La garantie du « droit d'accès aux réseaux » dans les litiges transfrontaliers

Les réseaux d'électricité constituent des services publics à part entière et les manquements au droit d'accès sont susceptibles d'entraver leur fonctionnement. L'Union ne peut en principe pas intervenir pour assurer l'effectivité de ce droit puisque conformément au principe de subsidiarité cette compétence relève des autorités nationales de régulation de l'énergie. Nonobstant cette limite, un premier pas fut franchi en 2009, par l'instauration d'une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie qui peut statuer sur un litige transfrontalier sur demande des autorités nationales de régulation, ou lorsqu'elles ne sont pas parvenues à un accord dans un délai de six mois²⁴²⁵.

En complément, un contrôle indirect de l'effectivité du droit d'accès pourrait être entrepris en étendant l'arrêt *Citiworks*, par un recours en manquement engagé par la Commission à l'encontre des États²⁴²⁶. En effet, si la Commission n'est pas compétente pour vérifier directement l'effectivité de ce droit, elle peut poursuivre les États qui violeraient leurs obligations d'assurer un accès non-discriminatoire à ces réseaux, conformément aux prescriptions des directives sur le marché intérieur

²⁴²² F. LÉVÊQUE, "La mise en œuvre du droit de la concurrence dans les industries électriques et gazières : Problèmes et solutions", *Concurrence*, n°2, 01/04/2006, p.28-33 ; E. VAN PUYVELDE, "Les engagements d'EDF permettent de boucler l'enquête antitrust", *Europol. éner.*, n°775, 24/04/2010, p.4 ; La Commission admet la liceité d'un accord faisant obligation de vendre de l'électricité d'origine nucléaire exclusivement à deux sociétés et l'obligation de ces dernières d'acheter sur la base d'un tarif déterminé au motif que l'accord contribue à l'amélioration de la production et de la distribution des produits, dans le cadre de la réorganisation de l'ensemble du secteur et à la rentabilisation de la production d'électricité d'origine nucléaire: décision 91/329/CEE de la Commission du 30 avril 1991 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33,473, Scottish Nuclear, accord sur l'énergie nucléaire, *JOCE* n° L.178 du 6 sept. 1991, p. 31

²⁴²³ C. VILMART, "Contrôle des concentrations", *JCL droit international*, fasc. 164-100, 01/08/2008

²⁴²⁴ "Droit CE : développements - 2ème trimestre 2009", *Competition law e-bulletin*, oct. 2009, p.14 ; concernant l'aval conditionnel au rachat de la SPE par EDF : E. VAN PUYVELDE, "Aval conditionnel au rachat du belge SPE par EDF", *Europol. éner.*, n°767, 18/11/2009, p.5 ; concernant l'autorisation pour Electrabel de racheter des centrales électriques détenues par E.ON: E. VAN PUYVELDE, "Nouvel aval à une opération entre E.ON et Electrabel", *Europol. éner.*, n°766, 04/11/2009, p.4 ; "Concentrations: la Commission inflige une amende de 20 millions d'euros à Electrabel pour l'acquisition du contrôle de la Compagnie Nationale du Rhône sans autorisation préalable de la Commission", n°IP/09/895, 10/06/2009, www.europa.eu

²⁴²⁵ Règlement (CE) n°713/2009 du Parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, *préc.*

²⁴²⁶ CJCE, 22 mai 2008, *Citiworks AG*, C-439/06, *décryptages*, n°13, p.5

de l'énergie.

Contrairement à ces compétences d'appui, la Commission européenne dispose de pleines prérogatives pour contrôler les politiques énergétiques étatiques illicites.

2) Le contrôle des politiques énergétiques étatiques

Le bon fonctionnement du service public de l'énergie est lié au comportement des États, les aides accordées aux opérateurs devant être licites (a) et non-discriminatoires (b).

a) Des aides d'État encadrées

La Commission européenne contrôle la compatibilité des aides d'État sur le fondement de l'article 107 du TFUE, prévoyant par principe leur illicéité sauf dérogation, où lorsqu'elles entrent dans le cadre des exceptions prévues par le troisième paragraphe dudit article²⁴²⁷. Constitue une aide d'État, toute mesure répondant simultanément à quatre caractéristiques : elle procure un avantage, elle concerne certaines entreprises ou certaines productions, elle est financée aux moyens de ressources d'État et est imputable à l'État, elle présente un impact sur les échanges entre États membres et engendre une distorsion de concurrence dans l'Union²⁴²⁸. En revanche, une aide d'État peut être validée par la Cour, lorsqu'elle vise à compenser des charges découlant d'obligations de service public. Quatre critères sont alors requis : l'entreprise doit être explicitement chargée d'obligations de service public clairement définies ; les paramètres de calcul de la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ; la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés, ainsi qu'un bénéfice raisonnable ; lorsque le choix de l'entreprise n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de compensation doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée, et adéquatement équipée en moyens de transport²⁴²⁹.

²⁴²⁷ P. BILLET, "Les aides d'État en faveur de la protection de l'environnement à l'aune du droit communautaire", *Env.*, n°8, alerte 48, août 2008 ; D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique, préc.*, p. 487 et s. ; *inter alia*: "Aide d'Etat de 25,3 millions € pour une chaufferie géothermique", *Energie2007*, 12/01/2011, <http://energie2007.fr>

²⁴²⁸ M. BAZEX, "Le régime de la récupération des aides d'État", *Contrats Concu. Consom.*, n°1, p.33-34, janv. 2011 ; J.-L. COLSON, "Actualité et aides d'État", *Revue Lamy de la concurrence*, n°20, juill. 2009 ; dispositions reprises des arrêts CJCE 22 nov. 2001, *Ferring SA c/ Agence centrale des organisme de sécurité sociale*, aff. C-53/00 ; CJCE, 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, Aff C-280/00 et codifiées par la décision de la Commission du 28 nov. 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du Traité aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *JOUE* C 297, 29 nov. 2005, p. 67 ; voir également J. BOURGEOIS (DIR.), "La jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de première instance", *RDUE*, n°3, 2003, p.757-758 ; L. IDOT, "Le « paquet » de juillet 2005 sur les services d'intérêt économique général : « codification » de la jurisprudence Altmark ou reprise en main de la Commission ?" *Europe*, n°10, oct. 2005 ; M. BAZEX et S. BLAZY, "L'application du régime communautaire des aides publiques aux entreprises au financement des interventions économiques d'intérêt général des collectivités territoriales", *DA*, n°10, comm. 131, oct. 2008 ; C. CASTOR, "Où en est le droit des aides d'État ?", *DA*, n°5, étude 9, mai 2010 ; *a contrario* la parole de l'État ne peut être qualifiée d'aide d'État: M. LOMBARD, "La parole de l'État actionnaire n'est pas une aide d'État", *RJEP*, n°678, repère 8, août 2010 ; M. BAZEX et S. BLAZY, "Aides d'État : la Commission européenne dans la voie de l'expérimentation ?", *DA*, n°11, comm. 158, nov. 2004 ; CJUE, 1re ch., 14 oct. 2010, aff. C-67/09 *P. Nuova Agricast Srl*, note L. IDOT, *Europe*, n° 12, déc. 2010, comm. 439

²⁴²⁹ CJCE, 17 juil. 2008, *Essent Netwerk Noord BV c./ Aluminium Delfzijl BV*, aff. C-206/06 ; CJCE, 24 juil. 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff C-280/00 ; J. BOURGEOIS (DIR.), "La jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de première instance", *RDUE*, n°3, 2003, p.757-758 ; L. IDOT, "Le « paquet » de juillet 2005 sur les services d'intérêt

Le service public de l'énergie

En ce sens, un problème est susceptible de se poser concernant les obligations d'achat d'électricité d'origine renouvelable faite à EDF par l'article L.314-1 du code de l'énergie. Cette obligation repose sur la CSPE pour un montant total estimé à plus de 2 milliards d'euros en 2011 sans pour autant être notifiée à la Commission européenne²⁴³⁰. Or, la directive sur le marché intérieur de l'électricité dispose que « *dans la mesure où les dispositions prises par les États membres pour remplir les obligations de service public constituent des aides d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité, les États membres sont tenus d'en informer la Commission en vertu de l'article 88, paragraphe 3, du traité* ». Dès lors, ces contributions pourraient être qualifiées d'aide d'État « *dès lors qu'elles sont financées par des prélèvements obligatoires* »²⁴³¹. Saisie d'un arrêté du 8 juin 2001 mettant en œuvre la mesure, la CRE a rendu un avis négatif considérant que « *ce dispositif doit être conforme à la réglementation communautaire des aides d'État et notifié à la Commission européenne, en vue de son approbation préalable à toute entrée en vigueur* » mais le Conseil d'État considère le moyen infondé au motif que : « *la charge financière de l'obligation d'achat dont bénéficient les installations utilisant l'énergie mécanique du vent est [...] répartie entre un certain nombre d'entreprises, sans que des ressources publiques contribuent, directement ou indirectement, au financement de l'aide ; qu'il est, par suite, clair que l'arrêté attaqué n'a pas institué une aide d'État* »²⁴³². Le juge de l'Union précise que « *seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État sont considérés comme des aides* »²⁴³³.

Or, la CSPE est financée par chaque utilisateur, la caisse des dépôts et consignations en assurant la gestion. La situation est d'autant plus problématique que l'autorisation d'une aide par la Commission n'a pas pour effet de valider rétroactivement la nature illégale en l'absence de notification ou de mise en œuvre prématurée²⁴³⁴. Les aides illégalement perçues devraient alors être

économique général : « *codification* » de la jurisprudence Altmark ou reprise en main de la Commission ? », *Europe*, n°10, oct. 2005 ; cette jurisprudence est codifiée par les textes suivant: décision de la Commission concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du Traité aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *JOUE C* 297, 29 nov. 2005, p. 67 ; directive de la Commission modifiant la directive n°80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ; document de travail : "Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensation de service public" Bruxelles, D/52891 DGCOMP/II/D(2005)179.

²⁴³⁰ J.-P. TRAN THIET et T. TUOT, "La France reçoit notification de 5 lettres de mise en demeure par la Commission", *Concurrences*, n°2, 2006, p.151

²⁴³¹ M. WEMAËRE et D. GRIMEAUD, "La promotion des énergies renouvelables à l'aune du droit communautaire des aides d'État", *Gaz. Pal.*, n°18-19, 18-19/01/2006, p.23-37 ; G. BOUQUET, "Les mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables à l'épreuve des articles 87 et 88 du traité relatifs aux aides d'État", *AJDA*, 3/04/2006, p. 699

²⁴³² CRE, avis du 5 juin 2001 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par des installations utilisant l'énergie hydraulique des lacs, cours d'eau et mers, telles que visées à l'article 2-1 du décret no 2000-1196 du 6 décembre 2000 ; E. AUBIN, C. BOITEAU, S. BRACONNIER, L. LEVOYER et A. ONDOUA, "Droit administratif", *JCP G*, n°36, I 344, 05/09/2001 ; CE, 21 mai 2003, *Union des industries utilisatrices d'énergie*, req. n°237466 ; M. BAZEX et S. BLAZY, "Quelle marge d'initiative pour le juge national dans le contrôle des aides d'État ?", *DA*, n°1, comm. 2, janv. 2005

²⁴³³ CJCE, Plén., 13 mars 2001, aff. C-379/98 ; *Preussen Elektra AG c/ Schleswig AG* ; Le juge de l'Union considère qu'il n'y a pas d'aide d'État lorsque la mesure s'applique à toutes les entreprises situées sur le territoire national, indépendamment de l'objet de leur activité: TPICE, 10 avr. 2008, aff. T-2333/04, *Pays-Bas c./ Commission*, non publié, pt. 88

²⁴³⁴ CJCE, 21 nov. 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c./ France*, aff. C-354/90, *Rec.* p.5505

restituées avec les intérêts, le principe de confiance légitime ne pouvant être invoqué par les entreprises bénéficiaires que dans des circonstances exceptionnelles²⁴³⁵. Cette insécurité juridique a conduit le Conseil d'Etat à saisir la CJUE d'un recours préjudiciel afin de savoir si « *ce mécanisme doit désormais être regardé comme une intervention de l'Etat au moyen de ressources d'Etat* »²⁴³⁶.

Outre la censure européenne, le contrôle des aides d'Etat peut faire l'objet d'un contrôle citoyen dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir. Le refus de notification d'une aide d'Etat peut également être contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir²⁴³⁷. Cependant, celui-ci ne peut s'exercer qu'à condition que la mesure attaquée présente les critères requis à cette qualification. Dans ce domaine, le Tribunal de l'UE dénie cette qualité aux provisions pour le démantèlement des installations nucléaires, bien qu'elles représentent des montants considérables, dont le régime juridique dérogatoire et le principe de leur libre affectation sont susceptibles de conduire à des distorsions de concurrence sur le marché intérieur de l'énergie²⁴³⁸. De plus, le contrôle européen ne s'exerce que dans la limite de la compétence *ratione materiae*. Par conséquent, même si cette qualification avait été retenue, les institutions de l'UE ne pourraient se prononcer sur les modalités d'utilisation de ces fonds, bien que la libre affectation puisse conduire à reporter la charge sur l'Etat dans le cas où ces provisions s'avèreraient indisponibles.

Le contrôle européen des aides d'Etat contribue donc à la qualité du service public de l'énergie, dans son strict champ de compétence. Néanmoins, la Commission européenne peut prolonger son contrôle sur le fondement du principe de non-discrimination, afin de sanctionner le favoritisme national.

b) Le favoritisme national sanctionné

Les Etats pourraient être tentés de favoriser les opérateurs historiques, notamment lorsqu'ils en sont propriétaires, comme c'est le cas pour EDF. Ce comportement qui peut prendre des formes diverses peut être sanctionné par le droit de l'Union. En ce sens, la Cour de justice reconnaît l'illicéité de mesures accordant des allocations prioritaires de capacités à des opérateurs historiques²⁴³⁹. Elle a également jugé incompatible avec le droit de l'Union, l'autorisation préalable du régulateur pour l'acquisition de participations ou d'actifs dans des entreprises du secteur de l'énergie, à moins qu'elle ne soit justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, s'il n'existe pas de mesure européenne assurant la protection de ces intérêts et sous condition du respect du principe de proportionnalité²⁴⁴⁰. La détention par un Etat de pouvoirs exorbitants dans une entreprise énergétique tels qu'un droit de veto, d'opposition à l'acquisition de participations et à la conclusion de pactes d'actionnaires représentant un certain pourcentage des droits de vote, peut être

²⁴³⁵ B. BAZEX et S. BLAZY, "Le régime de la restitution des aides", *DA*, n° 7, comm. 112, juill. 2006

²⁴³⁶ CE, 15 mai 2012, Association Vent de Colère! Fédération Nationale et autres, n° 324852

²⁴³⁷ CE, 7 nov. 2008, n° 282920, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et a.*, *JurisData* n° 2008-074469, concl. E. GLASER, *RJEP*, n° 661, fév. 2009, comm. 9 ; M. BAZEX, "La procédure de récupération des aides illégales", *DA*, n° 5, comm. 74, mai 2010

²⁴³⁸ TPI, 26 janv. 2006, *Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH*, aff. T-92/02 ; H. DELZANGLES, "Provisions pour démantèlement des centrales nucléaires et droit communautaire des aides d'Etat", *REDE*, n° 1, 2007, p. 71-78

²⁴³⁹ CJCE, 7 juin 2005, aff. C-17/03, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water e.a.*

²⁴⁴⁰ CJCE, 13 avril 2000, *Baars*, C-251/98, Rec. p. I-2787 ; CJCE, 28 septembre 2006, *Commission/Pays-Bas*, C-282/04 ; CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera e.a.* C-163/94 ; *décryptages*, n° 11, p. 5

Le service public de l'énergie

sanctionnée par le juge européen lorsqu'ils ne permettent pas aux investisseurs de connaître les situations dans lesquelles ces pouvoirs spéciaux seront utilisés²⁴⁴¹.

En complément, le droit pénal national sanctionne les comportements préférentiels par le délit de favoritisme, punissant d'un emprisonnement de deux ans et de 30 000 euros d'amende le fait « *de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* »²⁴⁴². La chambre criminelle de la Cour de Cassation précise que ce délit est applicable à la passation de marchés non-soumis à des formalités préalables, conduisant en principe à reconnaître son applicabilité à l'ensemble des concessions de services et des marchés publics concernant l'énergie sur le territoire national²⁴⁴³.

Le service public de l'énergie prolonge la conception traditionnelle du service public marquée par une intervention de la force gouvernante dans l'intérêt des usagers. Cette caractéristique conduit à la participation d'une diversité d'acteurs dans l'organisation, la réalisation et le contrôle du service, aux niveaux européen, national, et local. Le service public de l'énergie bénéficie d'une coloration particulière liée à la notion de régulation, étendant la participation du corps social dans ses multiples domaines. Alors que les intérêts des intervenants varient selon leurs attributions, une convergence s'observe dans la nécessité de pérenniser l'efficacité d'un service concourant à l'accès à l'énergie. Dès lors, le service public de l'énergie devient le support de manifestations de communion, complétant l'idée d'œuvre et le Gouvernement organisé dans une institutionnalisation de l'énergie. Un quatrième et dernier critère demeure requis pour attester de cette existence, à savoir l'inscription de l'idée d'œuvre, du Gouvernement organisé et des manifestations de communion dans la durée, cette fonction étant assurée par le code de l'énergie.

²⁴⁴¹ CJCE, 26 mars 2009, *Commission c/ Italie.*, C-326/07 ; *décryptages*, n°15, p.5

²⁴⁴² Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-86.597, C. ; "Deux indications à propos du délit de favoritisme", *DA*, n° 5, mai 2004, comm. 77

²⁴⁴³ Cass. crim., 14 févr. 2007, n° 06-81.924, F-P+F, M G, *Juris-Data* n° 2007-037891 ; "Délit de favoritisme : application dans le cas de marchés passés sans formalités préalables", *DA*, n° 5, Mai 2007, comm. 70

Chapitre 3: Le code de l'énergie

« Dénier à une nation cultivée ou, en son sein, à l'état des juristes, la capacité de faire un code [...] serait l'une des plus grandes injures que l'on puisse faire à cette nation ou à cet Etat »²⁴⁴⁴.

La codification du droit de l'énergie doit être replacée dans le temps puisqu'elle fut envisagée il y a plus de soixante-dix ans en vain, à tout le moins pour ce qui concerne l'électricité²⁴⁴⁵. L'article 55 du décret-loi du 17 juin 1938 relatif aux mesures destinées à assurer le développement de l'équipement électrique prévoyait que « les lois relatives à la production, au transport et à la distribution de l'énergie électrique seront codifiées par un décret rendu en Conseil d'État ». L'article 44 de la loi sur la nationalisation de l'électricité et du gaz du 8 avril 1946 renvoyait à un décret le soin de déterminer « les conditions dans lesquelles les lois et règlements d'électricité et de gaz feront l'objet d'une codification ». Le silence fut gardé jusqu'à une circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996 sur la codification des textes législatifs et réglementaires, établissant l'échéancier de la Commission supérieure de codification et prévoyant l'élaboration d'un « code de l'énergie et des mines » dont l'adoption était prévue pour 2001²⁴⁴⁶. L'article 109 de la loi POPE de 2005 habilitait le Gouvernement à procéder par ordonnance à la rédaction d'un « code de l'énergie » dont la non-réalisation dans un délai de trente-six mois s'est traduite par une habilitation complémentaire dans l'article 92 de la loi du 12 mai 2009, elle-même prorogée par l'article 28 de la loi NOME, aboutissant à la publication de l'ordonnance du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie²⁴⁴⁷.

L'idée de base de la codification réside dans la reconnaissance des valeurs de clarté et de cohérence du système normatif : « codifier un droit, c'est d'abord lui donner une structure, hiérarchiser les règles non seulement selon leur valeur juridique mais aussi selon leur degré de généralité, leur champ d'application »²⁴⁴⁸. Selon l'acception française contemporaine, la codification est un travail sur la structure du droit et non sur son contenu²⁴⁴⁹. Elle réorganise le système normatif par des actes juridiques se substituant aux normes précédemment en vigueur par leur abrogation²⁴⁵⁰. Elle offre un droit reclassé et reconstruit transcrivant une volonté

²⁴⁴⁴ G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 1940, §211

²⁴⁴⁵ P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie ?", *AJDA*, 7 Jul. 2008, n°24, 2007, p.1302-1309 ; R. PEYLET, "Le code de l'énergie", *RFDA*, 2011, p. 905

²⁴⁴⁶ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *JORF* n°129 du 5 juin 1996, p. 8263

²⁴⁴⁷ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF* n°110 du 13 mai 2009, p.7920 ; loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, *JORF* n°284 du 8 décembre 2010 ; ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, *préc.* ; C. KROLIK, "Un code primeur pour le droit de l'énergie", *préc.*

²⁴⁴⁸ Y. ROBINEAU, "Droit administratif et codification", *AJDA*, 1995, p.110 ; J. VANDERLINDEN, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles, thèse droit, 1967 ; séminaire des historiens du droit de Dijon et Lausanne, 1983-1984 in J. GAUDEMET, "Codes, collections, compilations les leçons de l'histoire. De Grégoire à Jean Chappuis", *Droits*, n°24, 1996, p.4

²⁴⁴⁹ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Deuxième rapport annuel 1990*, La documentation française, 1991, p. 5

²⁴⁵⁰ J. GAUDEMET, "La codification, ses formes et ses fins", *revue juridique et politique (indépendance et coopération)*, 1986, p.241 ; B.G. MATTARELLA, "La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine", *RFDA*, 1994, p.668 ; B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, PUF, Droit, éthique société, fév. 1998, p.

d'uniformisation et d'organisation du droit pour une longue durée²⁴⁵¹. Dès lors, le code de l'énergie concourt à la pérennité de l'idée d'œuvre de l'institution de l'énergie en permettant un accès inégalé aux règles de son Gouvernement organisé. Cet avantage tient à son rôle de décodeur (1/) et sa fonction de révélateur (2/).

1/ Un rôle de décodeur

Le code de l'énergie clarifie le droit de l'énergie. Pour reprendre l'expression de Portalis, « *qu'est ce en effet que la codification, si ce n'est que l'esprit de méthode appliqué à la législation ?* »²⁴⁵². L'étude du code de l'énergie permet de comprendre la méthode employée pour sa réalisation (I) et contribue à dévoiler ses frontières (II).

I. Un décodeur de méthode

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, le Gouvernement procéda à la « *codification administrative* » de plusieurs dizaines de codes, sans systématiquement recourir à la validation parlementaire. Elle fut mise en œuvre par une Commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires, animée par son rapporteur général Gabriel Ardant, qui rédigea en 1952 un rapport essentiel précisant les principes de la codification, celle-ci devant être complète, formelle, et permanente²⁴⁵³. Il précise également ses objectifs qui consistent à améliorer le rendement des services publics, retrouver le respect de la loi et du règlement, faciliter les réformes, les simplifications, et la cohérence de l'action publique. La codification administrative s'effectuait par décret s'achevant par une formule du type : « *les dispositions du présent code se substituent à celles des textes repris et énumérés ci-après* ». Le Gouvernement n'étant pas autorisé à modifier le sens des dispositions codifiées ni à les abroger, cette méthode ouvrait la voie au contentieux juridique²⁴⁵⁴. Les articles nouvellement codifiés, du fait de leur nature réglementaire ne pouvaient en conséquence abroger les dispositions législatives initiales qui subsistaient, confrontant le juge à un doute quant à la norme applicable²⁴⁵⁵.

Pour combler cette insécurité juridique, la partie législative de chaque code est désormais soumise à une validation parlementaire depuis 1989, après avis du Conseil d'État. La codification des lois par la voie parlementaire emporte abrogation des textes préexistants et supprime la dualité des sources. Elle se heurte cependant à l'engorgement des ordres du jour des Assemblées :

16

²⁴⁵¹ R. DRAGO, "La codification en droit administratif français et comparé", *Droits*, n°24, 1996, p.97

²⁴⁵² F. PORTALIS, *Essai sur l'utilité de la codification*, Paris, 1844, p. IV

²⁴⁵³ Code général des collectivités territoriales, Ve partie : Coopération locale et projet de loi relatif au développement de la coopération intercommunale, Doc. Sénat, n° 343, procès-verbal de la séance du 22 avril 1997

²⁴⁵⁴ CE 3 janvier 1962, *Ville d'Aix-en-Provence, Mouret et autres*, *Leb.* p. 2 ; CE 1er octobre 1971, *Cts Vitrin*, *Leb.* p. 574. ; E. CATTA, "Les techniques de codification : de la cire au silicium...", *AJDA*, 1997, p.647

²⁴⁵⁵ CE 13 mars 1996, *Agour*, concl. J. Arrighi de Casanova ; CE, 13 septembre 1995, *Ministre du budget c/Mme Anna Simha*, *Rec. Lebon*, req.126830 ; *AJDA*, 1996, p. 65, note V. HAÏM ; C. Cass., 23 janvier 1989, *Bull. crim.*, n° 25 ; *D.* 1991, Somm. p. 174, obs. J. PANNIER ; CE, 22 mai 1989 in Rapport P. GÉLARD, au nom de la Commission des lois du Sénat, session ordinaire 1999-2000, Doc. S., n° 4, p. 7 ; A VIDALIES, *Rapport au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale.*, n°1917, Doc. AN, session ordinaire 1999-2000 ; R. SAINT-ALARY, "Les codifications administratives et l'évolution du droit en France", *indépendance et coopération Revue juridique et politique*, 1986, p.746

« *l'opération est délicate : si l'on n'y mêle pas le Parlement, il n'y a pas de code, et s'il s'en mêle trop, il n'y en a pas non plus* », aucun fondement n'obligeant celui-ci à renoncer au débat politique²⁴⁵⁶.

Cette situation conduit à recourir exclusivement à une codification par voie d'ordonnances depuis 1999²⁴⁵⁷. Conformément à l'article 38 de la Constitution, celles-ci entrent en vigueur dès leur publication, le Gouvernement étant tenu de déposer un projet de loi de ratification avant une date limite fixée par la loi d'habilitation. Tant que la loi de ratification n'est pas adoptée, les dispositions codifiées ont une valeur réglementaire et suivent le régime contentieux des actes administratifs. Par conséquent, elles peuvent être contestées par voie d'action ou d'exception devant le juge administratif, tandis que les dispositions pénales peuvent être critiquées devant les juridictions répressives, à l'occasion des poursuites dont elles constituent le fondement²⁴⁵⁸. La codification des lois organiques et des dispositions relatives à l'outre mer requiert un vote particulier avec une saisine obligatoire du Conseil constitutionnel²⁴⁵⁹. En revanche, la partie réglementaire continue d'être approuvée par décret, les dispositions codifiées se substituant aux précédentes. La situation conduit Michel Prieur à affirmer que ce procédé est « *justifié techniquement par le gouvernement, accepté par le Parlement et juridiquement consacré par le Conseil constitutionnel* »²⁴⁶⁰.

Le code de l'énergie résulte ensuite d'une méthode éprouvée sur le fond. La Commission supérieure de codification est régie par des principes fixés dans son décret institutif, des circulaires du premier ministre, et des principes qu'elle s'est elle-même fixée au cours de ses premières séances. La codification est ainsi systématique dans le sens où elle doit couvrir l'ensemble du droit. Elle est également thématique, l'objectif étant non de procéder à un code général unique, mais à des codes par matière²⁴⁶¹. La numérotation est en principe décimale, cette méthode permettant d'assurer une correspondance entre les parties législatives et réglementaires, facilitant les compléments et les mises à jour²⁴⁶². Elle repose sur le classement traditionnel entre des livres, des titres et des chapitres, les trois premiers chiffres étant affectés à chacun de ces éléments²⁴⁶³. Elle applique le principe d'« *une idée par article* » tandis qu'elle évite les divisions en paragraphes numérotés²⁴⁶⁴.

²⁴⁵⁶ JO, documents parlementaires, 1905, Chambre, annexe n°2262, p. 187-231, p. 211; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quatorzième rapport annuel 2003*, La documentation française, 2004, p.5

²⁴⁵⁷ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quinzième rapport annuel 2004*, La documentation française, 2004, p. 13-17 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Treizième rapport annuel 2002*, La documentation française, 2003, p. 5 ; G. BRAIBANT et A. ZARADNY, "L'action de la Commission supérieure de codification", *AJDA*, 2004, p.1856 ; M. VERPEAUX, "La codification devant le Conseil constitutionnel", *AJDA*, 2004, p.1849

²⁴⁵⁸ C. ARRIGHI DE CASANOVA et O. DOUVRELEUR, "La codification par ordonnances - À propos du Code de commerce", *JCP G*, n°2, I 285, 10/01/2001

²⁴⁵⁹ G. BRAIBANT, "Codifier : pourquoi? Comment ?", *préc.*, p.133

²⁴⁶⁰ M. PRIEUR, "Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement", *AJDA*, 2000, p.1030 ; sur la validation constitutionnelle: Cons. Const., déc. n°99-421 DC du 16 décembre 1999, loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *JO* du 22 décembre 1999, p. 19041

²⁴⁶¹ G. BRAIBANT, "La commission supérieure de codification", *préc.*, p.99

²⁴⁶² P. REIGNÉ, "Remarques sur la numérotation des articles dans la codification", *RFAP*, n°82, avril-juin 1997, p.283-290 ; P. REIGNÉ, *La numérotation dans la codification*, La documentation française, juill. 1999

²⁴⁶³ Exceptionnellement, la numérotation peut procéder de quatre chiffres, le premier matérialisant la « *partie* », subdivision complémentaire pour les codes volumineux comme le CGCT et le code des transports.

²⁴⁶⁴ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008, préc.*, p. 45

Une dualité de méthode peut être observée entre la codification « à droit constant » qualifiée de codification racinienne (le droit tel qu'il est), « statique », ou de *lege lata* ; et la codification innovatoire, cornélienne (le droit tel qu'il devrait-être), « dynamique » ou de *lege ferenda*. Le président Braibant se réfère aux codifications reformatrices et réformatrices²⁴⁶⁵. La première porte sur le droit actuel tandis que la seconde en crée un nouveau. Selon Jeremy Bentham, une codification ne devrait pas tenir compte du droit existant, mais constituer un renouvellement radical, complet, et universel des règles, des méthodes, des concepts, du langage, et des classifications²⁴⁶⁶. Cependant, elle présente l'inconvénient, comme toute opération ambitieuse, d'être soumise aux aléas et à des années de préparation²⁴⁶⁷. La seconde peut être appréhendée comme un préalable à la réforme²⁴⁶⁸. En effet, la codification à droit constant n'est pas une simple compilation de textes mis bout à bout, elle remodèle le droit, par un regroupement ordonné des règles existantes et peut être assimilée à « *la reprise de l'ensemble des chansons mais en leur donnant une tonalité différente et en faisant un ensemble plus cohérent* »²⁴⁶⁹. Telle est la voie adoptée par le codificateur national (A) tout en présentant la particularité de demeurer partielle (B).

A. Une codification à droit constant

Le code de l'énergie obéit aux principes énoncés par la circulaire du 30 mai 1996, précisant que la méthode retenue est celle de la codification à droit constant, consistant à rassembler des textes épars en vigueur, de manière organisée et cohérente en distinguant les parties L.O. pour les lois organiques, L. pour les lois, les règlements étant regroupés dans les parties R. pour les décrets en conseil d'État, D. pour les décrets simples et A. pour les arrêtés. Elle trouve son fondement législatif dans l'article 3 de la loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations²⁴⁷⁰. Spécifiquement, l'article 92 de la loi du 12 mai 2009 amendé par l'article 28 de la loi NOME autorisait le Gouvernement à créer, par ordonnance, la partie législative du code de l'énergie, et à compléter les codes de l'environnement et de la défense pour y incorporer les dispositions des lois du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, et du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs non-reprises dans le code de l'énergie²⁴⁷¹.

« *Codifier n'est pas modifier* » indiquait le président Braibant lors de l'inauguration de la

²⁴⁶⁵ G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *Droits*, n°24, 1996, p.63 ; G. BRAIBANT, "La problématique de la codification", *préc.*, p.165

²⁴⁶⁶ P. MALAURIE, "Peut-on définir la codification ? Éléments communs et éléments divers", *préc.*, p.179

²⁴⁶⁷ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quinzième rapport annuel 2004*, *préc.*, p. 19-23

²⁴⁶⁸ C. VIGOUROUX, "Alice au pays de la codification à droit constant", *RFAP*, n°82, avril-juin 1997, p.187-192 ; D. JUTRAS, "La codification réformatrice - L'exemple du code civil québécois", *RFAP*, avril-juin 1997, p.193-196

²⁴⁶⁹ G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *préc.*, p.64

²⁴⁷⁰ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* n°88 du 13 avril 2000 p. 5646, art. 3 : « *la codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit* ». COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Douzième rapport annuel 2001*, La documentation française, 2002, p. 31

²⁴⁷¹ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF* n°110 du 13 mai 2009 p. 7920

Commission supérieure de codification²⁴⁷². La codification à droit constant doit respecter les vœux du législateur, elle « *consiste à rassembler et ordonner des normes existantes, sans créer de règles nouvelles, [...] elle est une représentation du droit positif existant et non une recomposition* »²⁴⁷³. La codification à droit constant consiste dans « *la mise en ordre du droit existant, avec une répartition rationnelle des matières entre les codes et une organisation méthodique de chacun d'entre eux* »²⁴⁷⁴. La codification à droit constant se caractérise donc par une rigueur de principe (1) et une souplesse d'exception (2).

1) Une rigueur de principe

Le code de l'énergie regroupe les règles de son champ juridique²⁴⁷⁵. En ce sens, l'intégralité du droit de l'énergie doit être codifiée (a), tout en se limitant à ce champ d'application (b).

a) Codifier l'intégralité du droit de l'énergie

Codifier l'ensemble du droit de l'énergie est une entreprise particulièrement complexe étant donné le caractère « *sédimentaire* » de la matière²⁴⁷⁶. Réunir des dispositions éparses et disparates en un ensemble juridique résulte pourtant de nombreux appels des autorités nationales et des acteurs du secteur énergétique, en vain depuis 1938. L'intégralité du droit de l'énergie a vocation à être codifié, comprenant les dispositions communes à la matière et celles spécifiques à chaque source d'énergie, de la production à la valorisation. L'exercice peut être assimilé à la reconstitution d'un puzzle, puisque « *des milliers de textes (lois, décrets, arrêtés, circulaires et instructions ministérielles) se sont superposés en vagues successives sans harmonisation ni mise en cohérence* » depuis la loi du 25 juin 1895 sur les conducteurs d'énergie électrique²⁴⁷⁷. Des compilations chronologiques et des travaux de consolidation ont pourtant été entrepris depuis plus d'un siècle. Le plus volumineux et connu des spécialistes est le recueil dit « *Blavoet* », comprenant près de dix mille pages, retraçant chronologiquement l'ensemble du droit de l'énergie, sans indication sur les règles abrogées ou demeurant en vigueur²⁴⁷⁸. Il est complété par des recueils réalisés par EDF et GDF²⁴⁷⁹. Mais leur caractère chronologique et ponctuel, si précieux soit-il pour le codificateur, en fait une œuvre incomplète pour l'utilisateur.

²⁴⁷² G. BRAIBANT, "Préface", in M. SUEL, *Essai sur la notion de codification à droit constant*, éd. Du Journal Officiel, Paris, 1993 ; M. SUEL, *Essai sur la codification à droit constant*, Ed. du Journal officiel, juill. 1993 ;

²⁴⁷³ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Onzième rapport annuel 2000*, La documentation française, 2001, p. 5 ; G. BRAIBANT, "Problèmes actuels de la codification", *RFAP*, n°spécial sur l'expérience française de la codification 1990, p.664

²⁴⁷⁴ G. BRAIBANT, "Codification", *Encyclopaedia Universalis*

²⁴⁷⁵ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, 2.2.1. Champ ; O. DUFOUR et G. BRAIBANT, "Codifier pour mieux réformer", *LPA*, n°140, 21/11/1997, p.5 ; B.G. MATTARELLA, "La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine", *préc.*

²⁴⁷⁶ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Vingtième rapport annuel 2009*, La documentation française, 2010, p. 34

²⁴⁷⁷ Loi du 25 juin 1895 concernant les conducteurs d'énergie électrique autre que les conducteurs télégraphiques et téléphoniques, *JORF* du 26 juin 1895 p. 3517

²⁴⁷⁸ C. BLAVOET, *Recueil des lois, décrets, arrêtés, circulaires et cahiers des charges relatifs à la production et à la distribution de l'énergie électrique*, 18 tomes, 1906 à 1969

²⁴⁷⁹ EDF et GDF, *Recueil des textes concernant la production, le transport et la distribution de l'électricité et du gaz*, jusque 1982 ; également *Recueil des lois, décrets, arrêtés et circulaires relatifs aux distributions d'énergie électrique*, Imprimerie administrative centrale, Paris, 1911

Le code de l'énergie

Un code n'a de sens que si les dispositions qu'il regroupe ont suffisamment d'unité et de densité, ce qui expliquerait la non-codification du droit de l'énergie jusqu'à présent²⁴⁸⁰. Or, si le législateur est intervenu à de multiples reprises depuis l'an 2000 dans le domaine de l'énergie, essentiellement pour transposer le droit de l'Union, l'empilement de ces dispositions rend la tâche plus difficile pour le codificateur²⁴⁸¹. Ce sentiment peut certes être partagé mais on remarquera que le législateur s'est tout de même efforcé de construire un édifice reposant sur des lois fondatrices telles que les lois de 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, de 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, et de 2005 fixant les orientations de la politique énergétique, régulièrement consolidées. Ces interventions ont certainement contribué à forger le droit de l'énergie.

La codification aurait pu impliquer un transfert du droit de l'énergie qui figurerait dans des codes existants mais le codificateur n'a quasiment pas eu recours à cette fonction pour la partie législative du code de l'énergie. Les mesures réglementaires se heurtent quant à elles à des dispositions techniques, longues, complexes et détaillées. L'article 19 de la loi du 15 juin 1906 renvoie ainsi à un « *arrêté technique* » comportant 114 articles. La complexité se manifeste également dans les dispositions applicables aux ouvrages de raccordements électriques, gaziers, et au stockage de produits pétroliers. Judicieusement, la Commission supérieure de codification a eu la sagesse d'avoir entrepris la codification de la partie réglementaire du code de l'énergie, parallèlement à la partie législative²⁴⁸².

Le corollaire de cette méthode est de limiter cette codification au droit de l'énergie.

b) Ne codifier que le droit de l'énergie

A contrario, la codification du droit de l'énergie conduit à exclure le droit applicable à l'énergie. Près de 200 articles législatifs et réglementaires relatifs à l'énergie sont insérés dans plus de vingt codes²⁴⁸³. En ce sens, le code de l'environnement contient des dispositions sur l'usage de l'eau à des fins énergétiques, le régime des INB, la prévention des pollutions et des nuisances... Le CGCT dispose dans un chapitre relatif aux services publics industriels et commerciaux, d'une section consacrée à l'électricité et au gaz, et de règles disséminées relatives aux taxes locales sur l'électricité, aux aides financières, à l'électrification rurale et aux redevances dues pour le transport et la distribution de l'électricité et de gaz. Le code des transports comprend des dispositions sur la fiscalité et l'emprise des ouvrages hydrauliques. Des normes figurent également dans les codes de l'action sociale et des familles, des impôts, de la construction et de l'habitation...

Néanmoins, la méthode finaliste développée pour distinguer le droit de l'énergie du droit applicable à l'énergie, et qui permet de structurer les codes, se heurte à des conflits entre les

²⁴⁸⁰ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006*, p. 18

²⁴⁸¹ P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie ?", *préc.*

²⁴⁸² COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008*, La documentation française, 2009, p. 32 ; l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires du code de l'énergie ont été soumises à la Commission lors de sa séance du 7 avril 2009 : COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Vingtième rapport annuel 2009, préc.*, p. 5

²⁴⁸³ P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie ?", *préc.* ; pour un inventaire du droit applicable à l'énergie référencé dans les codes nationaux : P. SABLIERE, "Y a-t-il un droit de l'électricité", *préc.*, p. 28-29

ministères, la répartition des codes constituant une attribution implicite des compétences ministérielles, parfois au détriment de la rigueur juridique. La nécessité d'arbitrer s'est ressentie concernant le code de l'énergie, la Commission supérieure de codification marquant parfois son désappointement face aux conflits entre les administrations concernant l'encadrement des énergies nucléaire et hydraulique, et le régime juridique du personnel dans les industries électriques et gazières²⁴⁸⁴. Cette méthode se heurte également à une prolifération incontrôlée des textes et une multiplication de lois spéciales²⁴⁸⁵. Cette inquiétude se manifeste dans le rapport de la Commission supérieure de codification pour 2009, le plan originellement retenu inspiré du droit traditionnel de l'électricité, prenant insuffisamment en compte les règles de concurrence et s'avérant inadapté dans la perspective d'une transposition du troisième « *paquet énergie* »²⁴⁸⁶.

Cette situation révèle une nécessaire souplesse d'exception permise par la méthode retenue.

2) Une souplesse d'exception

Le principe de la codification à droit constant ne signifie pas que la méthode doit être figée²⁴⁸⁷. En effet, des dérogations sont permises par le législateur et précisées par le pouvoir réglementaire et la Commission supérieure de codification pour réaliser des harmonisations (a). Cette particularité conduit Françoise Auque à qualifier la méthode de codification à droit « *presque* » constant²⁴⁸⁸. De plus, la formule est susceptible de varier selon les codes, en fonction du contenu de la loi d'habilitation. Cette souplesse nécessaire doit enfin se prolonger dans une maintenance du code (b).

a) L'adaptation aux exigences d' « *harmonisation* » du droit

L'habilitation de l'article 92 de la loi du 12 mai 2009 s'inscrit dans les principes de la codification à droit constant mais habilite le codificateur à « *assurer le respect de la hiérarchie des normes, la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet* ». La circulaire du 30 mai 1996 dispose que des modifications de forme pourront être opérées pour permettre leur compréhension et leur cohérence. Elle vise à remplacer les mots, les expressions et les concepts désuets ou dépassés par ceux correspondant à la langue du droit en vigueur, afin d'en assurer la lisibilité et éviter toute contradiction²⁴⁸⁹. Ce nettoyage s'avère opportun pour un droit de l'énergie dont les dispositions datent parfois de plus d'un siècle et se traduit notamment par une unification terminologique relative au « *ministre chargé de l'énergie* ».

²⁴⁸⁴ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006, préc.*, p. 26 et 33 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008, préc.*, p. 15, 32 et 44 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Vingtième rapport annuel 2009, préc.*, p. 33-34 et 50-51

²⁴⁸⁵ F. TERRÉ et A. OUTIN-ADAM, "Codifier, un art difficile (à propos d'un... code de commerce)", *D.*, 1994, p.99

²⁴⁸⁶ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Vingtième rapport annuel 2009, préc.*, p. 5

²⁴⁸⁷ G. BRAIBANT et A. ZARADNY, "L'action de la Commission supérieure de codification", *préc.*

²⁴⁸⁸ F. AUQUE, "Aperçu rapide", *JCP G*, n° 45, 2000 ; T. LE BARS, "Nouvelles observations sur la codification "à droit constant "du Code de commerce. L'article 631 du Code de commerce était abrogé depuis 1991", *JCP G*, n° 48, 29/11/2000 ; T. LE BARS, "Nouvelles observations sur la codification "à droit constant "du Code de commerce. L'article 631 du Code de commerce était abrogé depuis 1991", *JCP G*, n° 48, 29/11/2000

²⁴⁸⁹ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Onzième rapport annuel 2000, préc.*, p. 21

Le code de l'énergie

Cette liberté amène le codificateur à constater l'obsolescence de textes « *dont nul ne s'était soucié jusqu'alors* »²⁴⁹⁰. Même si le droit français ne connaît pas la notion de caducité des normes, celles devenues inapplicables par l'évolution du droit doivent être supprimées²⁴⁹¹. Ce toilettage réalise la pensée de Max Weber selon laquelle « *là où le matériellement raisonnable veut régner, tout droit qui n'est en vigueur que parce qu'il existe (...) doit disparaître* »²⁴⁹². L'article 5 de l'ordonnance de codification abroge ainsi une série de dispositions devenues obsolètes²⁴⁹³.

Le codificateur doit également préparer un code conforme à la hiérarchie des normes. Le contrôle s'opère notamment au regard de la Constitution, et du droit international et européen. Une difficulté est apparue concernant l'article 1 de la loi du 9 août 2004 relatif aux contrats de service publics entre les entreprises EDF et GDF Suez et l'État. Ces contrats portent sur des missions de service public conférées à ces opérateurs concernant la production ou la fourniture d'électricité et de gaz, mais aussi sur des missions assignées aux gestionnaires du transport et de la distribution, non-conformes au droit de l'UE. Le codificateur s'est alors attaché à « *procéder à quelques ajustements* » en ne codifiant que le principe même de ces contrats, et en conservant en dehors du code l'énumération des missions sur lesquelles ils portent²⁴⁹⁴.

La codification doit procéder au déclasserment des dispositions législatives et au reclassement de mesures réglementaires, lorsqu'ils s'avèrent indispensables²⁴⁹⁵. En ce sens, l'article 6 de l'ordonnance liste des normes législatives ayant vocation à intégrer la partie réglementaire du code de l'énergie et qui seront abrogées à compter de sa publication.

Elle conduit à proposer « *des simplifications, améliorations et harmonisations du droit* » sous la forme d'observations voire exceptionnellement par des incorporations dans le texte proposé²⁴⁹⁶. En ce sens, la Commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu de codifier l'article 2 de la loi du 19 juillet 1993 imposant à EDF de communiquer à l'autorité administrative les prix et les conditions de vente de l'électricité aux sociétés de production et de distribution étrangères, cette

²⁴⁹⁰ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 2.1.1.

²⁴⁹¹ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quatorzième rapport annuel 2003, préc.*, p. 6

²⁴⁹² M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, 1986, p. 204

²⁴⁹³ Ces mesures concernent la loi du 28 juillet 1928 ayant pour objet l'insertion de clauses relatives au statut du personnel dans les cahiers des charges des concessions de gaz et d'électricité, le décret-loi du 16 juillet 1935 tendant à l'abaissement du prix de l'électricité complété par les décrets-lois du 8 août 1935 relatif aux distributions de gaz et du 30 octobre 1935, le décret-loi du 17 juin 1938 relatif aux mesures destinées à assurer le développement de l'équipement électrique en France, la loi du 16 février 1941 facilitant l'utilisation de l'électricité pour les besoins de l'agriculture, la loi du 14 septembre 1941 sur les installations de transport d'énergie électrique et l'article 37 de la loi n° 70-1283 du 31 décembre 1970 de finances rectificatives pour 1970.

²⁴⁹⁴ G. BRAIBANT, "La commission supérieure de codification", *préc.*, p.100 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Onzième rapport annuel 2000, préc.*, p. 17

²⁴⁹⁵ G. BRAIBANT et A. ZARADNY, "L'action de la Commission supérieure de codification", *préc.*, p.1856 ; A. LIENHARD, "Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau code de commerce)", *préc.*, p.521

²⁴⁹⁶ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 2.1.1. ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Deuxième rapport annuel 1990, préc.*, p. 5 ; les propositions formulées au titre du code de l'énergie présentent dans certains cas un caractère abscons pour le lecteur du rapport annuel de la Commission: à ce titre spécifiquement: COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008*, p. 48 ; sur la codification du décret n° 95-540 du 4 mai 1995 relatif aux rejets d'effluents liquides et gazeux et aux prélèvements d'eau des INB: COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006, préc.*, p. 25

disposition s'avérant juridiquement fragile et inappliquée²⁴⁹⁷.

La Commission peut encore compléter les textes initiaux lorsque des principes généraux ne se suffisent à eux même²⁴⁹⁸. Le code de l'énergie se traduit ainsi par plusieurs créations d'articles consistant à assurer une liaison entre les codes, tandis que les articles L.100-1 à 4 visent à rendre plus intelligibles les orientations de la politique énergétique et à ne codifier que les dispositions présentant un caractère normatif²⁴⁹⁹.

Quant au législateur, il demeure libre de modifier l'ordonnance et de codifier à droit non-constant, la discussion parlementaire pouvant conduire à des amendements de fond tendant à améliorer la législation. Le Parlement bénéficie aussi du dernier mot pour « *changer le plan, ce qui s'est déjà produit, et vouloir sortir de la discipline très sévère du droit constant* »²⁵⁰⁰.

Loin d'être figée, la codification à droit constant doit donc être appréhendée comme une codification « *intelligente* », dans le sens où elle intègre « *les modifications rendues nécessaires par l'évolution du droit* »²⁵⁰¹. Ce travail doit être poursuivi dans une maintenance du code.

b) La maintenance des codes

Selon Daniel Labetoulle : « *Tout code est « biodégradable », parce qu'exposé aux aléas de l'intervention désordonnée de textes ultérieurs* »²⁵⁰². Joachim Du Bellay affirmait que « *ce qui est ferme est, par le temps détruit. Et ce qui fuit au temps fait résistance* », Rémy Cabrillac précisant qu'« *un code vieillit bien s'il est suffisamment souple pour s'adapter aux évolutions auxquelles il doit faire face* »²⁵⁰³. Ces considérations s'appliquent particulièrement au code de l'énergie soumis à l'inflation normative. Faute de vigilance, la structure, la cohérence et l'exactitude des renvois pourraient rapidement être altérées et la lisibilité fortement amoindrie.

Par conséquent, une « *maintenance* » du code doit être réalisée concernant son périmètre, sa cohérence et le lien entre les parties législative et réglementaire, pour conserver ses caractéristiques essentielles et assurer une utilisation optimale²⁵⁰⁴. Daniel Labetoulle insiste particulièrement sur la maintenance des codes qui vise à actualiser et maintenir la qualité²⁵⁰⁵. La codification doit servir l'utilisateur et si elle « *ne représente plus qu'un stade dépassé de l'élaboration du droit, il faut en tirer les conséquences et abolir les codes, car rien n'est pire pour la clarté et l'harmonie de l'ordre*

²⁴⁹⁷ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008, préc.*, p. 49

²⁴⁹⁸ G. BRAIBANT, "La commission supérieure de codification", *préc.*, p.100

²⁴⁹⁹ *Rapport de présentation au Conseil supérieur de l'énergie, relatif à l'ordonnance n°2010-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie*, 2011

²⁵⁰⁰ G. BRAIBANT, "La problématique de la codification", *préc.* ; M. PRIEUR, "Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement", *préc.*

²⁵⁰¹ G. BRAIBANT, "La commission supérieure de codification", *préc.*, p.100

²⁵⁰² D. LABETOULLE, "Quel avenir pour les codes à la française ? ", in COMMISSION SUPERIEURE DE CODIFICATION, *Vingt et unième rapport annuel 2010, 2011, annexe 18, p.58 et s.* ; dans le même sens : P. ALBERTINI, "La codification et le Parlement", *préc.* ; P. MALAURIE, "Les enjeux de la codification", *préc.* ; Y. ROBINEAU, "Droit administratif et codification", *préc.*, p.112-113 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Septième rapport annuel 1996*, La documentation française, 1997, p. 10

²⁵⁰³ J. DU BELLAY, *Antiquités de Rome*, Garnier Flammarion - Poésie française, 1994 ; R. CABRILLAC, *Les codifications*, Droit, éthique, société, PUF, 2002, p. 118

²⁵⁰⁴ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Douzième rapport annuel 2001, préc.*, p. 5 et 32

²⁵⁰⁵ COMMISSION SUPERIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008, 2009*, La documentation française, p.97

Le code de l'énergie

juridique que le maintien purement formel de codes vidés de leur substance par la prolifération incontrôlée de textes qui n'y sont pas intégrés »²⁵⁰⁶. La maintenance du code de l'énergie doit être itérative, et assurée d'amont en aval par l'ensemble des acteurs de la création normative.

Elle est préalablement facilitée par la qualité de son ordonnancement initial et la numérotation décimale²⁵⁰⁷. Elle implique l'adoption d'un plan adapté aux évolutions futures du droit de l'énergie, et notamment aux transpositions du droit de l'Union²⁵⁰⁸. Postérieurement à la codification, trois étapes successives et complémentaires peuvent être distinguées : l'« *entretien régulier* », le « *toiletage ponctuel* » et la « *refonte d'exception* ».

L'« *entretien régulier* » résulte de l'option retenue par le droit français, d'un système de modification des codes existants par des lois et règlements ultérieurs²⁵⁰⁹. La Commission supérieure de codification, dans son rapport annuel pour 2007 rappelle l'importance pour les autorités de réfléchir à l'ordonnancement des normes nouvelles en vue de garantir la pérennité et la stabilité induite par le code, en évitant l'adoption de normes à l'extérieur de ce dernier²⁵¹⁰. Elle édicte un devoir de consolidation pour les créateurs de normes, la réflexion devant porter sur la cohérence au sein et entre les codes ainsi qu'au regard des dispositions non-codifiées, en vue d'éviter « *la myopie des apprentis codificateurs* »²⁵¹¹. Pour cela, une équipe doit demeurer suite à l'achèvement du code pour assurer ce travail et cette cohérence, conserver une numérotation orthodoxe et harmoniser l'enrichissement de la matière²⁵¹². A ce titre, la Commission supérieure de codification peut également être consultée sur les projets de textes modifiant des codes existants lorsque : « *des modifications qui, par leur nature et leur portée, risqueraient d'atteindre l'équilibre d'un code* »²⁵¹³.

Le « *toiletage ponctuel* » est une opération de consolidation visant à maintenir la structure et la cohérence du dispositif²⁵¹⁴. L'attention du pouvoir normatif ne peut constamment s'exercer avec la même vigilance. De plus, l'écoulement du temps entraîne des modifications implicites et indirectes, des changements impossibles à opérer, des modifications ambiguës, des expressions et

²⁵⁰⁶ B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, préc., p. 13 ; R. DUMAS, "Les droits fondamentaux: source nouvelle pour la matière commerciale", *JCL com.*, Fasc. 30, 15/03/2007 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Douzième rapport annuel 2001*, préc., p. 15

²⁵⁰⁷ P. REIGNÉ, "Remarques sur la numérotation des articles dans la codification", *RFAP*, n° 82, avril-juin 1997, p. 283-290 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Douzième rapport annuel 2001*, préc., p. 12 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Onzième rapport annuel 2000*, préc., p. 8

²⁵⁰⁸ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Vingtième rapport annuel 2009*, La documentation française, 2010, p. 33

²⁵⁰⁹ B.G. MATTARELLA, "La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine", préc.

²⁵¹⁰ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-huitième rapport annuel 2007*, La documentation française, 2008, p. 16-17 ; J.L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Rapport au premier ministre, Paris, La Documentation française, janv. 2009, p. 84

²⁵¹¹ H. MOYSAN, "La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation", *JCP E*, n° 27, I 147, 03/07/2002

²⁵¹² COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-huitième rapport annuel 2007*, p. 16-17 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008*, préc., p. 19

²⁵¹³ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Onzième rapport annuel 2000*, préc., p. 4 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Douzième rapport annuel 2001*, préc., p. 28 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Treizième rapport annuel 2002*, préc., p. 16

²⁵¹⁴ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008*, préc., p. 21

Un rôle de décodeur

des renvois devenus obsolètes, rendant les dispositions codifiées incertaines²⁵¹⁵. Ce toilettage est généralement réalisé par voie d'ordonnance²⁵¹⁶.

La « *refonte d'exception* » n'intervient que lorsque le plan et la structure du code perdent en lisibilité. Elle se caractérise par un renouvellement du plan et de la numérotation²⁵¹⁷. Le président Braibant évalue à une trentaine d'années la durée moyenne de fiabilité d'un code²⁵¹⁸. Hugues Périnet-Marquet observe un processus régulier : « *le Parlement invente de nouvelles règles, souvent à la demande du Gouvernement, empile les textes et délègue au Gouvernement le pouvoir de classer, de hiérarchiser, d'harmoniser sa production législative* »²⁵¹⁹. Cette démarche contribue à la clarification et la lisibilité du droit mais interpelle quant à une certaine forme d'abdication du Parlement, sur ce qui devrait être l'aspect essentiel de son travail. Elle pose comme inconvénient le fait que la loi devient une étape du processus législatif, le praticien devant attendre l'ordonnance pour une fixation définitive du contenu des textes et de leur numérotation²⁵²⁰. Elle appelle une réflexion en amont, au sein des ministères et des Commissions des lois parlementaires, afin de traiter préventivement les difficultés rédactionnelles, plutôt que d'adopter un comportement curatif alourdissant le processus législatif et la lisibilité du droit.

Outre le principe du droit constant, la codification du droit de l'énergie est également caractérisée par son caractère partiel.

B. Une codification partielle

La méthode de codification retenue exclut des dispositions par leur nature même (1) et conduit à s'interroger sur les remèdes envisageables pour les rendre accessibles (2).

1) Des dispositions non codifiées

Selon Philippe Malaurie, « *on a aujourd'hui complètement déchanté de l'universalisme d'un code. Un code est un phénomène national, lié à une identité et à une culture nationales* »²⁵²¹. La codification à droit constant se limite au droit écrit interne et plus particulièrement aux lois et aux décrets : « *nous ne codifions pas la jurisprudence, ni les coutumes, ni les usages* » précisait le président Braibant²⁵²². La méthode applicable conduit à exclure le droit « *souterrain* » (a) et le droit supranational de l'énergie (b).

a) Le droit « *souterrain* » de l'énergie

La codification du droit de l'énergie réveille le dilemme mis en exergue par François Terré concernant le champ d'application à retenir : « *Codifier ou ne pas codifier? Un droit sans codes ou*

²⁵¹⁵ H. MOYSAN, "La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation", *préc.*

²⁵¹⁶ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008, préc.*, p. 21

²⁵¹⁷ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-huitième rapport annuel 2007, préc.*, p. 22

²⁵¹⁸ B.G. MATTARELLA, "La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine", *préc.* ; Y. ROBINEAU, "Droit administratif et codification", *préc.*

²⁵¹⁹ H. PÉRINET-MARQUET, "Loi en discussion - Ordonnance en vue", *Constr.-Urb*, n°10, repère 9, oct. 2009 ; par exemple : loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *préc.*, art. 25

²⁵²⁰ H. PÉRINET-MARQUET, "Loi en discussion - Ordonnance en vue", *préc.*

²⁵²¹ P. MALAURIE, "Les enjeux de la codification", *préc.*

²⁵²² G. BRAIBANT, "La commission supérieure de codification", *préc.*, p.99

Le code de l'énergie

*un droit de codes ?*²⁵²³. Le droit de l'énergie doit être codifié pour être lisible mais ne peut l'être intégralement sous peine d'illisibilité. La doctrine administrative a déterminé *in abstracto* une méthode visant à réaliser ce délicat équilibre. Elle établit une présomption de « *codifiabilité* » pour les lois et les décrets, à l'exception des dispositions temporaires ou transitoires²⁵²⁴. Les parties L et R du code peuvent être complétées par une partie A pour les arrêtés ministériels, ce qui pourrait s'avérer opportun pour le code de l'énergie étant donné leur importance pour la compréhension globale de la matière²⁵²⁵. L'objectif est de constituer un code national de l'énergie.

A contrario, les règlements émanant des autorités déconcentrées et décentralisées de l'État n'ont pas vocation à être codifiés²⁵²⁶. En revanche, ces administrations devraient y procéder de leur propre chef lorsqu'elles l'estiment opportun²⁵²⁷.

Le code doit également intégrer les annulations contentieuses puisque : « *tant qu'un nouveau texte n'a pas été publié, la disposition annulée n'a pas à figurer dans le texte consolidé, qui dans ce cas peut faire mention de l'annulation, (comme c'est le cas par exemple pour les dispositions législatives déclarées non conformes par le Conseil constitutionnel)* »²⁵²⁸. Dans le cas où la censure poserait des problèmes d'interprétation, telles que l'annulation de dispositions relatives aux tarifs réglementés dans la décision du Conseil constitutionnel *loi relative au secteur de l'énergie*, la compétence d'interprétation de la Commission supérieure de codification pourrait être sollicitée à l'occasion de tout projet de texte modifiant des codes existants²⁵²⁹.

Le champ des textes codifiés doit être limité à l'essentiel, pour assurer l'accessibilité du droit. La jurisprudence demeure donc en dehors des codes²⁵³⁰. Il en va de même de la doctrine administrative comprenant les directives, circulaires et instructions ministérielles ; l'organisation de l'administration centrale ; les dispositions statutaires ; les notes et les réponses ministérielles, et de manière générale, les textes qui s'avèreraient trop spécifiques²⁵³¹. A défaut d'être codifiées, ces dispositions devraient être enserrées dans des contraintes formelles strictes et bénéficier d'un accès simple et lisible via le *legifrance* notamment²⁵³².

Le « *droit spontané* » comprenant les règlements des autorités administratives et *a fortiori* les délibérations et avis de la CRE, échappe « *par nature* » à la codification du fait de l'origine de son auteur²⁵³³. Néanmoins, les directives de la Commission supérieure de codification prévoient

²⁵²³ F. TERRÉ, "La codification", *European Review of Private Law*, 1993, p.31

²⁵²⁴ G. BRAIBANT, "La problématique de la codification", *préc.*; circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 2.2.1

²⁵²⁵ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Vingtième rapport annuel 2009*, *préc.*, p. 10

²⁵²⁶ Y. ROBINEAU, "A propos des limites d'une codification à droit constant", *préc.*

²⁵²⁷ G. BRAIBANT, "La problématique de la codification", *préc.*; circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 2.2.1

²⁵²⁸ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Treizième rapport annuel 2002*, *préc.*, p. 23

²⁵²⁹ Cons. Const., déc. n° 2006-543 DC, *loi relative au secteur de l'énergie*, *préc.* ; décret n°89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, *préc.*, art. 1

²⁵³⁰ B. OPPETIT, "De la codification", *préc.*, p. 33 et s.

²⁵³¹ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, *préc.*, p. 329 ; J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, *préc.*, p. 91 et s. ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008*, *préc.*, p. 24 ; G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *préc.*, p.69

²⁵³² J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, *préc.*, proposition n°44

²⁵³³ G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *préc.* ; B. OPPETIT, "De la codification", *préc.*

d'inclure celles particulièrement importantes, le critère adopté dans la pratique étant généralement celui de la publication au Journal officiel. A défaut, il revient à la CRE « *de rassembler sous une forme cohérente et accessible les normes qu'elle a pu être amenée à produire, de préférence en s'inspirant des principes et des techniques de la codification générale [et de] l'architecture des codes* »²⁵³⁴.

Peuvent également figurer en dehors des codes, les dispositions *a priori* non normatives, telles que les articles 2 à 6 de la loi POPE²⁵³⁵.

Demeurent enfin extérieures au code, les dispositions de nature contractuelle comprenant les statuts des sociétés anonymes du secteur énergétique, les contrats de service public de l'énergie, les cahiers des charges de concessions, les conditions générales de vente, et les codes de bonne conduite. Suivent ce principe de nombreuses dispositions figurant en annexe des textes tels que les barèmes de prix, les tarifs et les annexes techniques aux arrêtés concernant les ouvrages de raccordement aux réseaux publics de transport d'électricité²⁵³⁶.

Cette codification partielle conduit à s'interroger sur les méthodes d'organisation envisageables concernant le droit supranational de l'énergie.

b) Le droit supranational de l'énergie

Le droit international et européen, en dehors des mesures de transposition, n'a pas vocation à intégrer le code de l'énergie²⁵³⁷. Ce choix s'écarte des recommandations du Conseil d'État pour qui « *les normes internationales, en particulier les règles communautaires, devraient (dans les codes nouveaux) y avoir leur place dès lors qu'elles s'imposent directement aux ressortissants nationaux, leur ouvrent des droits, leur créent des obligations et régissent leur situation et leur activité* »²⁵³⁸. En ce sens, Michel Rocard proposait qu' « *aux trois parties traditionnelles L, R et D, il vous faudra peut-être songer à en ajouter une quatrième : E pour Europe, à chaque fois que cela sera possible, car il va de soi que le droit communautaire [...] est notre droit. Le méconnaître, le négliger, serait à la fois dangereux et coupable* »²⁵³⁹. En réponse au Premier ministre, Guy Braibant estimait que « *les modalités de cette insertion sont à préciser* »²⁵⁴⁰.

La Commission supérieure de codification en décida autrement dans son premier rapport en se fondant sur l'argument juridique selon lequel le Parlement n'a pas de compétence pour élaborer, réviser ou abroger le droit supranational, et que son insertion dans le code serait une hérésie juridique²⁵⁴¹. L'argument s'avère conforme à l'esprit de la codification à droit constant. Néanmoins, il implique l'adoption de palliatifs, afin que le droit demeure intelligible et accessible.

²⁵³⁴ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 2.2.1

²⁵³⁵ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008*, *préc.*, p. 48

²⁵³⁶ P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie ?", *préc.*

²⁵³⁷ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 2.2.1

²⁵³⁸ EDCE, 1989, n° 41, p. 15

²⁵³⁹ M. ROCARD, "La relance de la codification", *RFDA*, 1990, p.304

²⁵⁴⁰ G. BRAIBANT, "La relance de la codification", *RFDA*, 1990, p.309

²⁵⁴¹ Y. ROBINEAU, "A propos des limites d'une codification à droit constant", *préc.*, p. 657 ; M. PRIEUR, "Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement", *préc.* ; G. BRAIBANT, "La problématique de la codification", *préc.*; G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *préc.*

2) Des remèdes nécessaires

La codification du droit international permet de réduire l'incertitude quant à la règle de droit applicable²⁵⁴². En l'état, le droit international de l'énergie, caractérisé par l'émergence et le morcèlement, semble insuffisamment mature pour bénéficier d'une telle réalisation. En revanche, le droit de l'énergie dans le système juridique de l'UE s'inscrit dans le prolongement du droit national et pourrait faire l'objet d'une codification (a). L'absence d'une telle œuvre conduit à rechercher un remède dans une codification éditoriale spécifique (b).

a) Une codification du droit de l'Union européenne

Le droit dérivé de l'Union est confronté aux mêmes problèmes d'intelligibilité et d'accessibilité que le droit national puisque quatre à cinq mille mesures sont publiées chaque année au Journal officiel de l'UE²⁵⁴³. Historiquement, les grandes codifications ont été réalisées dans un cadre national, en dépit de l'universalisme qui animait Portalis, et le droit européen confirme cette règle²⁵⁴⁴. La codification du droit européen de l'énergie se heurte davantage à des obstacles culturels que juridiques. Ils trouvent essentiellement leur source dans les États de droit coutumier tels que le Royaume-Uni, qui bien qu'ayant connu des phases de codification, y sont globalement hostiles, contrairement aux traditions moyen-orientale, méditerranéenne et gréco-latine²⁵⁴⁵. Alors que cette exégèse se justifie à l'égard de la *Common Law*, elle perd de son sens au titre du droit de l'UE, fondé sur un système de droit écrit.

L'Union montre ainsi un intérêt croissant dans la codification de son ordre juridique, initié par une résolution du Parlement européen du 26 mai 1989 sur la simplification et la codification du droit communautaire²⁵⁴⁶. Le Conseil européen d'Édimbourg du 12 décembre 1992 insistait sur l'importance d'une codification des textes législatifs et l'abrogation des actes législatifs antérieurs,

²⁵⁴² Y. DAUDET, "La codification du droit international", *RFAP*, n° 82, avril-juin 1997, p.197-208 ; P. LOUIS-LUCAS, "Le colloque des 20 et 21 mai 1955 sur la codification du droit international privé français", *Revue critique de droit international privé*, 1956, p.391 ; D. BUREAU, "La codification du droit international privé", in B. BEIGNIER (DIR.), *La codification* Dalloz, 1996, p.119-144

²⁵⁴³ S. MAGNIN, "La codification du droit communautaire", *AJDA*, 1997, p.678 ; B. OPPETIT, "L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême", *D.*, 1990, p.73

²⁵⁴⁴ G. BRAIBANT, "La problématique de la codification", *préc.*

²⁵⁴⁵ P. LEGRAND, "Sens et non-sens d'une codification réformatrice du droit européen", *RFAP*, n° 82, avril-juin 1997, p.227-232 ; S. CASSESE, "Des codes à la codification", *RFAP*, n° 82, avril-juin 1997, p.183 ; J. SAMUEL, "Existe-t-il une procédure de codification du droit anglais?", *RFAP*, n° 82, avril-juin 1997, p.209-220 ; T. BALLARINO, "Codification du droit international privé italien", *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1990-1991, p.98 ; G.A. BERMAN, "La codification aux États-Unis", *RFAP*, n° 82, avril-juin 1997, p.221-226 ; « *Les légistes américains s'opposent de toutes leurs forces à la codification, ce qui s'explique de cette manière. 1/ Si la codification avait lieu, il leur faudrait recommencer leurs études: 2/ La loi devenant accessible au vulgaire, ils perdraient une partie de leur importance. Ils ne seraient plus comme les prêtres de l'Égypte, seuls interprètes d'un savoir occulte* » : A. DE TOCQUEVILLE cité dans G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *Droits*, n° 24, 1996, p.66 ; Codifier la *Common Law* comme le souhaitait Francis Bacon, est également vu comme un arrachement à la durée historique de la *lex non scripta*, dont la supériorité sur le droit écrit trouve sa source dans la durée historique, et dont un code assimilé à la rigidité rendrait difficile l'adaptation aux fluctuations de la réalité sociale: F. BACON, *Proposition à Jacques Ier touchant la révision générale des lois anglaises et leur réunion en un seul corps*, 1614 ; F. LESSAY, "Blackstone, *Common Law* et Codification", *Droits*, n° 27, 1998, p.3-16 ; pour une vision favorable à la codification de la *Common Law*: D. BARANGER, "Bentham et la codification", *Droits*, n° 27, 1998, p.17-38 ; D. TALLON, "La codification dans le système de *Common Law*", *Droits*, n° 27, 1998, p.39-48 ; F. MICHAUT, "Les réalistes américains et la codification", *Droits*, n° 27, 1998, p.49-64

²⁵⁴⁶ JO C 158 du 26/06/1989, p. 400. ; B. OPPETIT, "De la codification", *D.*, 1996, p.33 et s. ;

aboutissant à un accord interinstitutionnel entre le Parlement, le Conseil et la Commission du 20 décembre 1994, arrêtant une méthode de travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs²⁵⁴⁷.

Cependant, la codification européenne revêt un sens distinct du droit français puisqu'elle ne crée pas un code à proprement parler mais une consolidation « *technique* », l'acte juridique nouvellement créé abrogeant le précédent²⁵⁴⁸. Elle peut être verticale lorsqu'il s'agit d'actualiser un texte, ou horizontale par un rassemblement en un seul texte de plusieurs actes portant sur une même matière. La « *refonte* » consiste à moderniser et ordonner l'ensemble d'une réglementation ayant atteint un degré de maturité suffisant.

Le droit européen de l'énergie emprunte ces différentes voies. D'abord compilé par la direction générale de l'énergie, il fait ensuite l'objet d'une consolidation, les directives sur le marché intérieur de l'énergie se substituant aux précédentes²⁵⁴⁹. Cette unification du droit européen de l'énergie se manifeste également dans le recours aux « *paquets législatifs* » sur l'énergie, et aux directives cadres.

L'instauration d'un code européen de l'énergie, si elle demeure souhaitable pour des raisons de lisibilité, demeure attachée à un processus européen de codification « *jeune et sans tradition* »²⁵⁵⁰. L'absence de code européen de l'énergie se fonde donc davantage sur des questions symboliques que substantielles, la codification matérialisant la souveraineté et l'unité. Néanmoins, certains champs juridiques tels que le droit civil européen ont fait l'objet d'avant-projets et le droit de l'énergie pourrait suivre cette voie²⁵⁵¹. Un code européen de l'énergie se traduirait par un support unique, intégrant l'ensemble du champ juridique, selon un ordonnancement cohérent et une numérotation qui lui seraient propres, au même titre que le projet de code civil européen. Il compléterait le code national de l'énergie qui pourrait à son tour être adapté en vue d'une harmonisation structurelle. En cette absence, les éditeurs doivent procéder à cette entreprise afin de disposer d'un droit de l'énergie intelligible et accessible dans sa globalité.

b) Une codification éditoriale

Selon Jean-Luc Warsmann : « *un code n'est pas tout. L'absence d'intégration de ces autres sources de droit dans nos codes rend très difficile une connaissance synthétique des normes qui*

²⁵⁴⁷ Accord interinstitutionnel du 20 décembre 1994 méthode de travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs, *JOCE*, C 43/41, du 20 fév. 1995, p. 42, reproduit dans B. OPPETIT, *Essai sur la codification, préc.*, annexe III, p. 91 et s.

²⁵⁴⁸ S. MAGNIN, "La codification du droit communautaire", *préc.*;

²⁵⁴⁹ DIRECTION GÉNÉRALE ÉNERGIE COMMISSION EUROPÉENNE, *Energy in Europe : recueil de la législation et autres instruments concernant l'énergie : situation au 31 décembre 1994*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1995 ; directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2005 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits consommateurs d'énergie, *préc.*

²⁵⁵⁰ H. G. CROSSLAND, "La codification du droit européen par les institutions de l'Union", *RFAP*, n° 82, avril-juin 1997, p.257-262

²⁵⁵¹ S. NADAUD, *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*, thèse droit, Limoges, 2007 ; P. LEGRAND, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", 1996, p.779 ; G. GANDOLFI, *Code européen des contrats : avant-projet*, Milan, Édition de poche, 2004 ; C. WITZ, "Plaidoyer pour un code européen des obligations", *D.*, 2000, p.79 ; S. PERUZZETTO, "La codification du droit communautaire", in B. BEIGNIER (DIR.), *La codification*, Dalloz, 1996, p.145-164

Le code de l'énergie

s'imposent à chacun »²⁵⁵². Les commentateurs et les éditeurs doivent donc apporter les compléments indispensables à une bonne compréhension des textes pour disposer d'un guide pratique pour tous les intervenants du secteur²⁵⁵³. Les éditeurs assurent cette fonction en tentant de combler ces carences par la publication de « mégacodes » ou codes « plus », des versions annotées et commentées des codes officiels, voire des codes officieux dits « codes sauvages » en l'absence de toute codification, ce qui est actuellement le cas d'un code européen de l'énergie²⁵⁵⁴. Cependant, en l'état du droit positif, le droit européen de l'énergie ne peut qu'être compilé étant donné la sectorialité de l'intervention normative²⁵⁵⁵.

La constitution éditoriale du code national de l'énergie enrichi et commenté soulève davantage d'interrogations. Concernant le droit international, la Commission supérieure de codification distingue plusieurs cas de figure. Lorsqu'un texte international est suffisamment stable, un article du code peut y faire référence tel que l'article L. 3115-1 du code de la santé publique qui renvoie au règlement sanitaire international. Dans ce cas, l'article cite avec précision la norme internationale à laquelle il peut renvoyer en annexe. Une deuxième hypothèse se manifeste lorsqu'une matière est régie par un ensemble de conventions internationales. Dans ce cas, le code peut rappeler l'application de ces normes en annexant, le cas échéant, les plus pertinentes. La troisième situation relève du stade de l'édition et consiste à annexer dans le code des normes internationales²⁵⁵⁶. La circulaire du 30 mai 1996 précise que le droit de l'Union, lorsqu'il est d'applicabilité directe, peut être classé et annexé au code pour renseigner l'utilisateur²⁵⁵⁷. Ces considérations conduisent Jean-Luc Warsmann à plaider en faveur d'une intégration des règles supranationales en annexe des codes²⁵⁵⁸. Ce travail constitue selon Yves Robineau, un travail revenant aux éditeurs privés, tandis que Michel Prieur y déplore un « nouveau cas de délégitimation de service public »²⁵⁵⁹. Pour Sandra Magnin, une collaboration entre l'Office des publications officielles de la Communauté européenne et la Commission supérieure de codification devrait être engagée pour élaborer en parallèle le code français officiel, et un code de l'UE officieux, fruit d'une simple consolidation²⁵⁶⁰. Cette solution permettrait une coordination, en attendant un véritable processus d'harmonisation juridique²⁵⁶¹.

L'œuvre éditoriale requiert également de pallier la non-codification du « droit souterrain », du « droit spontané », des dispositions contractuelles, de la jurisprudence, et des commentaires doctrinaux. A défaut d'une intégration exhaustive qui pourrait conduire à l'illisibilité du droit, une

²⁵⁵² J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, préc., p. 86

²⁵⁵³ P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie ?", préc.

²⁵⁵⁴ R. CABRILLAC, *Les codifications*, préc., p. 75 ; G. BLOCK, D. HAVERBEKE, T. LEKANE, P. MELON, J.-P. PINON, J. VANDENBOSCH et G. WALRAVENS, *Code de l'énergie - Codex*, préc. ; *Codex EU Energy Law*, Lexxion Verlag, 2012

²⁵⁵⁵ S. MAGNIN, "La codification du droit communautaire", préc.

²⁵⁵⁶ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quatorzième rapport annuel 2003*, préc.

²⁵⁵⁷ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, préc., pt. 2.2.1

²⁵⁵⁸ J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, préc., p. 86

²⁵⁵⁹ Y. ROBINEAU, "Les structures françaises : la Commission supérieure de codification", préc., p. 657 ; M. PRIEUR, "Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement", préc.

²⁵⁶⁰ S. MAGNIN, "La codification du droit communautaire", préc., p. 683

²⁵⁶¹ B.G. MATTARELLA, "La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine", préc.

sélection peut être opérée par la doctrine juridique qui se trouve la plus à même d'y procéder.

L'accès numérique à la codification revêt encore un rôle essentiel grâce aux liens hypertextes permettent de concilier exhaustivité et lisibilité, sous réserve d'une présentation ordonnée de la matière²⁵⁶². En ce sens, la Belgique dispose d'un site internet spécifique recensant son droit de l'énergie²⁵⁶³. En France, legifrance assure cette fonction pour l'essentiel du droit positif.

Bien que les objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité n'emportent pas d'obligation pour l'État de consolider le droit, ce travail constitue un devoir qui ne pourrait se suffire d'une œuvre éditoriale²⁵⁶⁴. Cette position se justifie *a fortiori*, au motif que le code de l'énergie doit plus largement être appréhendé dans l'ordonnement juridique comme un décodeur de frontière.

II. Un décodeur de frontières

La publication d'un code constitue une étape décisive dans l'émergence d'une discipline parce qu'en plus de ses aspects formels, il met en exergue son contenu. L'application à l'énergie permet de révéler les contours d'un corps de règles jusqu'alors disséminé²⁵⁶⁵. Ces frontières se situent à la fois entre les champs juridiques (A) et au sein de la matière (B).

A. Des frontières entre les champs juridiques

Plus la codification se réalise et plus l'élaboration de nouveaux codes se heurte à des difficultés concrètes de « *télescopage* » avec des lois et des codes voisins²⁵⁶⁶. Les travaux préparatoires du code de l'énergie font état de difficultés quant à la répartition de certaines dispositions dont les arbitrages ont conduit à fixer des frontières tantôt étanches (1), tantôt poreuses entre les codes (2).

1) Des frontières étanches

L'étanchéité se manifeste par le regroupement au sein d'un même code de dispositions concernant un objet unique. Ce phénomène s'observe concernant l'extraction d'énergie minière (a) et peut être étendu aux règles relatives au personnel des industries électriques et gazières (b).

a) L'extraction d'énergie minière

Les premiers rapports de la Commission supérieure de codification relatifs aux codes minier et de l'énergie font état de débats sur la répartition des règles concernant l'extraction d'énergie minière. Le droit comparé démontre que si ces dispositions sont parfois codifiées dans des « *codes pétroliers* » comme au Cameroun, au Sénégal et en Côte d'Ivoire, elles relèvent du code minier dans la majorité des États²⁵⁶⁷.

²⁵⁶² D. LABETOULLE, "Du (nouveau) Code du travail au futur Code de l'énergie", *RJEP*, n° 650, repère 2, fév. 2008

²⁵⁶³ www.energy-law.be

²⁵⁶⁴ H. MOYSAN, "La consolidation des codes, lois, décrets : positions doctrinales d'éditeurs ou devoir de l'État ?", *JCP E*, n° 50, I 196, 13/12/2006

²⁵⁶⁵ P. ALBERTINI, "La codification et le Parlement", *préc.*

²⁵⁶⁶ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008, préc.*, p. 17

²⁵⁶⁷ Code pétrolier du Cameroun institué par la loi du 7 décembre 1999; Code pétrolier de Côte d'Ivoire du 31 mai 1996 ; Code pétrolier sénégalais institué par la loi n°98-5 du 8 janvier 1998

Le code de l'énergie

La refonte du code minier confirma cette position en inscrivant ces règles aux articles L.131-1 et suivants. La Commission s'avère favorable au maintien dans le code minier des dispositions relatives à l'extraction des sources d'énergie, au stockage souterrain de substances énergétiques et à la géothermie ; tandis que la production d'énergie relève du code de l'énergie²⁵⁶⁸. La solution trouve sa source dans le fait que la recherche, l'exploitation, et le stockage d'énergie minière portent plus largement sur des substances minérales visées à l'article L.111-1 du code minier. La logique consiste à retenir les règles relatives à l'extraction de la ressource comme afférentes au code minier tandis que leur utilisation relève du code de l'énergie. L'intégration du régime concernant l'exploitation des substances de carrière dans les fonds marins du domaine public dans le nouveau code minier confirme cette spécificité, consistant à encadrer des richesses du sous-sol²⁵⁶⁹. Cette solution doit être approuvée même si elle complique la tâche des utilisateurs qui devront également rechercher dans le code minier, les dispositions relatives aux stockages souterrains de gaz et de chaleur. Néanmoins, le codificateur a pris le soin d'intégrer dans le code de l'énergie les renvois relatifs au droit minier.

Une classification similaire aurait semble-t-il pu être retenue pour les règles relatives au personnel des industries électriques et gazières.

b) Les règles relatives au personnel des industries électriques et gazières

Les dispositions applicables au personnel des entreprises électriques et gazières figuraient originellement aux articles 713-1 et 713-2 du code du travail et la Commission supérieure de codification entendait conserver ce classement²⁵⁷⁰. Cependant, la refonte de celui-ci a conduit à exclure ces dispositions pour les intégrer dans le code de l'énergie aux articles L.161-1 à 6. Cette organisation opère une scission entre les « *règles générales* » intégrées dans le code du travail et les « *dispositions particulières* » à chaque profession, inscrites dans les codes sectoriels. Elle provoque une dissémination de la norme sociale dans une diversité de codes alors que la doctrine semblait approuver la solution originelle, Pierre Sablière faisant référence au « *droit du travail applicable dans les industries électriques et gazières* »²⁵⁷¹.

Dès lors, ces mesures pourraient intégrer la septième partie du code du travail relative aux « *dispositions particulières à certaines professions et activités* », cette solution permettant de regrouper au sein d'un même code, l'ensemble du droit social. En complément, le code de l'énergie pourrait se référer à ces dispositions dans le cadre d'un renvoi, tel qu'il existe concernant la performance énergétique dans l'habitat, les mesures particulières aux véhicules, et la production d'électricité d'origine nucléaire.

Cette illustration met en lumière la possibilité pour un même objet de bénéficier d'un encadrement conjoint par des codes distincts.

²⁵⁶⁸ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006, préc.*, p. 26

²⁵⁶⁹ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-huitième rapport annuel 2007, préc.*, p. 59

²⁵⁷⁰ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006, préc.*, p. 33

²⁵⁷¹ P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie ?", *préc.*

2) Des frontières poreuses

Les rapports annuels de la Commission supérieure de codification font état des principaux points de discordance entre les codes de l'énergie et de l'environnement²⁵⁷². Alors qu'une classification fondée sur les lois originelles a permis d'harmoniser le régime juridique des ouvrages hydrauliques (a), celui des installations nucléaires posait davantage de questions de fond (b).

a) L'usage de l'énergie hydraulique

La Commission supérieure de codification a mentionné à plusieurs reprises des difficultés quant au classement des règles relatives à l'utilisation de l'énergie hydraulique, entre les codes de l'énergie et de l'environnement. Outre des difficultés d'articulation ponctuelles, les débats pourraient trouver leurs sources dans des querelles de pouvoir entre les ministères. En effet, ce droit trouve ses fondements dans la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique et dans la loi sur l'eau du 3 janvier 1992 insérée dans le code de l'environnement. Le principe consistait donc à inscrire la première dans le code de l'énergie et la seconde dans le code de l'environnement²⁵⁷³. Tel est le choix retenu par le codificateur en instituant un livre V intitulé « *dispositions relatives à l'utilisation de l'énergie hydraulique* » tandis que les règles touchant à la protection et l'usage de l'eau figurent dans le livre II du code de l'environnement concernant les milieux physiques. Cette solution permet de regrouper dans le code de l'énergie les dispositions bénéficiant d'une finalité énergétique, dans un régime commun aux installations, suivi des dispositions propres aux ouvrages autorisés et concédés.

En revanche, la réalisation pourrait s'avérer plus complexe concernant les mesures réglementaires, la Commission relevant que « *ces procédures ne sont vraiment ni articulées, ni hiérarchisées, ni même explicitées* »²⁵⁷⁴. Dès lors, des ajustements entre les codes devront peut-être intervenir par l'intégration de dispositions relevant actuellement du code de l'environnement vers le code de l'énergie. L'accessibilité du droit sera facilitée grâce aux renvois respectifs prévus par les articles L.214-5 du code de l'environnement et L.312-1 du code de l'énergie, tandis que l'union entre ces champs juridiques est assurée par l'article L.312-2 prévoyant que les titres délivrés au titre du droit de l'environnement valent autorisation au sens du droit de l'énergie. Le travail de la Commission doit donc être salué parce qu'il permet de distinguer le droit de l'énergie du droit de l'environnement, tout en orchestrant leur harmonisation.

Des divergences se sont également manifestées entre la Commission et l'administration concernant le « *droit nucléaire* », dont la classification retenue entraîne à sa disparition formelle.

b) Le « *droit nucléaire* »

Le code de l'énergie conduit à s'interroger sur la place du « *droit nucléaire* » dans l'ordonnement juridique. En proposant d'exclure de la codification les lois relatives à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, et de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs, l'administration suggérait indirectement de consacrer le « *droit*

²⁵⁷² P. BILLET, "Où l'on parle de codification du droit de l'environnement", *Env.*, n° 11, alerte 75, nov. 2009

²⁵⁷³ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006, préc.*, p. 32

²⁵⁷⁴ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Vingtième rapport annuel 2009, préc.*, p. 51

nucléaire » comme un champ juridique autonome. La Commission supérieure de codification rejeta cette requête, en considérant que « ces lois ont des liens évidents avec le code de l'énergie et le code de l'environnement et que leur absence de reprise dans l'un ou l'autre de ces codes serait directement contraire à l'objectif constitutionnel d'accessibilité de la loi »²⁵⁷⁵. Cette position conforte la thèse de Jean-Marie Rainaud selon laquelle le « droit nucléaire » constitue un « droit d'emprunt » et qu'« il n'y a pas de spécificité du droit, il y a simplement une spécificité du nucléaire »²⁵⁷⁶. Yves Gaudemet la corrobore en retenant qu'« hormis ces deux domaines [la sûreté nucléaire et la radioprotection], l'alignement du droit nucléaire sur le droit commun est pratiquement absolu »²⁵⁷⁷. Les normes relatives à la sûreté nucléaire, la gestion des déchets radioactifs et la responsabilité civile nucléaire figurent désormais dans le code de l'environnement ; celles relatives à la protection contre les rayonnements ionisants dans le code de la santé publique ; la planification énergétique et l'accès réglementé à l'électricité nucléaire historique sont inscrites dans le code de l'énergie ; et les matières et les installations nucléaires militaires relèvent du code de la défense. Par conséquent, si le « droit nucléaire » pourrait être enseigné comme discipline juridique, c'est à dire comme un enseignement des normes relatives à l'usage de l'énergie nucléaire, il ne présente désormais plus de particularisme formel sur le plan juridique²⁵⁷⁸.

Ces illustrations mettent en évidence des classifications parfois délicates à opérer entre les corps de règles. Alors que la remarque s'applique entre les champs juridiques, elle se présente avec autant d'acuité en droit de l'énergie.

B. Des frontières dans le droit de l'énergie

Le plan du code de l'énergie manifeste la volonté d'un classement logique, visant à relever « des lignes de force, des épaisseurs et des niveaux »²⁵⁷⁹. Il permet de représenter graphiquement la matière et assure une orientation, un repérage, il sert de guide à l'utilisateur. Il traduit une architecture juridique et une volonté d'opérer de grandes distinctions²⁵⁸⁰. Le travail portant non sur le contenu mais sur la structure, la règle de la codification à droit constant ne trouve pas à s'appliquer, constituant ainsi le « dernier espace de création et d'imagination » offert au codificateur, supposant des choix, et donc des sélections et des rejets²⁵⁸¹.

L'expérience nationale de la codification démontre que pour un même code, plusieurs plans sont parfois envisagés, privilégiant tantôt l'approche par concepts juridiques, tantôt par thèmes²⁵⁸². L'objectif du plan est de concilier le « beau droit » et le « bon droit »²⁵⁸³. Il doit également garantir

²⁵⁷⁵ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008, préc.*, p. 17 et 47

²⁵⁷⁶ J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, PUF, 1994, p. 26

²⁵⁷⁷ CEA, *Droit nucléaire*, Les éditions des journaux officiels, 6 volumes, 2006, préface

²⁵⁷⁸ Il en va différemment sur le plan matériel : C. HUGLO, "FUKUSHIMA : le droit nucléaire et le droit du développement durable en question", *Env.*, n°5, repère 5, mai 2011

²⁵⁷⁹ E. CATTÀ, "Les techniques de codification : de la cire au silicium...", *préc.*

²⁵⁸⁰ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 2.2.3. Plan

²⁵⁸¹ E. CATTÀ, "Qui a peur de la loi Tréveneuc ?", in C. THOMASSET et D. BOURCIER (DIR.), *Interpréter le droit : le sens, l'interprète, la machine*, Bruylant, Bruxelles, 1996 ; M. PELTIER, "Pourquoi pas un code des sociétés ?" in P. LE CANNU (DIR.), *D'un Code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, LGDJ, 2008, p.201-210

²⁵⁸² COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Onzième rapport annuel 2000, préc.*, p.23

²⁵⁸³ J. CARBONNIER, "De quelques actes manqués en législation", in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p.3-10

la pérennité du code dans le temps, sa structure devant être à la fois souple et robuste pour faire face à l'inflation normative. En l'espèce, le code doit être celui de l'énergie et non celui des énergies. En ce sens, le codificateur a fait le choix d'un plan « *intelligible* » (a), mais pourrait s'orienter à terme vers un plan « *intelligent* » (b)²⁵⁸⁴.

1) La tentative du plan intelligible

Le plan intelligible est celui du pragmatisme (a). Il regroupe un ensemble de règles liées entre elles par l'histoire du droit et donc par une certaine articulation naturelle. En revanche, il pourrait s'avérer fragile face à une inflation juridique notamment sujettes aux découvertes scientifiques (b).

a) Un choix pragmatique

Le plan retenu établit un code traditionaliste pour un droit nouveau et se matérialise dans un premier livre commun sur l'organisation générale du secteur de l'énergie, un deuxième sur la maîtrise de la demande d'énergie et le développement des énergies renouvelables, puis cinq livres sur les énergies²⁵⁸⁵. Le codificateur répond aux objectifs de la codification à droit constant en maintenant « *l'unité des grandes lois fondatrices d'un domaine du droit* »²⁵⁸⁶. Il reprend la logique du code des transports, caractérisé par une première partie relative aux dispositions communes puis cinq autres correspondant aux divers modes de transport. Cependant, à la différence de ce dernier intitulé code « *des transports* », le code « *de l'énergie* » inspire l'unité. La méthode étant similaire, n'aurait-il pas été plus juste de parler d'un « *code des énergies* » ?

La réponse est négative juridiquement puisque la loi d'habilitation évoque le singulier. Peut-être en irait-il différemment au fond ? En ce sens, Pierre Sablière se réfère aux « *droits des énergies* »²⁵⁸⁷. Néanmoins, le code de l'énergie matérialise la convergence de son contenu et le fait de disposer de règles communes conduit à penser qu'il s'agit davantage d'un droit des énergies et donc d'un code des énergies, au même titre que le code des transports²⁵⁸⁸.

Le choix du pragmatisme juridique pourrait constituer un risque tant sur le plan théorique que pratique.

b) Un choix risqué

Les risques liés au pragmatisme ont des origines théoriques. En effet, l'objet d'étude constitue l'énergie et non ses sources. Par conséquent, le code devrait être celui de l'énergie et se traduire par une appréhension globale du phénomène. Or, en conservant l'esprit des grandes lois, le

²⁵⁸⁴ Sur la distinction entre les plans « *intelligible* » et « *intelligent* » : G. BRAIBANT et A. ZARADNY, "L'action de la Commission supérieure de codification", *préc.*; sur l'adaptation de cette théorie au code de l'énergie: P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie?", *préc.*

²⁵⁸⁵ C. BOITEAU, "Le code de l'énergie : entre urgence mal contrôlée et choix politique discutable", *AJDA*, 20/06/2011, p.1169 ; J.-L. THIREAU, "Un code traditionaliste pour un droit nouveau", in P. LE CANNU (DIR.), *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LGDJ, 2008, p.21-44

²⁵⁸⁶ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 2.1.3.

²⁵⁸⁷ P. SABLIERE, *Une brève histoire du droit de l'énergie*, Colloque de l'AFDEN : Quel(s) droit(s) pour l'énergie?, 2008

²⁵⁸⁸ T.X. GIRARDOT, *Dix ans de législation de l'énergie : y-a-t-il convergence?*, Colloque de l'AFDEN : Quel(s) droit(s) pour l'énergie?, 2008

Le code de l'énergie

code fait référence à l'électricité, au gaz, au pétrole... De plus, la classification s'avère ambivalente puisque si les dispositions relatives à l'électricité, au gaz, au pétrole, aux réseaux de chaleur et de froid opèrent une approche finaliste des sources, celles relatives à l'utilisation de l'énergie hydraulique l'appréhendent comme une matière première.

Dans le cas de l'électricité, peu importe la source d'énergie primaire, qu'elle provienne du charbon, du gaz ou de la biomasse, ce qui compte est la production d'électricité et sa place dans le cycle énergétique (transport, distribution, commerce). Le livre V relatif à l'utilisation de l'énergie hydraulique adopte une logique inverse en s'intéressant à la source, qu'elle que soit l'énergie finale produite par l'ouvrage.

Était-il envisageable d'uniformiser le raisonnement ? La réponse est négative pour la Commission supérieure de codification qui justifie son choix par le fait que ces dispositions recouvrent l'ensemble des usages de la force mécanique de l'eau, notamment les moulins à eau et la soufflerie de Modane²⁵⁸⁹. Par conséquent, si le projet de codification retenait originellement une intégration dans le livre III relatif à l'électricité, le choix s'est ensuite orienté vers un livre spécifique pour rendre compte de l'ensemble des usages.

Cette organisation pose également des problèmes pratiques puisqu'en se référant aux sources d'énergie, le codificateur retient une classification ouverte, inéluctablement soumise à l'inflation, au fur et à mesure des découvertes scientifiques. Le risque est alors d'observer une multiplication des livres corrélée au développement des sources d'énergie et donc à terme, une illisibilité du droit.

Un choix différent était-il envisageable ? Peut être. Telle est le dessein d'établir selon les mots du président Braibant, un « *plan intelligent* ».

2) La tentation du plan intelligent

Le plan intelligent peut présenter l'inconvénient d'une « *déshistorisation* » du droit par le tronçonnage des grandes lois, voire conduire à une « *perte de poésie* »²⁵⁹⁰. Dès lors, en sus de cette exigence d'historicité, l'objectif consiste à retenir un cadre robuste aux évolutions du droit, en tentant de relier la science juridique aux sciences de la nature. Ce plan serait dicté par les formes d'énergie (a) et guidé par le cycle énergétique (b).

a) Un plan fondé sur les formes d'énergie

Le plan du code devrait être celui de l'énergie et non celui des énergies en régissant l'ensemble des normes juridiques encadrant l'usage des choses générant un changement d'état de la matière. Dès lors, l'énergie devrait être appréhendée dans sa globalité et sa classification pourrait se fonder sur les six formes principales d'énergie reconnues en sciences exactes : l'énergie mécanique (mouvement), l'énergie électrique (déplacement d'électrons), l'énergie chimique (pétrole, gaz, charbon...), l'énergie thermique (chaleur, froid), l'énergie radiative (lumière, rayons X...), et l'énergie

²⁵⁸⁹ Créé juste après la seconde guerre mondiale, à Avrieux près de Modane en Savoie, le centre de Modane-Avrieux héberge la plus grande soufflerie du monde dont la particularité est de recevoir l'essentiel de son énergie sous la forme hydraulique, par une conduite forcée de hauteur 850 m venant des barrages d'Aussois : www.onera.fr

²⁵⁹⁰ G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *Droits*, n° 24, 1996, p.66

Un rôle de décodeur

nucléaire (modification de la structure atomique des matériaux)²⁵⁹¹. Un livre du code pourrait être affecté à chacune de ces formes.

La production d'électricité, quelle qu'en sa source serait régie par le livre relatif à l'énergie électrique. La production de méthanol (essence) issue de la méthanisation et de biogaz serait encadrée par le livre sur l'énergie chimique.

Un plan fondé sur les formes d'énergie bénéficierait de livres exempts de dispositions juridiques, soit parce que le droit n'encadre pas encore ce type d'usage, soit parce que les techniques demeurent ignorées de l'Homme. Par exemple, l'énergie mécanique est utilisée comme une source (énergie hydraulique, énergie éolienne...) mais rarement comme une fin. Pourtant, l'énergie mécanique des moulins a longtemps été utilisée pour moudre les céréales. L'énergie nucléaire, actuellement employée pour ses incidences (chaleur puis électricité) est encadrée juridiquement pour les conséquences qu'elle induit (sûreté nucléaire, santé publique, défense...). Pourtant, à terme, elle pourrait être appréhendée comme une fin en soi, dans un but de modélisation de la matière.

En clôturant le droit, la classification finaliste reposant sur les formes d'énergie permettrait de se prémunir contre les risques d'inflation liés aux découvertes scientifiques, renfonçant la lisibilité du droit à long terme. Elle présenterait également l'avantage de mettre en adéquation la science juridique et les sciences de la nature. Les modalités organisationnelles au sein de chaque livre devraient alors être précisées, celles-ci pouvant être guidées par le cycle de l'énergie.

b) Un plan guidé par le cycle de l'énergie

Le cycle énergétique assure un rôle de guide en distinguant la production, le transport, la distribution, le commerce, et la valorisation de chaque forme d'énergie. Un titre pourrait donc être affecté à chacune de ces phases, conduisant à retenir cinq titres pour chaque livre. Cette méthode est globalement retenue par le codificateur et concourt à la lisibilité et à la cohérence du droit.

En ce sens, le livre relatif à l'énergie chimique bénéficierait d'un titre I consacré à la production. Les règles correspondantes seraient relatives à la production d'hydrocarbures, mais également de biogaz, de biocarburants, d'hydrogène... Les titres suivants seraient affectés au transport, à la distribution, au commerce et à la valorisation de ces matières.

Afin de préciser les règles juridiques applicables à chaque activité, les chapitres pourraient se référer à la source employée pour produire l'énergie considérée. Le titre consacré à la production d'électricité pourrait alors différencier les régimes selon qu'elle est produite à partir d'énergie hydraulique ou de charbon.

Le codificateur a fait part des difficultés de classer l'énergie hydraulique. Celle-ci servant essentiellement à produire de l'électricité, sa place pourrait se justifier au sein du livre sur l'énergie électrique. Le régime juridique présente la particularité de s'appliquer à la production d'autres formes d'énergie telles que l'énergie mécanique comme en atteste l'usage historique des moulins et la soufflerie de Modane. Par conséquent, le livre sur l'énergie mécanique pourrait opérer un renvoi

²⁵⁹¹ CEA, *L'énergie*, La collection - des sources naturelles aux enjeux de la production, 2002. www.cea.fr

à ces dispositions à l'instar de l'article L. 312-1 du code de l'énergie disposant que la production hydroélectrique est régie par les dispositions du livre V.

Les deux premiers livres relatifs à l'organisation générale du secteur de l'énergie et à la maîtrise de la demande d'énergie et le développement des énergies renouvelables demeuraient parce qu'ils appréhendent l'énergie dans la transversalité.

Ce plan assurerait une stabilité du droit de l'énergie par une présentation finie et cohérente du secteur énergétique. Il constituerait également un guide pour l'autorité normative en facilitant l'ordonnancement et l'évaluation. Il permettrait enfin une appréhension transversale et complète de l'énergie, contribuant à une transition du « *code des énergies* » au « *code de l'énergie* ».

Codifier le droit de l'énergie est une entreprise complexe, et bien que le résultat inspire le commentaire, la qualité de l'œuvre est patente parce qu'en assurant sa lisibilité, elle inscrit le Gouvernement organisé de l'énergie dans la durée. Sa fonction de révélateur corrobore l'exégèse.

2/ Une fonction de révélateur

Selon le doyen Carbonnier, « *Codifier, c'est modifier* »²⁵⁹². A défaut de constituer à proprement parler une réforme du droit, la codification prépare cette dernière. En effet, elle entraîne une double modification. La première est visible et revendiquée : « *le passage du désordre baroque d'une législation foisonnante à l'ordre classique et rationalisant de codes construits avec le souci de "rassembler et ordonner des normes existantes"* ». La seconde, invisible et occultée, réside dans une modification du droit auquel on prétend ne pas toucher, par la perte d'histoire inhérente à son processus, ou lorsqu'elle en ignore l'esprit, par interpolation ou le changement de place d'une règle au sein d'un *corpus*, et par l'insertion de titres qui pourront être utilisés pour interpréter une disposition²⁵⁹³. De plus, la codification à droit constant, en établissant une « *radiographie* » du droit écrit, esquisse la réforme, en mettant en exergue les incohérences et les insuffisances du champ juridique considéré²⁵⁹⁴. La codification du droit de l'énergie peut donc être appréhendée comme un déclencheur potentiel de réforme, en se présentant comme un révélateur des carences (I) et des enjeux de la matière (II)²⁵⁹⁵.

I. Un révélateur des carences

Le code de l'énergie révèle des carences dans le contenu (A) et l'articulation entre les

²⁵⁹² J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Deffrénois, 2è. éd., 1995, p. 325

²⁵⁹³ G. TIMSIT, "La codification, transcription ou transgression de la loi ?", *Droits*, n°24, 1996, p.83-94 ; R. DRAGO, "La codification en droit administratif français et comparé", *Droits*, n°24, 1996, p.100 ; P.-Y. GAUTIER, "De l'art d'être furtif- le droit constant des codes de la propriété intellectuelle et de la consommation", in B. BEIGNIER (DIR.), *La codification*, Dalloz, 1996, p.107-116 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Cinquième rapport annuel*, 1994, p. 13 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *premier rapport annuel*, 1990, p. 5

²⁵⁹⁴ D. BUREAU, "Remarques sur la codification du droit de la consommation", *D.*, 1994, p.292 ; Y. ROBINEAU, "Droit administratif et codification", *préc.* ; O. DUFOUR et G. BRAIBANT, "Codifier pour mieux réformer", *LPA*, n°140, 21/11/1997, p. 5 ; G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *préc.* ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quatorzième rapport annuel 2003, préc.*, p. 11 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quinzième rapport annuel 2004, préc.*, p. 9

²⁵⁹⁵ J.-L. SILICANI, "La codification : instrument de réforme de l'Etat en France", *AJDA*, 1997, p.640 ; B. OPPETIT, "De la codification", *préc.* ; J. VANDERLINDEN, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIIIè au XIXè siècle, préc.* ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Onzième rapport annuel 2000, préc.*, p. 8

codes (B).

A. Les carences dans le contenu

Le code de l'énergie pourrait mettre davantage en exergue ses prérogatives principales qui agissent comme des fondations de la discipline (1). Ces instruments seraient ensuite relayés par des instruments visant à les rendre pleinement opérationnels (2).

1) Des prérogatives à affirmer

Les recherches entreprises en 1992 par la commission d'expertise relative au code de l'environnement aboutirent au constat de l'absence de principes généraux²⁵⁹⁶. La codification fut alors suspendue jusqu'à l'approbation de la loi Barnier du 2 février 1995 consacrant les principes généraux du droit de l'environnement²⁵⁹⁷. Les droits et les principes généraux sont essentiels parce qu'ils établissent les fondements de la matière. Selon Éric Maulin : « *nos principes sont dans une large mesure issus de la révolution des valeurs qui caractérise la modernité* »²⁵⁹⁸. Ils constituent des instruments de moralisation du droit et apparaissent comme « *une catégorie transcendante contenant [...] un ensemble de préceptes aussi justes que nécessaires, fruit de la raison humaine, [à l'] évidence - les lois de toutes les lois, le fondement rationnel ultime dont procéderait nécessairement la loi humaine* »²⁵⁹⁹.

Pourtant, cette entreprise ne fut pas reprise pour le code de l'énergie, produisant une certaine insaisissabilité des principales prérogatives qui le façonnent. Par conséquent, une démarche en ce sens s'avèrerait opportune afin d'établir les droits subjectifs fondateurs du droit de l'énergie (a), et ses principes normatifs directeurs (b).

a) Les droits subjectifs du droit de l'énergie

Les droits subjectifs du droit de l'énergie s'inscrivent dans le cadre d'un champ juridique construit comme un moyen d'enrayer la crise énergétique. En ce sens, le droit de l'énergie vise à rendre effectif l'accès universel à l'énergie. Par conséquent, les droits subjectifs de l'énergie devraient être établis en vue de concourir à chacune de ces finalités.

Sur le plan économique, toute personne dispose depuis la libéralisation des marchés de l'énergie, des droits de produire et de commercer de l'énergie. Ils sont constitués d'un droit de produire, d'acheter et de vendre de l'électricité et du biogaz, dans le cadre des lois et des règlements. Ces prérogatives sont renforcées par le droit d'accès aux réseaux qui bénéficie d'une valeur quasi-fondamentale²⁶⁰⁰. Par conséquent, cette prérogative implicite pourrait être affirmée solennellement afin de préciser les fondements du droit de l'énergie et renforcer sa lisibilité.

Sur le plan social, les débats parlementaires de la loi POPE ont souligné l'intérêt

²⁵⁹⁶ RJE 1995, p. 195 ; RFDA 1996, p. 197-239

²⁵⁹⁷ M. PRIEUR, "Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement", *préc.*

²⁵⁹⁸ E. MAULIN, "L'invention des principes", in S. CAUDAL (DIR.), *Les principes en Droit*, Economica, 2008, p.25

²⁵⁹⁹ P. BRUNET, "A quoi sert la "théorie des principes généraux du droit ?", in S. CAUDAL (DIR.), *Les principes en Droit*, *préc.*, p.176

²⁶⁰⁰ L. RICHER, "Droit d'accès et service public", *AJDA*, n°.2, 16/01/2006, p.73-79

Le code de l'énergie

fondamental du droit à l'énergie mais le code n'y fait étonnement pas référence. L'article L.100-1 dispose que la politique énergétique vise à « *garantir la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie* » tandis que l'article L.121-1 limite la référence au « *droit de tous à l'électricité* ». Dès lors, le droit à l'énergie pourrait intégrer le titre préliminaire du code consacré aux objectifs de la politique énergétique. De plus, la précarité énergétique figure dans la loi 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et pourrait compléter cette consécration. En effet, en reconnaissant cette qualification aux personnes consacrant au moins 10% du leur revenu dans les dépenses en énergie, la précarité constitue une base opératoire pour le droit à l'énergie et précise les missions assignées aux autorités normatives²⁶⁰¹. Enfin, une section du code s'intitule modestement « *autres dispositions relatives aux consommateurs* », dont le contenu se réfère au « *droit à une aide de la collectivité pour maintenir l'approvisionnement en énergie* » et aux obligations imposées aux fournisseurs en vue de protéger les consommateurs d'électricité et de gaz. Son contenu met en œuvre le droit à l'énergie, et par conséquent, l'intitulé pourrait se référer au droit à l'énergie afin de souligner l'attention législative à son égard.

Sur le plan environnemental, le droit à une énergie propre pourrait être défini comme la possibilité pour toute personne d'accéder à une énergie respectueuse de l'environnement. Il s'exercerait par le truchement du droit fondamental à un environnement sain et s'accompagnerait du droit à l'énergie renouvelable constitué de la liberté de produire de l'énergie renouvelable dans la limite d'une consommation domestique, du droit de consommer de l'énergie renouvelable, et du droit à l'information sur l'énergie. Cependant ces prérogatives demeurent implicites et pourraient être consacrées dans les objectifs de la politique énergétique, en complément des principes régissant le secteur de l'énergie.

La mention de ces droits subjectifs dans les articles préliminaires du code de l'énergie renforcerait la lisibilité des fondations du droit de l'énergie, et leur effectivité pourrait être renforcée par une affirmation des principes normatifs du droit de l'énergie

b) Les principes normatifs du droit de l'énergie

Le code de l'énergie bénéficie d'un titre sur « *les principes régissant les secteurs de l'énergie* » comprenant un ensemble de prescriptions sur l'indépendance des gestionnaires de réseaux, la séparation entre les activités de transport et les activités de production ou de fourniture, et un droit d'accès aux réseaux. La publication du code a contribué à leur renforcement par la transposition des troisièmes directives sur le marché intérieur de l'énergie. Cependant, ceux-ci se limitent au droit économique de l'énergie. Or, l'étude de la discipline met en exergue d'autres principes juridiques latents.

L'article 6 de la Charte de l'environnement dispose que « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat y reconnaissent un principe de conciliation²⁶⁰². Or, une procédure d'évaluation

²⁶⁰¹ Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, art. 4, *préc*

²⁶⁰² Cons. Const., déc. n°2005-514 du 28 avril 2005, *JO* n° 103 du 4 mai 2005 p.7702 ; Cons. Const., déc. n°2005-516-

constitue un préalable indispensable à toute conciliation. Dès lors, cette disposition pourrait également constituer le fondement constitutionnel d'un principe d'évaluation énergétique. En ce sens, le droit se caractérise par une multiplication des dispositifs d'évaluation sous la forme de bilans énergétiques dont l'abstraction conduit à y voir un principe d'évaluation énergétique. Le code de l'énergie pourrait rationaliser cet ensemble en intégrant dans le livre II relatif à la maîtrise de la demande d'énergie et le développement des énergies renouvelables, une disposition du type : « *les activités publiques et privées susceptibles d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie font l'objet d'un bilan énergétique préalable* ».

L'article 6 de la Charte de l'environnement est également appréhendé par la doctrine comme le fondement d'un principe d'intégration et pourrait constituer la base constitutionnelle d'un principe d'intégration énergétique, véritable clé de voute d'une réalisation effective des finalités droit de l'énergie²⁶⁰³. Celui-ci aurait pour objet d'irriguer l'ensemble des champs juridiques des finalités du droit de l'énergie. Par conséquent, ce principe constitutionnel pourrait bénéficier d'une transcription dans le code de l'énergie, au sein des principes régissant les secteurs de l'énergie dans une rédaction du type : « *afin de promouvoir un développement durable, les politiques publiques intègrent les finalités économiques, sociales et environnementales du droit de l'énergie* ».

Une mise en œuvre sectorielle peut être relevée dans l'article L.100-3 du code de l'énergie disposant que « *pour contribuer aux objectifs définis à l'article L.100-1, la fiscalité des énergies tient compte de l'incidence de leur utilisation sur la compétitivité de l'économie, la santé publique, l'environnement ainsi que la sécurité d'approvisionnement et vise, au regard de ces objectifs, à un traitement équilibré des différents types d'énergie. Elle tient compte, par ailleurs, de la nécessité de rendre les énergies renouvelables compétitives afin de favoriser leur développement* ».

L'inscription des principes normatifs dans le code de l'énergie s'avère donc essentielle tant pour structurer la discipline que pour en assurer l'effectivité. Cependant, leur mise en œuvre présente une limite intrinsèque liée au caractère équivoque de tout principe²⁶⁰⁴. Par conséquent, le code pourrait les préciser dans un dispositif opérationnel.

2) Un dispositif fonctionnel à instaurer

En dehors de l'article 6 de la Charte de l'environnement, les principes normatifs du droit de l'énergie manquent de dispositions visant à garantir leur fonctionnalité. Par conséquent, le code de

DC du 7 juillet 2005, *loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique* : CE, 17 mars 2010, n°314114, *Alsace Nature e.a.* ; CE, 16 avril 2010, n°320667, *Association Alcaly e.a.* ; CE, 14 avril 2008, *Féd. nationale des plages restaurants*, req. n°298810, *AJDA*, 2008, p.240, note J.M. PASTOR ; *Ann. Voirie*, 2008, n°126, p.14, note R.REZENTHEL ; CE, 10 oct. 2007, *AOMSL*, n°309286

²⁶⁰³ M. PRIEUR, "Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement", *Env.*, n°4, étude 5, avril 2005, p.7 ; M. PRIEUR, "Les nouveaux droits", *AJDA*, n°21, 06/06/2005, p.1157-1163 ; L. FONBAUSTIER, "Chronique de jurisprudence relative à la Charte de l'environnement", *Env.*, n°1, Chron. 1, janv. 2006 ; D. DEHARBE, "Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable", *Env.*, n°4, comm.34, avril 2005

²⁶⁰⁴ A. JEAMMAUD, "De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes", in S. CAUDAL (DIR.), *Les principes en Droit*, Economica, 2008 ; G. TUSSEAU, "Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporaine - Sur quelques écoles de définition des principes", in S. CAUDAL (DIR.), *Les principes en Droit, préc.*, p.75-112 ; R. GUASTINI, "Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique", in S. CAUDAL (DIR.), *Les principes en Droit, préc.*, p.113-126 ; G. BONNEL, *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, thèse droit, Limoges, 2005

l'énergie pourrait instaurer des règles assurant la mise en œuvre des principes d'évaluation (a) et d'intégration énergétiques (b).

a) Rendre commune l'évaluation énergétique

Le principe d'évaluation énergétique vise à soumettre à un bilan énergétique préalable les activités publiques et privées susceptibles d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie. La notion d'activité s'entend largement en incluant notamment les projets d'aménagements, d'ouvrages et de travaux, de mise sur le marché de biens et de services, de politiques publiques. Ce principe serait à l'origine d'une procédure itérative d'aide à la décision permettant d'optimiser des projets sur le plan énergétique, au regard des meilleures techniques disponibles. Alors que ce bilan devrait être intégré dans l'impact des projets de loi sur le fondement de l'article 6 de la Charte de l'environnement, les dispositions législatives et réglementaires pourraient figurer dans le livre II du code de l'énergie relatif à maîtrise de la demande d'énergie et au développement des énergies renouvelables. Le législateur pourrait préciser les grandes lignes en s'inspirant des législations étrangères novatrices sur le sujet²⁶⁰⁵.

En ce sens, le bilan énergétique pourrait comporter un rapport d'évaluation comprenant une description du projet, ses principales caractéristiques au regard critères de l'énergie propre ; une estimation du niveau de performance énergétique en comparaison avec des projets similaires particulièrement performants ; une présentation du système d'organisation mis en place pour contrôler, suivre et gérer l'utilisation de l'énergie ; des recommandations permettant d'améliorer le niveau de performance énergétique et de recourir aux énergies de substitutions ; un résumé non-technique sous la forme notamment d'indicateurs standardisés. Cette évaluation *ex ante* pourrait être complétée par une évaluation *ex post* constituée d'un suivi et le cas échéant de mesures correctrices. En vue de concourir à l'efficacité de la mesure, ce bilan pourrait être réalisé ou contrôlé par un organisme indépendant selon des critères fixés par le pouvoir réglementaire.

L'obligation d'évaluation reposerait sur le porteur de projet qui y recourrait en cas d'« *impact énergétique significatif* ». Cette qualification pourrait se fonder sur un régime juridique générique établissant une présomption simple d'impact énergétique significatif pouvant être renversée lorsque le pétitionnaire apporterait la preuve d'un « *impact énergétique négligeable* » de l'opération projetée. Ce système se fonderait donc sur des catégories juridiques alternatives, l'impact énergétique significatif étant présumé en l'absence de preuve du contraire²⁶⁰⁶.

Une condition d'efficacité des finalités du droit de l'énergie réside dans l'irrigation de celles-ci dans l'ensemble du droit positif. Par conséquent, les instruments juridiques pourraient être développés dans ce sens, en précisant les modalités du principe d'intégration énergétique.

b) Rendre opérationnelle l'intégration énergétique

Étant donné que l'énergie véhicule les activités humaines, elle devrait également irriguer le

²⁶⁰⁵ Algérie, loi n° 99-09 du 28 juillet 1999 relative à la maîtrise de l'énergie, 28/07/1999, art. 22 ; Tunisie, loi n° 2004-72 relative à la maîtrise de l'énergie, *Journal officiel de la République tunisienne* n° 63, 06/08/2004, p. 2231 à 2234

²⁶⁰⁶ Sur les catégories alternatives : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit, préc.*, p. 227 et s.

droit dans un principe d'intégration énergétique²⁶⁰⁷. Le relai constitutionnel conféré par l'article 6 de la Charte de l'environnement rend inopérant le principe d'indépendance des législations à son égard²⁶⁰⁸. Ce principe serait donc applicable tous les types de décisions publiques qui devraient intégrer systématiquement les finalités économiques, sociales et environnementales du droit de l'énergie. La systématisation de l'obligation tient à l'usage de l'impératif (« *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable* »), tandis que les champs économiques, sociaux et environnementaux de l'énergie résultent des précisions du constituant (« *A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* »). La mise en œuvre du principe d'intégration énergétique se matérialiserait dans des domaines aussi variés que la planification urbaine, la politique du logement, les transports...

L'effectivité de l'intégration serait contrôlée par les juges administratif et constitutionnel. Pour faciliter cette œuvre, les modalités d'exécution de l'intégration pourraient être précisées dans le livre II du code de l'énergie relatif à maîtrise de la demande d'énergie et au développement des énergies renouvelables, suite à l'affirmation du principe. Elles pourraient se traduire dans un principe de motivation des actes administratifs au regard des finalités du droit de l'énergie, dont les modalités sont développées dans le chapitre consacré à l'intégration de la règle énergétique.

Le principe d'intégration énergétique révèle un nécessaire dialogue entre les législations, et donc la nécessité de préciser la méthode d'interaction entre les différents codes.

B. Les carences dans l'articulation des codes

La question de l'articulation des codes revient à s'interroger sur la manière de concilier l'unité du droit avec le découpage de celui-ci en codes. La réponse de principe consiste à classer les dispositions de chaque champ juridique dans leur code respectif. Cependant, une application stricte du principe présenterait l'inconvénient d'une césure abrupte qui aurait pour effet contre-productif d'obscurcir la lisibilité du droit, une activité étant généralement régie par plusieurs champs juridiques.

Cette problématique invite à s'interroger sur les modalités du dialogue internormatif, dont les codes constituent le support d'excellence. En ce sens, la circulaire relative à la codification des textes législatifs et réglementaires opère une distinction entre les dispositions « *pilotes* » et « *suiveuses* »²⁶⁰⁹. Pour reprendre l'expression d'Elisabeth Cata « *le code pilote est en quelque sorte le propriétaire du texte, il le codifie et l'abroge ; le code suiveur ne peut qu'utiliser le texte - le louer... - en le reproduisant pour maintenir le sens de son propre projet.* »²⁶¹⁰. L'objectif de la méthode est d'offrir au lecteur une vision complète du droit applicable à l'objet d'étude²⁶¹¹. En ce sens, le code de l'énergie se présente tantôt comme un « *code pilote* » (1), tantôt comme un « *code suiveur* » (2). L'expression code pilote se réfère tant aux dispositions pilotes, expressément reprises

²⁶⁰⁷ L. FONBAUSTIER, *La souveraineté au défi de la dépendance énergétique*, Les défis énergétiques à la lumière du droit international au 21^e siècle, Université Jean Moulin, Lyon 3, 09/12/2010

²⁶⁰⁸ A. BOURREL, "Contribution à l'étude du principe de l'indépendance des législations en droit administratif français", *RJEP*, n° 626, 1 déc. 2005, p.455-472

²⁶⁰⁹ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 1.1.8. et 2.3.

²⁶¹⁰ E. CATTA, "Les techniques de codification : de la cire au silicium...", *préc.*

²⁶¹¹ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quinzième rapport annuel 2004, préc.*, p. 20

dans d'autres codes, qu'aux dispositions faisant l'objet d'un simple renvoi. Le raisonnement inverse s'applique à l'expression de code suiveur.

1) Le code pilote de l'énergie

Le recours à la technique du code pilote aboutit à un double constat. D'une part, elle constitue un instrument au service de l'intégration énergétique (a). D'autre part, elle contribue à rationaliser le droit (b).

a) Un instrument au service de l'intégration énergétique

La pratique du code pilote et du code suiveur fut imaginée pour permettre à l'utilisateur de trouver dans un seul code, les articles relatifs à un même objet. Cette méthode revêt une symbolique forte puisqu'elle confère une autorité du code pilote sur le code suiveur²⁶¹². Elle est mise en œuvre dans les articles L.241-1, L.241-2 et L.241-9 du code de l'énergie relatifs aux installations de chauffages et de climatisation, repris dans les articles L.131-1, L.131-2 et L.131-3 du code de la construction et de l'habitation.

Cette technique pourrait être mise au service de l'intégration énergétique, l'effectivité de ce principe étant conditionnée par sa reprise dans l'ensemble des champs juridiques. Le code de l'énergie établirait ainsi le réceptacle des instruments de mise en œuvre du principe d'intégration énergétique. Le bilan énergétique constituerait la base de mécanismes plus généraux comme le bilan de gaz à effet de serre ou l'analyse de cycle de vie, par un renvoi du code de l'environnement vers les dispositions de référence du code de l'énergie. Les certificats d'économie d'énergie pourraient être imposés à certaines catégories de projets en vue de compenser leur impact énergétique. Les certificats verts seraient quant à eux être intégrés dans des certifications environnementales, afin de garantir l'origine renouvelable de l'énergie utilisée pour la confection d'un bien ou d'un service.

Le dispositif du code pilote peut également être appréhendé comme un instrument de rationalisation du droit.

b) Un instrument de rationalisation du droit

Les dispositions pilotes du code de l'énergie assurent un rôle essentiel dans la réalisation de l'intégration énergétique par une reprise des finalités du droit de l'énergie dans les différents codes. Cependant, peu de dispositions du code de l'énergie assurent actuellement un rôle pilote, la tendance à la dissémination de bilans énergétiques propres à chaque code illustrant ce phénomène.

Pourtant le recours aux dispositions pilotes du code de l'énergie permettrait de rationaliser le droit. En effet, cette technique conduit à inclure les dispositions propres à chaque champ juridique dans leurs codes respectifs, tandis qu'elles peuvent être reprises par d'autres codes sous la forme de renvois. Un exemple peut être tiré de l'article L.2135-1 du code des transports qui prévoit que l'assermentation des agents de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires est réalisée conformément au régime applicable aux agents de la CRE. Cette technique contribue à l'établissement de règles génériques, permet de réduire les régimes d'exception et par conséquent le

²⁶¹² B.G. MATTARELLA, "La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine", *préc.*

Une fonction de révéléateur

nombre de dispositions normatives. Un recours régulier au code pilote de l'énergie pourrait donc faire émerger un droit de principes.

A l'inverse, le code de l'énergie contient de nombreux renvois aux dispositions de codes extérieurs, agissant ainsi comme un code suiveur.

2) Le code suiveur de l'énergie

Le code de l'énergie doit se référer au droit applicable à l'énergie pour disposer d'une vision complète de l'objet d'étude. Le codificateur a clairement saisi les enjeux de cet intérêt en recourant à de multiples renvois dans divers codes. Le résultat se traduit par un renvoi simple pour l'accessibilité du droit (a) mais pourrait exceptionnellement se manifester dans des dispositions suiveuses pour l'intelligibilité du droit (b).

a) Le principe du renvoi pour l'accessibilité du droit

La technique du renvoi simple est devenue le principe en vue de concilier l'accessibilité du droit et sa concision²⁶¹³. Cette technique se justifie particulièrement pour le secteur énergétique régi par une diversité de champs juridiques et s'applique relativement à l'ADEME ; la performance énergétique dans l'habitat ; les mesures particulières aux véhicules ; la production d'électricité d'origine nucléaire ; la recherche et l'exploitation de gîtes contenant du gaz naturel ; les concessions de stockage souterrain de gaz naturel ; les normes environnementales applicables aux ouvrages hydrauliques ; la recherche, l'exploitation, les travaux d'exploration et d'exploitation des gîtes contenant du pétrole ; la construction de canalisations d'hydrocarbures, la déclaration d'utilité publique d'une canalisation de transport d'hydrocarbures et à l'établissement de servitudes ; les règles techniques et de sécurité applicables aux installations pétrolières ; et le stockage de chaleur²⁶¹⁴.

Cependant, les plus nombreuses références concernent les dispositions répressives. Celles-ci présentent une originalité puisque si le code de l'énergie opère de nombreux renvois vers le code pénal pour préciser les peines applicables et leurs modalités, il comprend également de multiples dispositions répressives. La situation s'avère étonnante au regard de la classification finaliste des codes, ceux-ci ayant vocation à ne recevoir que leur champ juridique de référence. L'inclusion trouve sa justification dans la volonté d'inclure la sanction suite à la prescription, pour renforcer son accessibilité et son effet préventif. Le droit pénal se présente donc comme un « *visiteur naturel* » des codes et conduit à distinguer un droit pénal de l'énergie inscrit dans le code de l'énergie, d'un droit pénal applicable à l'énergie figurant dans le code pénal.

²⁶¹³ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quinzième rapport annuel 2004, préc.*, p. 20 ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006, préc.*, p. 10

²⁶¹⁴ C. énerg., art. L.211-1 (concernant l'ADEME), L.231-3 à 4 (performance énergétique dans l'habitat), L.251-1 à 2 (mesures particulières aux véhicules), L.313-1 et 2 (production d'électricité d'origine nucléaire), L.411-1 (recherche et l'exploitation de gîtes contenant du gaz naturel), L.421-1 (concessions de stockage souterrain de gaz naturel), L.531-1 (normes environnementales applicables aux ouvrages hydrauliques), L.621-1 (recherche et d'exploitation et aux travaux d'exploration et d'exploitation, de gîtes contenant du pétrole), L.632-1 (la construction de canalisations d'hydrocarbures, la déclaration d'utilité publique d'une canalisation de transport d'hydrocarbures et à l'établissement de servitudes), L.641-1 (règles techniques et de sécurité applicables aux installations pétrolières), L.731-1 (stockage de chaleur)

Outre ces renvois simples, le code de l'énergie pourrait exceptionnellement recevoir des dispositions suiveuses pour l'intelligibilité du droit.

b) L'exception des dispositions suiveuses pour l'intelligibilité du droit

La circulaire de 1996 précise que la technique des dispositions suiveuses « *doit être limitée au strict nécessaire pour éviter le risque d'enchevêtrement de codes* »²⁶¹⁵. Elle consiste à reprendre la disposition pilote *in extenso*, la modification de la disposition suiveuse étant automatique dès lors que le texte de codification d'origine le prévoit²⁶¹⁶. En 1996, ces reproductions atteignaient près de 11% du volume total des textes codifiés, conduisant à un alourdissement et au risque d'interprétation délicate en cas d'abrogation, de reprise, de transfert ou d'éclatement des premières²⁶¹⁷. Par conséquent, le code de l'énergie ne semble pas y recourir.

Néanmoins, cette technique peut s'avérer utile lorsque la reproduction est indispensable à la compréhension d'un régime juridique ou lorsqu'elle revêt une importance particulière, vingt à trente dispositions suiveuses par code constituant un bon équilibre, selon le président Braibant²⁶¹⁸. L'absence du Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives dans le code de l'énergie handicape l'intelligibilité de la discipline. En effet, il constitue un établissement à caractère scientifique, technique et industriel essentiel du secteur énergétique, notamment depuis son ouverture aux énergies alternatives. Par conséquent, les articles L.132-1 à 7 du code de la recherche relatifs au CEA pourraient intégrer le chapitre du code de l'énergie sur l'organisation de la recherche en matière d'énergie, sous la forme de dispositions suiveuses pour remédier à cette carence.

L'intelligibilité devrait également s'entendre comme la possibilité de contextualiser les moyens juridiques. Or, le code de l'énergie se caractérise par un livre consacré à la maîtrise de la demande d'énergie et au développement des énergies renouvelables qui expose une série d'instruments sans mise en perspective. En ce sens, peut-être serait-il souhaitable d'inscrire les objectifs du droit de l'énergie tels que celui de porter la part des énergies renouvelables à au moins 23% de la consommation d'énergie finale, dans le titre préliminaire du livre I concernant les objectifs de la politique énergétique²⁶¹⁹. En cette absence, Julien Mary se demande si le code répond bien à l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi²⁶²⁰.

Le code de l'énergie permet donc de révéler les carences du droit de l'énergie et dispose de techniques permettant d'y remédier partiellement. En complément, il clarifie la matière en agissant

²⁶¹⁵ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 2.3.

²⁶¹⁶ SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT et CONSEIL D'ETAT, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, La documentation française, 2è. éd., 2007, pt. 1.4.2

²⁶¹⁷ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Premier rapport annuel 1989, préc.* ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quinzième rapport annuel 2004*, p. 20 ; R. DRAGO, "La codification en droit administratif français et comparé", *Droits*, n°24, 1996, p.97 ; S. GUY, "De la codification", *LPA*, n°31, 12/03/1997, p.11 ; H. MOYSAN, "La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation", *préc.* ;

²⁶¹⁸ G. BRAIBANT, "Codifier : pourquoi ? Comment ?", *préc.*, p. 140

²⁶¹⁹ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *préc.*, art. 3 ; transposé par la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 2 et 19

²⁶²⁰ J. MARY, "Code de l'énergie : un ouvrage incomplet aux enjeux choisis", *Droit de l'env.*, n°190, mai 2011, p. 157-159

comme un révéléteur des enjeux du droit de l'énergie.

II. Un révéléteur des enjeux

Le code de l'énergie constitue plus qu'une simple évolution formelle : il révèle des enjeux à la fois juridiques (A) et extra-juridiques (B).

A. Des enjeux juridiques

Les enjeux juridiques liés à la codification sont mis en exergue par des impacts en termes de consolidation (1) et d'émancipation du droit de l'énergie (2).

1) Une consolidation du droit de l'énergie

La codification constituait initialement un instrument d'unification du pouvoir et de l'État. Elle est désormais promue comme un remède aux vicissitudes du droit contemporain, par sa recherche d'effectivité (a) et sa contribution à la sécurité juridique (b)²⁶²¹.

a) L'effectivité juridique

Le code de l'énergie rend la norme accessible et intelligible en facilitant son accès au citoyen, assurant ainsi un rôle préventif à sa violation. En effet, une loi mieux connue, au moins dans ses grandes lignes, a pour effet d'être plus spontanément respectée²⁶²². La codification du droit de l'énergie est également profitable au juge, parce qu'elle lui assure la certitude et la cohérence du droit applicable au cas d'espèce. Selon Bernardo Giorgio Mattarella : « *pour le juge, un code ne se présente pas comme une loi ordinaire, mais comme un acte de durée supérieure, comme un réceptacle de principes généraux, et non pas seulement de règles analytiques, et comme un instrument assez élastique pour résoudre les cas non prévus par le législateur* ». En consolidant le droit de l'énergie, le code concourt à l'état de droit, où la fonction juridictionnelle y joue un rôle fondamental²⁶²³. Il facilite également l'activité normative qui bénéficie d'une légitimité renforcée pour régler les comportements et influencer l'évolution de la société²⁶²⁴.

Cependant, cet enthousiasme doit d'être tempéré par le fait que la codification n'est pas associée à la réforme et à la modernisation du droit dans les États de droit coutumier, où elle suscite davantage le scepticisme voire l'hostilité²⁶²⁵. L'histoire abonde d'exemples où la règle de droit est demeurée ineffective car imposée aux populations²⁶²⁶. Dès lors, le code doit être adapté dans sa

²⁶²¹ C. BERGEAL, "Apports et limites de la codification à la clarté de la loi : les enseignements de la pratique française", *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, juin 2008

²⁶²² P. ALBERTINI, "La codification et le Parlement", *préc.*

²⁶²³ S. LAMOUREUX, "La codification ou la démocratisation du droit", *préc.*

²⁶²⁴ M. PRIEUR, "Pourquoi une codification ?", *RJE*, n°.spécial, 2002, p.9-14

²⁶²⁵ B. OPPETIT, "L'avenir de la codification", *Droits*, n°.24, 1996, p.77 ; A. TOURAINÉ, *Critique de la modernité*, Fayard, 1992, p. 23-50

²⁶²⁶ Tel fut le cas des codes japonais de la fin du XIX, inspirés du modèle occidental, du code civil soudanais et des nouveaux codes vietnamiens: R. SACCO, *La codification, forme dépassée de législation*, Rapport italien in XI^e Congrès international de droit comparé, Caracas, 1982, p. 71 ; P. BÉZARD, "L'élaboration de la nouvelle codification vietnamienne", *Histoire de la codification au juridique Vietnam*, Faculté de droit de Montpellier, Temps et Droit, 2001, p.379 et s.; R. CABRILLAC, *Les codifications, préc.*, p. 285-286 ; D. SOURDEL, "droit musulman et codification", *Droits*, n°.26, 1998, p.33-50 ; J. LAFON, "L'Empire ottoman et les codes occidentaux", *Droits*, n°.26, 1998, p.51-70

forme aux aspirations sociales. Des exemples témoignent également du rôle essentiel de la doctrine juridique dans son élaboration, puisque celle-ci sera par la suite chargée d'en assurer l'étude, et l'accès aux praticiens et aux justiciables²⁶²⁷. L'absence de doctrine éclairée peut à l'inverse paralyser la mise en œuvre du code. Or, force est de constater que si la transposition des dernières directives sur le marché intérieur de l'énergie a été « *réalisée en étroite collaboration avec les services de la Commission de régulation de l'énergie* », le code n'a quant à lui pas bénéficié d'une concertation doctrinale²⁶²⁸.

A l'inverse, le code de l'environnement fut élaboré dès 1989 en collaboration avec les universitaires, aboutissant à un rapport de synthèse remis au ministre de l'environnement en mai 1991²⁶²⁹. La phase officielle de préparation de la partie législative du code se déroula jusqu'en 1996, grâce au travail conjugué d'une mission juridique du ministère de l'environnement chargée de rassembler les textes existants et d'une commission d'expertise composée de juristes universitaires et de praticiens présidée par Gilles Martin, en vue de discuter et préparer le plan du code²⁶³⁰. La Commission supérieure de codification était ensuite chargée d'amender et d'approuver le plan et le code.

Malgré le déficit d'implication doctrinale, l'effectivité devrait néanmoins s'affirmer pour le code de l'énergie qui se situe entre la tradition et la modernité, en conservant un contenu historique tout en simplifiant l'enveloppe pour le rendre accessible. L'effectivité du droit de l'énergie devrait progressivement se renforcer, au fur et à mesure qu'il acquerra ses lettres de noblesse, celle-ci se manifestant notamment dans une sécurité juridique renforcée.

b) La sécurité juridique

L'insécurité juridique trouve sa source dans l'imprévisibilité de la loi, l'illisibilité de la norme, et l'instabilité des situations juridiques²⁶³¹. La codification constitue aux yeux de Max Weber, un instrument de rationalisation du droit contribuant à l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* »²⁶³². Elle provoque une insécurité juridique à court terme par la désorganisation de l'ordonnancement juridique qu'elle induit²⁶³³. Celle-ci est amplifiée par la publication décalée de la partie réglementaire du code.

Mais passée cette phase d'apprentissage, elle devient « *une thérapie à la complexité, la maladresse ou l'ancienneté des dispositions législatives* », le Conseil constitutionnel précisant

²⁶²⁷ J. GAUDEMET, "L'élaboration de la règle de droit et les données sociologiques", *Sociologie historique du droit*, PUF, 2000, p.79-91

²⁶²⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, *JORF*, n°108 du 10 mai 2011

²⁶²⁹ M. PRIEUR, *Réflexions préliminaires sur l'éventualité d'une codification du droit de l'environnement*, SFDE, 1991

²⁶³⁰ M. PRIEUR, "Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement", *préc.* ; décret no 92-432 du 12 mai 1992 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'environnement, *JORF* n°112 du 14 mai 1992 p. 6555

²⁶³¹ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, n°57, Études et documents, Paris, la documentation française, mars 2006, p. 229

²⁶³² P. MALAURIE, "Peut-on définir la codification? Éléments communs et éléments divers", *RFAP*, n°82, avril-juin 1997, p.181 ; circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, propos liminaires ; D. DE BÉCHILLON, "L'imaginaire d'un code", *Droits*, n° 27, 1998, p.175

²⁶³³ H. MOYSAN, "La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation", *préc.*

Une fonction de révélateur

qu'elle répond au souci de rendre le droit « *plus accessible à ses utilisateurs en regroupant dans des blocs homogènes des dispositions jusque-là éparses* »²⁶³⁴. En rendant la norme accessible, elle contient une inflation normative devenue paralysante²⁶³⁵. Celle-ci n'est pas en soit condamnable, mais elle le devient lorsque l'excès de règles par rapport aux exigences sociétales porte atteinte à la certitude du droit, et donc à la connaissance de ce dernier²⁶³⁶. Selon Savigny : « *la codification immobilise le droit* », pour Denys de Béchillon, elle « *aplatit le temps* »²⁶³⁷. En réalité, ces qualificatifs s'appliquent surtout aux textes bénéficiant d'une rédaction soignée, Jean Foyer précisant que « *l'expérience démontra que le Parlement amende très peu les textes qui ont d'emblée la perfection technique et rédactionnelle* »²⁶³⁸. Ainsi, le code de l'énergie n'interdit pas de légiférer, mais incite à le faire dans un cadre cohérent. Par conséquent, il constitue plutôt un remède aux conséquences de l'inflation qu'une élimination de ses causes²⁶³⁹.

L'appréhension du code comme un instrument de reconstruction du droit de l'énergie se fonde également sur la cohérence et l'unité qu'il apporte²⁶⁴⁰. La codification contribue à la constance parce que le code recompose le droit de l'énergie qui devient accessible et donc pleinement applicable, car cohérent dans l'espace et dans le temps, induisant une exigence de continuité et d'équilibre. Il concourt à l'unification et à la systématisation²⁶⁴¹. Ce symbole d'unité clôt l'espace juridique, prévenant en cela l'éclatement. La codification du droit de l'énergie contribue également à la sécurité juridique en recensant le droit positif, et en supprimant l'incertitude des textes qui n'auraient pas été abrogés²⁶⁴².

Néanmoins, cet élan vers la sécurité juridique demeure conditionné en amont par l'édiction d'un code adapté aux interventions législatives européennes. L'autorité normative est en aval conviée à privilégier la modification des textes, plutôt que de multiplier les normes nouvelles²⁶⁴³.

Au final, la codification ne prétend nullement être un remède à tous les maux du droit de

²⁶³⁴ Cons. Const., décision n° 2007-561 du 17 janv. 2008 ; v. également Décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, *loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, préc.; A. LIENHARD, "Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau code de commerce)", *D.*, 2000, p.521 ; B. MATHIEU, *La loi*, Dalloz, 1996

²⁶³⁵ J. CHIRAC, "Message", *Doc. AN*, n°283, 19/05/1995 ; "M. Balladur a réitéré son appréciation au Sénat pour saluer le travail de la Commission supérieure de codification", *JO Sénat CR*, 17/11/1994 ; R. NOGUELLOU, "Les incessantes évolutions du droit de l'urbanisme", *DA*, n°5, alerte 31, mai 2009

²⁶³⁶ B.G. MATTARELLA, "La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine", *préc.* ; P. ALBERTINI, "La codification et le Parlement", *préc.* ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Douzième rapport annuel 2001*, *préc.*, p. 11; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Treizième rapport annuel 2002*, *préc.*, p. 10

²⁶³⁷ SAVIGNY cité dans E. THALLER, *Rapport préliminaire sur la question de la révision du Code civil*, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1904, p. 497 ; D. DE BÉCHILLON, "L'imaginaire d'un code", *Droits*, n°27, 1998, p.177

²⁶³⁸ J. FOYER, "Le code après le code - La réforme du code civil sous la Vè République", in B. BEIGNIER (DIR.), *La Codification*, Dalloz, 1996, p.65

²⁶³⁹ G. BRAIBANT, "Codifier : pourquoi ? Comment ?", *préc.*

²⁶⁴⁰ J. BIGNON et F. SAUVADET, *L'insoutenable application de la loi*, n°2172, AN, 1995

²⁶⁴¹ B. OPPETIT, "Portalis philosophe", *D.*, 1995, p.331 ; B. OPPETIT, "L'avenir de la codification", *Droits*, n°24, 1996, p.73 ; E. CATTÀ, "Les techniques de codification : de la cire au silicium...", *préc.*; J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, janv. 2009

²⁶⁴² D. DE BÉCHILLON, "L'imaginaire d'un code", *préc.*

²⁶⁴³ A. LIENHARD, "Incidence juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau code de commerce)", *préc.*

l'énergie. Elle constitue un moyen parmi d'autres de concourir à la sécurité juridique et ne constitue pas une fin en soi. Cependant, la lisibilité qu'elle confère peut à son tour contribuer à l'émancipation du droit de l'énergie.

2) Une émancipation du droit de l'énergie

L'adoption du code de l'énergie provoque une rupture en autonomisant un champ juridique (a) et en initiant un corps nouveau de doctrine (b).

a) L'autonomie d'un champ juridique

Une norme n'a pas de sens prise isolément, elle est liée à d'autres qui lui sont supérieures ou inférieures et avec lesquelles elle forme un tout structuré, un système complémentaire à la somme des parties qui la composent²⁶⁴⁴. Hans Kelsen a clairement démontré que le code constitue le corps de référence d'un ensemble normatif, formant un objet complexe dans lequel les normes entretiennent une relation d'interdépendance²⁶⁴⁵. Pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier : « la codification est plus qu'un multiple de la loi : il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire »²⁶⁴⁶. Le code renvoie à l'idée de grands ensembles juridiques, couvrant la plénitude du droit, découpé en tranches thématiques²⁶⁴⁷. Le code se distingue de la loi ordinaire parce qu'il s'établit solidement comme la source essentielle d'une matière, il symbolise l'unité, voire l'intemporalité²⁶⁴⁸. Les écrits relatifs à la codification convergent globalement dans l'affirmation selon laquelle le code consacre l'autonomie d'une discipline : il produit un effet de rupture, de cristallisation, de complétude²⁶⁴⁹.

Jeremy Bentham souligne que le code est à la fois un système et une histoire²⁶⁵⁰. Par conséquent, il est étonnant que le code de l'énergie n'ait pas vu le jour plus précocement, malgré les multiples habilitations législatives. La raison pourrait trouver sa source dans l'absence de maturité suffisante ou dans une compréhension limitée de l'énergie²⁶⁵¹. Telle est la position du président Labetoulle qui considère qu'en cas de manque de maturité du *corpus*, il est préférable de remettre l'élaboration du code à plus tard²⁶⁵². Toujours est-il que la Commission supérieure de codification reconnaît le droit de l'énergie comme un véritable champ du droit, justifiant l'ampleur du travail de codification²⁶⁵³.

²⁶⁴⁴ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Editions Odile Jacob, fév. 1997, p. 244

²⁶⁴⁵ M. BOULET-SAUTEL, "L'exégèse, la glose et leurs corps de référence", *Droits*, n° 24, 1996, p.17-30

²⁶⁴⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil - Introduction, préc.*, p. 199

²⁶⁴⁷ G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *préc.*, p.62

²⁶⁴⁸ D. DE BÉCHILLON, "L'imaginaire d'un code", *préc.*, p.175 ; B. OPPETIT, "De la codification", *préc.*, p.33 ; B.G. MATTARELLA, "La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine", *préc.*

²⁶⁴⁹ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006, préc.*, p. 10 ; Y. ROBINEAU et G. BRAIBANT, "Rapport d'activité 1993 de la Commission supérieure de codification", *RFDA*, 1994, p.686 ; R. CABRILLAC, *Les codifications, préc.*, p. 90 et 150

²⁶⁵⁰ E. LERMINIER, *Philosophie du droit*, Guillaumin, 3è. éd. Paris, 1853, p. 447

²⁶⁵¹ H. DELZANGLES, "La codification du droit de la commande publique est possible : les enseignements du droit espagnol", *DA*, avril 2009, étude 8

²⁶⁵² D. LABETOULLE, "Quel avenir pour les codes à la française ? ", in COMMISSION SUPERIEURE DE CODIFICATION, *Vingt et unième rapport annuel 2010, 2011, annexe 18, p.58 et s.*

²⁶⁵³ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quinzième rapport annuel 2004, préc.*, p. 58

Mais si le code de l'énergie confère une autorité au droit de l'énergie, la question porte sur le rang de celle-ci. Selon président Braibant, le processus de codification devrait aboutir à une soixantaine de codes, conduisant à une soixantaine de champs juridiques, en sus des champs non-codifiés. Quelle sera la place du droit de l'énergie au sein de cet ensemble ? A terme, certainement prépondérante, du fait de l'importance de son objet. Elle le sera *a fortiori*, lorsque ses principes seront affirmés avec davantage de vigueur²⁶⁵⁴. Cependant, cette autorité ne peut être que relative, puisque le code s'insère plus largement dans l'unité du droit²⁶⁵⁵.

La révélation disciplinaire induite par le code de l'énergie devrait se prolonger dans la consécration d'une doctrine particulière.

b) La consécration doctrinale

Une doctrine propre au droit de l'énergie émerge. Elle dispose désormais de son code, support de référence²⁶⁵⁶. Légitimée par celui-ci, elle pourra à son tour concourir à la qualité de ce dernier²⁶⁵⁷. En effet, selon Yves Robineau : « *c'est donc à la doctrine que reviendra encore longtemps la responsabilité d'en dégager les lignes de force et la cohérence globale* »²⁶⁵⁸. Mais alors que le code de l'énergie constitue un ensemble homogène, tel n'est pas encore le cas de cette dernière, dont la diversité de ses interlocuteurs a pour corollaire la variété de ses courants de pensées. Cette caractéristique justifie la création de laboratoires et de revues propres à ce champ juridique, afin d'étudier sa substance et concourir, à son amélioration.

Selon Jacques Le Rider : « *un bon code est le produit d'une tradition juridique, incarnée par une communauté de juriste parlant au nom de la société civile* »²⁶⁵⁹. La doctrine du droit de l'énergie devra former les générations actuelles et futures conformément à la pensée scientifique selon laquelle : « *le maître éveillera ainsi dans ses élèves la même force créatrice et les incitera à la reproduire* »²⁶⁶⁰.

Bien que constituant l'objet d'étude privilégié de la communauté juridique, le code de l'énergie la transcende par des considérations qui lui sont extérieures.

B. Des enjeux extra-juridiques

Gabriel Tarde écrivait : « *le droit est de tous les domaines de la vie sociale celui où la spéculation philosophique s'est le moins exercée de nos jours. Elle s'est donnée carrière en politique, en morale, en esthétique, en économie politique ; mais les codes lui ont fait peur, elle a*

²⁶⁵⁴ D. FENOUILLET et F. LABARTHE, *Faut-il recodifier le droit de la consommation?*, *Economica*, sept. 2002, 17-84

²⁶⁵⁵ D. DE BÉCHILLON, *Y-a-t-il une autonomie du droit de l'énergie?*, Colloque de l'AFDEN : Quel(s) droit(s) pour l'énergie?, 2008

²⁶⁵⁶ J. GAUDEMET, *Les naissances du droit - le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Domat, 3è. éd., 2001, p. 183 et s.

²⁶⁵⁷ C. MALECKI, "La doctrine et le Code de commerce: entre émancipation et reconnaissance", in P. LE CANNU (DIR.), *D'un Code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, LGDJ, 2008, p.63-78

²⁶⁵⁸ Y. ROBINEAU, "Droit administratif et codification", *préc.*

²⁶⁵⁹ J. LE RIDER, "La codification, objet de controverse Thibaut - Savigny", in G. KAMECKE et J. KE RIDER (DIR.), *La codification - perspectives transdisciplinaires*, 2007, p.163

²⁶⁶⁰ Savigny cité dans A. DUFOUR, "Théorie et pratique de la recherche et de l'enseignement. La conception de l'université de Savigny", *Droits*, n°.20, 1995, p. 48

laissé le droit aux juristes... y aurait-il entre l'esprit juridique et l'esprit philosophique quelque incompatibilité de nature ? »²⁶⁶¹. Ce jugement demeure, un siècle plus tard. Pourtant, le droit, et plus spécifiquement la codification, sont susceptibles de produire des effets extra-juridiques insoupçonnés²⁶⁶². Cette hypothèse plaide pour que l'étude du droit comporte « implicitement l'obligation pour les juristes d'avoir une philosophie »²⁶⁶³. Celle-ci porterait sur les enjeux sociaux (1) et politiques du code de l'énergie (2).

1) Des enjeux sociaux

Les premiers effets conférés par le code de l'énergie relèvent de la praticité : un code au service des usagers (a). Les seconds sont latents par une éducation de la Nation à l'énergie (b).

a) Un code au service des usagers

Selon Denys de Béchillon, le code constitue « une figure de démocratie parfaite » en permettant « aux citoyens, aux élus, aux fonctionnaires, aux entreprises de mieux connaître leurs droits et obligations »²⁶⁶⁴. Ces louanges trouvent leur source dans l'incontestable avantage d'assurer une présentation cohérente, articulée, et hiérarchisée de l'ensemble des textes qui régissent une matière déterminée : « du magistrat au simple citoyen, chacun y trouve avantage »²⁶⁶⁵.

En contribuant au « pari » qu'est devenue l'accessibilité du droit au plus grand nombre, le code de l'énergie se présente comme un remède partiel à la complexité et contribue à une société de la connaissance du droit²⁶⁶⁶. Sa fonction sociale est patente, car ce sont les plus démunis, les plus vulnérables qui souffrent d'abord de l'inégal accès au droit et à la justice²⁶⁶⁷. Il constitue une solution partielle au « mépris des lois qui est une maladie du corps social »²⁶⁶⁸. Cet apport est renforcé par la numérotation décimale qui offre un meilleur classement du contenu, et par un recours aux outils numériques tels que legifrance²⁶⁶⁹. Il contribue à la protection des droits des citoyens, en concourant à leur certitude et en réduisant l'arbitraire, négation d'un État de droit dont l'origine peut provenir tant de personnes publiques que privées²⁶⁷⁰.

Outre cet impact immédiat, le code de l'énergie devrait indirectement faciliter l'accès au

²⁶⁶¹ G. TARDE, *Les transformations du droit*, Alcan, 1893, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54570208>

²⁶⁶² L. FONBAUSTIER, "Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit", *RFDA*, 2004, p.1053

²⁶⁶³ P. CUCHE, *En lisant les juristes philosophes*, J. de Gigord, Paris, 1919, p. 19

²⁶⁶⁴ D. DE BÉCHILLON, "L'imaginaire d'un code", *préc.*, p.179

²⁶⁶⁵ J.-J. ROUSSEAU, "Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée", *Oeuvres complètes*, La Pléiade, t. III, 1987, p.951 et s. ; COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Quinzième rapport annuel 2004, préc.*, p. 24 ; M. ROCARD, "Texte d'élocution prononcé lors de l'installation de la Commission supérieure de codification", *RFDA*, 1990, p.303

²⁶⁶⁶ G. BRAIBANT, "Actualité de la codification", *AJDA*, 1997, p.639 ; E. CATTA, "Les techniques de codification : de la cire au silicium...", *préc.*

²⁶⁶⁷ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit*, Flammarion, 1996, p. 111

²⁶⁶⁸ C. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1976, p. 173

²⁶⁶⁹ P. REIGNÉ, *La numérotation dans la codification*, La documentation française, juill. 1999 ; P. REIGNÉ, "Remarques sur la numérotation des articles dans la codification", *RFAP*, n°82, avril-juin 1997, p.283-290 ; E. CATTA, "Utilisation de l'outil informatique ; l'exemple du code général des collectivités territoriales", *RFAP*, n°82, avril-juin 1997, p.283-290

²⁶⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turin, 1992, p. 20 et s.

Une fonction de révéléteur

droit par une harmonisation du langage²⁶⁷¹. En effet, la durée des codes confère une stabilisation sémiotique de la discipline, limitant les doutes et les équivoques²⁶⁷². Dans son rapport public de 1991, le Conseil d'État évoque le sort « *de ceux qui auront les moyens de s'offrir les services d'experts pour détourner les subtilités de la loi à leur profit et des autres, les éternels égarés du labyrinthe juridique, laissés pour compte de l'État de droit* »²⁶⁷³. Cette situation s'applique au droit à l'énergie. En effet, son accès renforcé confère une protection citoyenne tant à l'égard des opérateurs que de l'administration²⁶⁷⁴. En ce sens, le code de l'énergie conduit à l'égalité en tant que facteur de simplification des prédicats juridiques²⁶⁷⁵.

La doctrine pourrait contribuer au service de l'utilisateur en s'inspirant du projet *Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers* initié par l'Université toulousaine avec le concours de *La Semaine sociale Lamy*²⁶⁷⁶. Celui-ci consistait à réaliser une « *enquête de satisfaction* » auprès des utilisateurs avertis du code, afin d'en révéler la cohérence rédactionnelle, l'harmonie de l'état du droit et remédier aux éventuelles erreurs²⁶⁷⁷.

Outre le service social rendu aux usagers, la sécurité juridique conférée par le code de l'énergie est également porteuse d'efficacité économique, le président Braibant observant que l'illisibilité du droit induite par l'enchevêtrement des textes peut constituer une cause de délocalisation et des choix d'investissement à l'étranger²⁶⁷⁸. A l'inverse, en remédiant à ces imperfections, la codification constituerait un « *facteur de croissance économique* », favorable au développement de la concurrence et du commerce international, et permettrait de réduire le coût pour les entreprises d'une réglementation trop complexe²⁶⁷⁹.

Cette remarque vaut également pour les praticiens du droit, un parlementaire remarquant qu'« *on se retrouve face à un glorieux fatras dans lequel personne ne se retrouve plus, mis à part peut-être les professeurs de droit, dont c'est un peu le fonds de commerce, mais même les magistrats n'y arrivent pas...* »²⁶⁸⁰. Le code rapproche ainsi l'opérateur de son juge naturel²⁶⁸¹. La certitude et l'ordre qu'il assure favorisent la régulation des marchés, tandis que le plan du code peut servir d'instrument de prévision, de fenêtre de l'évolution, ouvrant les voies d'un calcul prospectif sur les futurs travaux législatifs²⁶⁸². Le code de l'énergie a donc vocation à devenir un instrument de la vie

²⁶⁷¹ F. BARBIER, "Les codes, le texte et le lecteur", in G. KAMECKE et J. KE RIDER (DIR.), *La codification - perspectives transdisciplinaires*, Collège doctoral européen EPHE-TU, 2007, p.43-73

²⁶⁷² J. RIVERO, "État de droit, état du droit", in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p.610 et s.

²⁶⁷³ CONSEIL D'ÉTAT, *De la sécurité juridique*, n°43, Études et documents, la documentation française, 1991, p. 20

²⁶⁷⁴ B.G. MATTARELLA, "Codification et État de droit : l'expérience italienne", *AJDA*, 1997, p.665 et s.

²⁶⁷⁵ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologne, 1976, p. 37

²⁶⁷⁶ L. CASAUX-LABRUNÉE, A. JEAMMAUD et T. KIRAT, "Évaluer le Code du travail ? Évaluer le droit du travail ?", *Revue de droit du travail*, 2009, p.421

²⁶⁷⁷ N. IRTI, *L'Età della decodificazione*, Giuffrè, Milan, 3è. éd., 1989 ; N. IRTI, "Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili", in L. MENGONI, *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, 1995, p.557 et s.

²⁶⁷⁸ G. BRAIBANT, "La problématique de la codification", *préc.*, p. 176

²⁶⁷⁹ M.S. JACOBS, "La codification, facteur de croissance économique", *RFAP*, n°82, avril-juin 1997, p.291 et s.

²⁶⁸⁰ F. COLCOMBET, *JOAN* du 23/11/1999, p. 10005 ; R. CABRILLAC, *Les codifications, préc.*, p. 74-75

²⁶⁸¹ B. SAINTOURENS, "Des commerçants aux professionnels, de la justice commerciale à la justice économique", in P. LE CANNU (DIR.), *D'un code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LGDJ, 2008, p.129-138

²⁶⁸² En ce sens, Max Weber affirme que « *pour les intéressés au marché, la rationalisation et la systématisation du droit*

économique²⁶⁸³.

Ces effets ne se propageront cependant que progressivement auprès des praticiens, dont la codification est parfois boudée, voire fustigée pour la réorganisation de l'ordonnancement juridique qu'elle entraîne. Les habitudes prennent du temps à évoluer et les références aux lois fondatrices persisteront quelques temps malgré la codification²⁶⁸⁴. Pour faciliter cette transition, la circulaire de 1996 prévoit la publication de tableaux de concordance entre les articles codifiés et les textes originaux abrogés²⁶⁸⁵.

Cette contribution sociale conférée par le code résulte également de son concours à une éducation à l'énergie.

b) L'éducation à l'énergie

La codification est historiquement liée aux crises de société, à l'issue desquelles la fixation de règles nouvelles apparaît nécessaire²⁶⁸⁶. Le droit vit et évolue au contact de la société, il s'adapte à celle-ci²⁶⁸⁷. Outre sa fonction de guide, il a également pour but de réaliser ses droits et ses principes par une meilleure connaissance de son objet : l'énergie. Le pari est audacieux puisqu'il consiste à amorcer un changement de cap, une évolution à contre-courant du modèle de la société de consommation, afin de résorber une crise. Bien que la société prenne conscience d'un changement nécessaire des pratiques énergétiques, la connaissance même du sujet demeure partielle.

Le droit est inséparable de la technique²⁶⁸⁸. Le code de l'énergie procède à cette éducation parce qu'il est porteur de sens : il met en exergue des concepts essentiels, des ressemblances et des différences. Pour reprendre les mots d'Elisabeth Catta : « *le plan du code opère, comme en architecture, des coupes verticales et horizontales, et sert à représenter graphiquement la matière* », tant sur ses aspects juridiques que matériels²⁶⁸⁹. Ce constat s'affirme lorsque le droit rejoint la technique, d'où la proposition de faire coïncider le plan du code de l'énergie avec les six formes principales d'énergie reconnues par les sciences exactes²⁶⁹⁰. La codification concourt également à la clarification du phénomène par ses articles de « *définition* »²⁶⁹¹.

Cependant, les effets extra-juridiques ne s'arrêtent pas à l'éducation parce que la

signifient en général (...) prévisibilité croissante du fonctionnement de la juridiction, une des conditions les plus importantes à l'existence d'entreprises économiques devant fonctionner de façon permanente, plus spécialement des entreprises capitalistes qui ont besoin de la "sécurité juridique du commerce" » : M. WEBER, Sociologie du droit, préc. p. 223

²⁶⁸³ E. CATTÀ, "Les techniques de codification : de la cire au silicium...", *préc.*

²⁶⁸⁴ F. TERRÉ et A. OUTIN-ADAM, "Codifier, un art difficile (à propos d'un... code de commerce)", *D.*, 1994, p.99 et s.

²⁶⁸⁵ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *préc.*, pt. 2.3. ; cette table de concordance est accessible sur le site de legifrance : www.legifrance.gouv.fr

²⁶⁸⁶ J. GAUDEMET, "La codification, ses formes et ses fins", *Revue juridique et politique (indépendance et coopération)*, 1986, p. 244 à 247.

²⁶⁸⁷ P. ALBERTINI, "La codification et le Parlement", *préc.*

²⁶⁸⁸ B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, PUF, Droit, éthique société, fév. 1998, p. 12

²⁶⁸⁹ E. CATTÀ, "Les techniques de codification : de la cire au silicium...", *préc.*

²⁶⁹⁰ J. ELLUL, *Le système technicien*, Calmann-Lévy, 1977, p. 280-311

²⁶⁹¹ COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-septième rapport annuel 2006, préc.*, p. 13

codification symbolise la souveraineté et le code de l'énergie corrobore le phénomène, révélant des enjeux politiques.

2) Des enjeux politiques

Selon Bruno Oppetit : « *l'idée de codification s'est généralement inscrite dans une perspective très politique, à tous les sens du terme* »²⁶⁹². Cette caractéristique se retrouve dans les options philosophiques et idéologiques retenues dans la structure du code de l'énergie. Elle conduit à remarquer que la codification sert tant les intérêts d'un homme (a), que l'idéologie qu'elle inspire (b).

a) Un code au service d'un homme

L'exigence de rationalisation normative est liée aux rapports qu'entretiennent l'État et le droit. La codification s'inscrit historiquement dans une perspective politique, symbolisant l'expression du pouvoir depuis Hammourabi qui s'était institué « *Roi du droit* », Justinien dont la compilation traduisait la volonté de restaurer la grandeur romaine, en passant par Gengis Khan²⁶⁹³. La codification constitue donc une expression du pouvoir, une source de prestige personnel du souverain, lui permettant d'asseoir et de pérenniser son pouvoir. Elle a inspiré les monarques tels que le Grand Frédéric de Prusse, Joseph II d'Autriche, ou Napoléon Bonaparte comme moyen de rétablir la paix civile, mais aussi comme un instrument majeur de gouvernement et de réforme²⁶⁹⁴. Ce postulat conduit à s'interroger sur la portée de la codification, désormais davantage appréhendée comme une « *technique* » que comme un instrument de souveraineté. Pourtant, le propos conserve cet intérêt puisqu'il est possible de voir dans le code de l'énergie certains de ces vestiges.

Le classement de dispositions dans tel code plutôt que dans un autre n'est pas neutre. En effet, le découpage opéré par le codificateur comporte « *des enjeux à la fois intellectuels et politiques, d'idées et de pouvoirs* », conduisant à des arbitrages politiques en vue d'une répartition des compétences et de l'influence des ministères²⁶⁹⁵. Or, ce pouvoir se réalise en amont par le ministère chargé d'élaborer le code qui assurerait un rôle de filtre. Dès lors, le contour des codes répond parfois davantage à des intentions prométhéennes qu'à une classification rigoureuse²⁶⁹⁶.

Ce particularisme pourrait bien être à l'origine des dissensions sur la classification entre le code de l'énergie et ses homologues, relativement à l'énergie nucléaire notamment. La question porte alors sur les motivations de ce dessein. Un code est généralement façonné pour un ministère mais le code peut à son tour façonner son ministère. En effet, Guy Braibant souligne que « *toute codification constitue un enjeu de pouvoir, ne serait-ce que parce que le ministre qui fait le code en assure la gestion ultérieure* »²⁶⁹⁷. L'inclusion des dispositions dans tel code a également une

²⁶⁹² B. OPPETIT, "De la codification", *préc.*

²⁶⁹³ F. TERRÉ, "Légiférer, les trois unités ?", in *Mélanges J. Foyer*, PUF, 1997, p.177 ; B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, PUF, Droit, éthique société, fév. 1998, p. 8-9

²⁶⁹⁴ P. MALAURIE, "Les enjeux de la codification", *préc.*

²⁶⁹⁵ G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *préc.*, p.70

²⁶⁹⁶ S. GUY, "Une utopie : la codification", *RFDC*, n° 26, 1996, p.294-295

²⁶⁹⁷ G. BRAIBANT, "Problèmes actuels de la codification française", *préc.* p.665

Le code de l'énergie

incidence sur la dévolution du pouvoir d'initiative lors des modifications législatives ultérieures²⁶⁹⁸. Ce pouvoir décisionnaire se retrouve concernant l'adhésion à des traités internationaux relatifs à la matière²⁶⁹⁹. L'élaboration s'avère donc plus délicate sur des sujets transversaux, comme l'histoire de la codification du droit de l'énergie le démontre. Néanmoins, la situation est atténuée par le caractère interministériel de la codification²⁷⁰⁰.

Ces enjeux de pouvoirs sont naturellement critiquables et le juriste devrait prôner une classification des codes fondée sur un critère finaliste. Le ministre chargé de l'énergie constitue l'autorité de référence du droit de l'énergie et la situation semble paradoxalement conduire à une rationalisation du droit.

Ce caractère politique est renforcé par l'idéologie conférée par le code.

b) Un code au service d'une idéologie

Certains États bénéficient d'instruments à la dénomination similaire : le Congo Brazaville et le Togo disposent d'un code de l'électricité mais comme son nom l'indique, il réduit son champ d'application à l'énergie électrique et au domaine législatif²⁷⁰¹. La Belgique dispose d'un code de l'énergie consistant en une compilation des principaux textes du droit de l'énergie de l'UE²⁷⁰². Le Canada a publié un code national de l'énergie pour les bâtiments mais se limite au recensement des exigences techniques relatives à l'habitat « *éconergétique* ». Le code français de l'énergie constitue quant à lui un véritable code, intégrant l'essentiel du droit national de l'énergie.

Le code révèle le système juridique d'un État et son mode de fonctionnement à un moment donné²⁷⁰³. L'adoption d'un code de l'énergie est donc révélatrice des valeurs sociales défendues par la France²⁷⁰⁴. Outre l'enveloppe corporelle, son contenu est également chargé de symbole puisque sa publication intervient à une période charnière de la discipline. Autrefois caractérisé par la mainmise étatique quasi-monopolistique, le droit de l'énergie renouvelé permet désormais à toute personne de commercer de l'énergie.

Le choix des intitulés est également porteur d'idées, or force est de constater que le service public de l'énergie demeure une préoccupation de premier ordre malgré l'ouverture à la concurrence²⁷⁰⁵. En ce sens, le premier livre du code met en exergue des principes fondateurs de la discipline qui pourraient être renforcés. Le code véhicule un esprit et le fait de placer des dispositions en son sein ou en dehors manifeste cette idéologie²⁷⁰⁶.

²⁶⁹⁸ D. LABETOULLE, "Du (nouveau) Code du travail au futur Code de l'énergie", *préc.*

²⁶⁹⁹ B.G. MATTARELLA, "La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine", *préc.*

²⁷⁰⁰ M. SUEL, "Le président Brisson et la codification", *Droits*, n°24, 1996, p.31-44

²⁷⁰¹ République du Congo, loi n°14-2003 du 10 avril 2003 portant code de l'électricité ; A. DUTHEILLET DE LAMOTHE, "La Communauté électrique du Bénin et le code Daho-Togolais de l'électricité", *CJEG*, déc. 1968, p.107

²⁷⁰² G. BLOCK, D. HAVERBEKE, T. LEKANE, P. MELON, J.-P. PINON, J. VANDENBOSCH et G. WALRAVENS, *Code de l'énergie - Codex*, Bruylant, 2003

²⁷⁰³ E. CATTÀ, "Les techniques de codification : de la cire au silicium...", *préc.*

²⁷⁰⁴ D. DE BÉCHILLON, *Y-a-t-il une autonomie du droit de l'énergie?*, Colloque de l'AFDEN: Quel(s) droit(s) pour l'énergie?, 2008

²⁷⁰⁵ A. LIENHARD et C. RONDEY, "Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau code de commerce)", *préc.*

²⁷⁰⁶ Tel est le cas du régime juridique des INB ; G. BRAIBANT, "La problématique de la codification", *préc.*, p.133

Une fonction de révélateur

Le code symbolise encore la modernité et le prestige, « *une figure de légalité parfaite* »²⁷⁰⁷. Il est le produit de la formation d'États nations, allégorie d'une capacité à abandonner les particularismes juridiques et à affirmer le droit dans un corps unifié²⁷⁰⁸. Pour Pierre Bourdieu, « *codifier, c'est à la fois mettre en forme et mettre des formes* »²⁷⁰⁹. Le code représente « *non seulement un changement essentiel dans le mode d'exposition de règles, mais aussi l'avènement d'une nouvelle raison juridique* »²⁷¹⁰. Selon Hegel : « *les vrais codes conçoivent par la pensée et expriment les principes du droit dans leur universalité* »²⁷¹¹. La France constitue peut-être le premier État instituant un code de l'énergie, procédant en cela à une forme de naturalisation du droit de l'énergie, et ouvrant la voie d'un nouveau champ juridique. Les valeurs portées par les codes du vin et du blé de 1936 sont désormais sublimées par celles relatives aux codes de l'environnement, des transports et de l'énergie²⁷¹². Ces évolutions peuvent être le fruit de mutations brusques, espacées et irrégulières, ou d'une action lente et continue²⁷¹³.

Le code de l'énergie doit désormais devenir un « *livre de raison* »²⁷¹⁴. Selon Hugues Périnet-Marquet : « *le gâteau [a] déjà ses ingrédients, sa forme et, pour l'essentiel, son goût, mais il [n'est] pas encore passé au four. Il ne reste qu'à espérer que le temps de cuisson sera bien respecté* »²⁷¹⁵.

Le code de l'énergie constitue une institution mécanisme essentielle du droit de l'énergie parce qu'en se présentant comme le support d'un projet de société et un instrument au service des usagers, il inscrit ses finalités dans la durée. Il révèle une institution de l'énergie guidée par une idée d'œuvre, réalisée par un Gouvernement organisé et des manifestations de communion qui exercent leur action dans la durée. Cette institution constitue le support du droit de l'énergie et affecte, de par sa nature, le fonctionnement de la règle énergétique en concourant à sa clôture normative parce qu'elle est à l'origine d'instruments dont la création juridique consolide à son tour le droit de l'énergie. Cette reproduction partielle de la règle énergétique par ses propres éléments engendre une autonomie relative du droit de l'énergie. Cependant, le caractère autoréférentiel de l'ordre juridique implique également un processus d'ouverture. Cette exigence conduit à se référer aux mécanismes garantissant une ouverture du droit de l'énergie sur le système juridique.

²⁷⁰⁷ D. DE BÉCHILLON, "L'imaginaire d'un code", *Droits*, n° 27, 1998, p.179

²⁷⁰⁸ S. CASSESE, "Des codes à la codification", *préc.*, p.183

²⁷⁰⁹ P. BOURDIEU, "Habitus, code et codification", *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, p.41 ; N. LE ROUX, "Codes sociaux et culture de cour à la Renaissance", *Le temps des savoirs. Revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France*, n° 4, 2002, p.131-148

²⁷¹⁰ B. OPPETIT, "L'avenir de la codification", *Droits*, n° 24, 1996, p.74

²⁷¹¹ G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, *préc.*, p. 238

²⁷¹² G. BRAIBANT, "Codifier : pourquoi ? Comment ?", *préc.* ; M. SUEL, "Les premières codifications à droit constant, 1901-1948", *Droits*, n° 26, 1997, p.30 ; concernant le code du tourisme : COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Onzième rapport annuel 2000*, *préc.*, p. 24 ; concernant le code de l'administration: COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Douzième rapport annuel 2001*, *préc.*, p. 18

²⁷¹³ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 8è. éd., 1995, p. 12

²⁷¹⁴ A. SOREL, "Introduction", in *Le code civil, 1804-1904. Livre du centenaire*, Dalloz, T. I, 2004, p.4 et s.

²⁷¹⁵ H. PÉRINET-MARQUET, "Loi en discussion - Ordonnance en vue", *Constr.-Urb*, n° 10, repère 9, oct. 2009

Titre 2 : Une ouverture sur le système juridique

La seconde caractéristique du caractère autoréférentiel de l'ordre juridique réside dans des échanges avec le système social pour s'adapter à celui-ci afin de garantir son efficacité et inscrire son action dans la durée²⁷¹⁶. Cette ouverture du droit de l'énergie peut être mise en évidence dans un processus de prise en compte de ses objectifs dans le système juridique.

Trois phénomènes témoignent de ces mouvements d'expansion et d'adaptation. Une évaluation des objectifs du droit de l'énergie s'intéresse aux qualités formelles du droit de l'énergie comme condition de son applicabilité. Une évaluation de son application la complète en impliquant la réalisation d'un bilan énergétique en cas de modification de l'ordonnement juridique pouvant avoir un impact significatif sur les besoins en énergie (Chapitre 1). Une intégration des objectifs du droit de l'énergie est assurée par l'émergence d'un principe d'intégration énergétique ayant pour objet d'optimiser les projets normatifs pouvant avoir un impact significatif sur les besoins en énergie. Il concourt à une gestion intégrée de l'énergie, entendue comme un état du droit assurant une prise en compte effective des objectifs du droit de l'énergie (Chapitre 2). Enfin, une conciliation des objectifs du droit de l'énergie adapte cette prise en compte en organisant l'équilibre et les priorités entre les intérêts du droit de l'énergie et ceux qui leur sont étrangers (Chapitre 3).

L'originalité du processus réside dans un échange avec le système juridique caractérisant une incorporation des objectifs du droit de l'énergie et leur réception par le corps de règles considéré. Cette expansion concourt à l'efficacité du droit de l'énergie tandis que l'adaptation aux moeurs auxquelles ses objectifs se destinent inscrit son action dans la durée.

²⁷¹⁶ H. MATORANA et F. VARELA, *Autopoiesis and Cognition. The realization of the living*, D. REIDEL, Dordrecht-Boston-London, 1980, p. 75 et s. ; F. VARELA, *Principles of biological autonomy*, Elsevier, North Holland, 1979, p. 4 et s. ; F. OST, "Entre ordre et désordre : le jeu du droit – Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit", préc. ., p.143 et s.

Chapitre 1: L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

« Juger la loi pour arriver à juger le procès »²⁷¹⁷.

Pour être efficace, le droit de l'énergie ne peut se résoudre à une action sectorielle et implique une prise en compte de ses objectifs dans le droit positif. Cette expansion est assurée par les objectifs du droit de l'énergie qui fixent un cap dans l'action des autorités normatives.

L'évaluation est un instrument de la connaissance et entend produire une représentation suffisamment pertinente des impacts étudiés²⁷¹⁸. Son effectivité est donc intimement liée à la qualité rédactionnelle de la norme. Or, une complexité, une inflation et une profusion, une instabilité et des bavardages du droit de l'énergie pourraient réduire son efficacité. Dès lors, l'évaluation de ses qualités formelles est une condition préalable à l'effectivité de ses objectifs. En complément, le système juridique doit permettre une évaluation des modifications de l'ordonnement juridique pouvant engendrer un impact énergétique significatif en procédant, le cas échéant, à des adaptations.

Ces remarques conduisent à appréhender l'évaluation des objectifs du droit de l'énergie dans deux approches complémentaires. La première comprend les moyens juridiques concourant à l'amélioration de la qualité rédactionnelle et intéresse l'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie (1/). La seconde concerne leur mise en œuvre et se réfère à l'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie (2/).

1/ L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie

L'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie est liée à la qualité rédactionnelle de leur droit. Son évaluation repose sur un ensemble de moyens juridiques visant à limiter l'insécurité juridique, les contraintes administratives inutiles, et en établissant un droit plus clair, plus stable, voire moins de droit²⁷¹⁹. Leur étude est intrinsèquement liée à la légistique, présentée par le président Braibant comme « l'art de la rédaction des lois »²⁷²⁰. Ils sont fondés sur un cadre juridique commun (I) et des moyens de contrôle (II).

²⁷¹⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Tome I, 1848

²⁷¹⁸ J.-P. COSTA, "Droit et évaluation", *RFAP*, n° 66, 1993, p.221-226 ; J. CAILLOSSE, "Droit et évaluation", *Revue française des affaires sociales*, n° 1-2, 2010, p.353-367 ; Y. RUMPALA, "Gouverner en pensant systématiquement aux conséquences ? Les implications institutionnelles de l'objectif de « développement durable »", *préc.*

²⁷¹⁹ J.J. HYEST, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, Sénat, annexe au procès-verbal de la séance, 4 fév. 2009, p. 16 ; L. CLUZEL-METAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, thèse droit, Dalloz, n°52, 2006

²⁷²⁰ G. BRAIBANT, "Qui fait la loi ?", *Pouvoirs*, n° 64, 1993, p.43 ; SECRETARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT et CONSEIL D'ETAT, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, La documentation française, 2è. éd., 2007 ; *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, *Courrier juridique des finances et de l'Industrie*, n° spécial, juin 2008 ; J.-P. DUPRAT, "Genèse et développement de la légistique", Groupe de travail présidé par R. DRAGO, *La confection de la loi*, Académie des sciences morales et politiques, mars 2003, p.11-49 ; V. LASSERRE-KIESOW, "La technique législative", Groupe de travail présidé par R. DRAGO, *préc.*, p.89-96

I. Un cadre juridique commun

L'amélioration de la qualité rédactionnelle du droit implique de respecter des objectifs (A) auxquels une série de solutions permet de concourir (B).

A. Des objectifs pour le droit de l'énergie

L'applicabilité du droit de l'énergie repose sur des objectifs de fond (1) et des objectifs fondamentaux (2).

1) Des objectifs de fond

Les objectifs de fond comprennent des exigences qualitatives (a) et quantitatives (b).

a) Des exigences qualitatives

Dans l'État moderne, la norme prescrit en principe des modèles comportementaux, excluant par essence « *l'anarchie comme chose essentiellement contraire aux aspirations et nécessités de notre nature* »²⁷²¹. Elle peut être évaluée à divers stades de la décision, pour s'assurer de la prise en compte des intérêts exigés par une norme hiérarchiquement supérieure, étudier son application, et ses effets²⁷²². Or, un constat général fait état d'une « *dégradation* » voire d'un « *déclin du droit* » qui se manifeste notamment dans la multiplication de « *dispositions non-normatives* » qualifiées de « *neutrons législatifs* » par Jean Foyer et aboutissant à une « *normativité exténuée* »²⁷²³. Ces règles se trouvent privées de portée juridique parce que trop vagues et imprécises, se heurtant en cela à l'expression de Portalis selon laquelle la loi « *ordonne, permet ou interdit* »²⁷²⁴. Or, bien que la Constitution définisse la loi selon un critère organique, la référence à sa substance demeure essentielle, celle-ci étant par essence l'« *atome de base commun à toutes les manifestations de droit* ». La multiplication de dispositions non-normatives conduit à des interrogations quant à leur portée et constitue la source d'une insécurité juridique, le « *discours juridique* » échappant à l'*imperium* du juge²⁷²⁵.

Dans un discours en date du le 22 juin 2004, le président de l'Assemblée nationale, Jean-Louis Debré, déplorait ces « *lois déclaratives* » rappelant que « *la loi n'était pas faite pour seulement affirmer des évidences, mais pour fixer des normes afin de rendre possibles ces déclarations de principes* »²⁷²⁶. Le président du Conseil constitutionnel rappelait quant à lui en

²⁷²¹ F. GENY, "La notion de Droit en France", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, p.16

²⁷²² D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Editions Odile Jacob, fév. 1997, p. 171 et s. ; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, n°13, p. 10 et n°80, p. 55, 1973 ; A. JEAMMAUD, "La règle de droit comme modèle", *D.*, 1990, p.199 ; P. AMSELEK, "Norme et loi", *Archives de philosophie du droit*, 1980, p.89

²⁷²³ J. CARBONNIER, *Tendances actuelles de l'art législatif, Essais sur les lois*, Defrénois, Paris, 1979, p. 231 ; R. LIBCHABER, "Qu'est-ce qu'une loi ?", *RTD civ.*, 1999, p.242 ; C. ATIAS, "Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé", *RRJ*, 1982, p.219 ; A. VIANDIER, "La crise de la technique législative", *Droits*, n°.6, 1986, p.75

²⁷²⁴ P. FOMBEUR et F. RAYNAUD, "Les documents annexés à une loi n'ont aucune valeur normative", *AJDA*, 1999, p.420

²⁷²⁵ CONSEIL D'ETAT, *De la sécurité juridique*, n°43, Etudes et documents, la documentation française, 1991 ; *Qualité des normes et sécurité juridique : un enjeu pour l'Etat de droit*, La documentation française, mai 2006, www.ladocumentationfrancaise.fr

²⁷²⁶ P. DEUMIER, "Les qualités de la loi", *RTD Civ.*, 2005, p.93

L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie

janvier 2005, que « *la loi ne doit pas être un rite incantatoire. Elle doit être faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits* »²⁷²⁷. La situation a conduit à des censures législatives pour défaut de normativité au motif que « *sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* »²⁷²⁸.

Ce dépassement de la loi portalisienne se traduit dans les lois de programmation et les anciennes lois de programmes au sens de l'article 34 de la Constitution permettant au Parlement de faire autre chose que du droit, le Constituant l'autorisant à déroger à l'exigence de normativité. Elles constituent un droit souple, à faible teneur normative, caractérisé par des notions floues, des déclarations d'intentions, la proclamation de droits subjectifs sans consistance, des lois pédagogiques décrivant un monde idéal²⁷²⁹. Ce phénomène est patent dans les premiers articles de la loi POPE relatifs à la stratégie énergétique nationale, mise en œuvre par une politique énergétique, reposant sur un service public de l'énergie, visant des objectifs, reposant sur axes, précisés par des instruments, eux même mis en œuvre par des moyens particuliers, et non codifiés pour défaut de normativité²⁷³⁰.

Cet absence de contrainte institutionnalisée se manifeste au plus haut point dans l'emploi du futur, en principe exclu de la légistique, en lieu et place du présent de l'indicatif²⁷³¹. Ces normes constituent « *quelque chose qui est en forme de droit sans constituer une norme juridique* »²⁷³². La loi Grenelle 1 constitue une illustration : « *l'État étudiera la création d'une contribution dite "climat-énergie"* » ; « *un plan de rénovation énergétique et thermique des bâtiments (...) améliorera le pouvoir d'achat des ménages* » ; « *la réglementation thermique (...) s'attachera à susciter une évolution technologique* »²⁷³³ ...

La complexification du droit constitue une deuxième source de la perte de la qualité normative²⁷³⁴. Elle est généralement liée à la technicité de son objet, le phénomène étant patent concernant l'énergie, posant le problème de l'accès au droit. Ce phénomène se manifeste concernant le financement de l'accès des installations énergétiques aux réseaux, dont la répartition complexe des coûts entre le pétitionnaire, la commune qui a délivré l'autorisation d'urbanisme, et le gestionnaire de réseau public est susceptible de mettre en cause l'effectivité du droit d'accès²⁷³⁵.

²⁷²⁷ Déclaration du président du Conseil constitutionnel, Pierre Mazeaud, lors de ses vœux au président de la République le 3 janvier 2005, *préc.*

²⁷²⁸ Cons. Const., décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, *Rec.* p. 116 ; Cons. Const., déc. n°2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *préc.*

²⁷²⁹ P. DEUMIER, "La conception matérielle de la loi: l'exception de la loi de programme", *RFDA*, 2005, p. 930 ; N. MOLFESSIS, "La distinction du normatif et du non-normatif", *RTD Civ.*, 1999, p.729

²⁷³⁰ *Rapport de présentation au Conseil supérieur de l'énergie, relatif à l'ordonnance n°2010-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie*, 2011

²⁷³¹ H. VESTUR, "Grenelle I : une loi « hors norme »...", *Env.*, n°2, étude 4, fév. 2010

²⁷³² H. KELSEN, *Théorie pure du droit, préc.*, p.72

²⁷³³ Loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 2, 3 et 4

²⁷³⁴ J. MORAND-DEVILLER, "Où va le droit de l'urbanisme et de l'environnement ?", *Revue administrative*, 01/01/1998, n°301, p.151-153

²⁷³⁵ C. urb., art. L.332-15 ; arrêté du 28 août 2007 fixant les principes de calcul de la contribution mentionnée aux

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

Cette régression dans la qualité normative trouverait également sa source dans les engagements internationaux, le droit européen et la décentralisation. Le droit de l'Union attire la critique au motif qu'il « *allie la fixation d'objectifs généraux à la liberté des moyens mis en œuvre pour les atteindre (et qu'il) exalte l'incitation et la négociation dans l'élaboration des règles, en faisant passer commandements et contrainte au second plan* »²⁷³⁶. La manifestation se précise en cas d'absence ou de mauvaise transposition, voire en cas de solutions prétoriennes divergentes²⁷³⁷. Elle se révèle enfin en cas de transposition tardive, telle qu'en témoigne la loi du 10 février 2000 adoptée avec plus d'un an de retard.

Des considérations quantitatives complètent ces intérêts de fond.

b) Des exigences quantitatives

Selon Montesquieu : « *les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* »²⁷³⁸. Or, le nombre de loi a augmenté de 10 % ces dix dernières années en sus du développement de lois « *bavardes* » et « *surchargées de détails* »²⁷³⁹. Ce phénomène non spécifique à la France conduit les pays anglo-saxons à consacrer la lutte contre l'inflation législative comme un champ juridique à part entière²⁷⁴⁰. Il tient notamment à une diversification des fonctions de la législation, la moitié des lois votées ayant pour objet de transposer le droit de l'Union, et à une intervention dans des domaines sans cesse plus nombreux et techniques²⁷⁴¹. A ces circonstances inflationnistes se conjugue « *l'instabilité des règles* » révélée par le Conseil d'État²⁷⁴². Cette situation est patente en droit de l'énergie, le législateur intervenant quasi-annuellement dans ce domaine.

La situation conduit à retarder l'adoption des décrets d'application dont une durée moyenne de dix à douze mois est nécessaire avant la publication au Journal officiel. Cette attente est inacceptable pour Jean-Louis Debré qui avait pris l'engagement de dénoncer tout délai qui dépasserait les six mois. En ce sens, il modifia le règlement de l'Assemblée nationale en février 2004, afin de permettre au rapporteur d'un projet de loi de demeurer jusqu'à la mise en place des décrets d'application²⁷⁴³. Dans le cadre de la loi POPE, un quart des décrets d'application n'ont toujours pas été adoptés six ans après sa publication²⁷⁴⁴. Jean-Louis Debré ajoutait qu'aucun

articles 4 et 18 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF*, n°200 du 30 août 2007 p. 14314 ; arrêté du 17 juillet 2008 fixant les taux de réfaction mentionnés dans l'arrêté du 28 août 2007 fixant les principes de calcul de la contribution mentionnée aux articles 4 et 18 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF*, n°270 du 20 novembre 2008 p.17716

²⁷³⁶ R. LIBCHABER, "Qu'est-ce qu'une loi ?", *préc.* ; P. AMSELEK, "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", *RDP*, 1982, p.276

²⁷³⁷ J.L. DEWOST, "L'intégration du droit communautaire dans la loi française", Groupe de travail présidé par R. DRAGO, *La confection de la loi*, Académie des sciences morales et politiques, p.55-59

²⁷³⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1758

²⁷³⁹ J.-C. ZARKA, "A propos de l'inflation législative", *D.*, 2005, p.660 ; plus de 10 % des articles d'un code changent chaque année : MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Rapport pour l'année 2001*, La documentation française ; Legifrance, "Évolution du volume des textes"

²⁷⁴⁰ E. GRASS, "L'inflation législative a-t-elle un sens ?", *RDP*, n°1, 2003, p.140

²⁷⁴¹ J.-P. DUPRAT, "La crise des assemblées parlementaires", *Mélanges Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 493

²⁷⁴² CONSEIL D'ÉTAT, *De la sécurité juridique*, n°43, Études et documents, la documentation française, 1991

²⁷⁴³ Entretien à *Libération*, 18/01/2005 ; J.C. ZARKA, "A propos de l'inflation législative", *préc.*

²⁷⁴⁴ Legifrance, Échéancier de mise en application de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, www.legifrance.gouv.fr ; tel est le cas des plans « *face sud* », « *l'énergie pour le*

L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie

ministre n'a connaissance du nombre de norme qu'il publie, et proposait la création d'un observatoire du développement des normes²⁷⁴⁵. La situation trouve partiellement sa source dans le fait que les ministères qui ont en charge la préparation de ces décrets ne sont tenus par aucun délai impératif par la Constitution. Le Conseil d'État en conclut à l'absence d'illégalité en cas de non-respect du délai fixé par le législateur, une responsabilité pour faute pouvant néanmoins être envisagée s'il présente un caractère déraisonnable²⁷⁴⁶.

Ces déficiences de fond sont susceptibles de porter atteinte à des objectifs fondamentaux.

2) Des objectifs fondamentaux

L'amélioration de la qualité rédactionnelle du droit de l'énergie vise à renforcer la sécurité juridique (a) et la qualité de la justice (b).

a) La sécurité juridique

Le principe de sécurité juridique a pour objectif de protéger les citoyens contre les incohérences, la complexité, et les changements normatifs trop fréquents²⁷⁴⁷. La Cour de justice le consacre comme un principe général du droit de l'Union depuis l'arrêt *Bosch*, la Cour européenne des droits de l'Homme le considère comme « *inhérent au droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » depuis l'arrêt *Marckx*, tandis que le Conseil d'État l'élève au rang de principe général du droit dans l'arrêt *Société KPMG*²⁷⁴⁸. Selon ce dernier : « *le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* »²⁷⁴⁹. Il comprend un axe formel impliquant la lisibilité, la clarté, la précision des énoncés ainsi que leur cohérence²⁷⁵⁰. Il se complète d'un axe temporel : la prévisibilité de la loi impliquant la non-rétroactivité, la protection des droits acquis, et la stabilité des situations juridiques²⁷⁵¹.

L'activité de production d'électricité à partir d'énergie solaire souffre particulièrement de cette insécurité juridique²⁷⁵². Des arrêtés publiés en janvier 2010 ont réduit les tarifs liés à

développement » et « *Terre énergie* » qui faute de décrets n'ont pu voir le jour: S. POIGNANT et P. TOURTELIER, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, n°625, AN, 23/01/2008, p. 22

²⁷⁴⁵ G. BRAIBANT, "Codifier: pourquoi? Comment?", *préc.*, p.137

²⁷⁴⁶ J.-C. ZARKA, "A propos de l'inflation législative", *préc.*

²⁷⁴⁷ A. CRISTAU, "L'exigence de sécurité juridique", *D.*, Chron., p.2814, 2002

²⁷⁴⁸ CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, aff. 13/61, *Rec. CJCE* 1962, p. 101 ; CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique* ; CE, 24 mars 2006, *Société KPMG e. a.*, n°288460, *RFDA* 2006, p. 463, concl. Y. AGUILA ; D. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, "Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point", *RIDC*, 2003, p.85.

²⁷⁴⁹ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, n°57, Études et documents, Paris, la documentation française, mars 2006, p.281

²⁷⁵⁰ D. TRUCHET, "Les définitions législatives", Groupe de travail présidé par R. DRAGO, *La confection de la loi*, Académie des sciences morales et politiques, p.71-88

²⁷⁵¹ B. MATHIEU, "La question de constitutionnalité, Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ?", *LPA*, n°126, 25/06/2009, p.18

²⁷⁵² R. HUITTELEC, "L'énergie solaire photovoltaïque. Ça commence à bien faire ? ", *Droit de l'env.*, n°186, janv. 2011,

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

l'obligation d'achat et l'article 88-IV a procédé à leur validation législative. A l'occasion d'une demande de question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil d'État précisait dans un arrêt *Schmittseppel* que la requête dirigée à l'encontre de cette disposition ne présentait pas un caractère sérieux pour être déférée au Conseil constitutionnel²⁷⁵³. Selon l'exégèse, la rétroactivité présentait « *un but d'intérêt général suffisant* », l'article respectant les décisions de justice ayant force de chose jugée, le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions, et ne méconnaissant aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle.

Cette validation fut confirmée au fond, au motif « *que, si l'intervention de la loi a contrecarré l'espoir de certains producteurs de bénéficier, pour des projets ayant fait l'objet de demandes de contrats d'achat déposées entre le 1^{er} novembre 2009 et le 24 mars 2010, des tarifs définis en 2006, elle n'a pas eu pour effet de supprimer ni donc de remettre en cause la substance du droit dont disposent les producteurs d'énergie radiative du soleil de bénéficier de l'obligation d'achat de l'électricité d'origine photovoltaïque à un tarif très supérieur à celui du marché mais seulement, pour des demandes formées au plus huit mois et demi avant son intervention, d'en aménager les modalités d'exercice en fixant ce tarif à un niveau plus adapté au coût de la production de cette électricité et à la rémunération normale des capitaux immobilisés* »²⁷⁵⁴. En revanche, dans ce même arrêt, le Conseil a annulé plusieurs dispositions des arrêtés des 12 janvier et 16 mars 2010 jugeant que le pouvoir réglementaire ne pouvait prévoir des conditions plus favorables pour les installations photovoltaïques situées sur des immeubles à usage principal d'habitation.

Cette insécurité juridique s'est également révélée à l'occasion d'une suspension de trois mois de l'obligation d'achat d'électricité pour les installations d'une puissance supérieure à trois kilowatts²⁷⁵⁵. Dans un arrêt du 16 novembre 2011, le Conseil d'État a validé le caractère rétroactif de l'arrêté en raison de l'intérêt général s'attachant à redéfinir les conditions d'achat, les effets limités dans le temps de la mesure, et l'absence d'atteinte excessive aux intérêts en cause²⁷⁵⁶.

Dans le même sens, le Conseil d'État annula partiellement une circulaire du 1er juillet 2010 prévoyant que l'octroi d'une prime d'intégration au bâti était conditionné par l'utilisation de dispositifs photovoltaïques respectant certains critères techniques²⁷⁵⁷. La haute juridiction a relevé leur caractère réglementaire eu égard à leur portée et à leur caractère impératif, le ministre chargé de

p.3 ; C. CANS, "Loi "Grenelle 2" portant engagement national pour l'environnement - un patchwork mal cousu", *Code permanent env.*, n°spécial, sept. 2010, p. 19 ; R. NOGUELLOU, "Le photovoltaïque : l'État pris dans ses contradictions", *DA*, n°10, alerte 64, oct. 2010 ; concernant l'énergie éolienne: P. BILLET, "L'énergie éolienne est sans prix", *JCPA*, n°42, 2234, 13/10/2008 ; M. POUMARÈDE, "Propos introductifs", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.9-36

²⁷⁵³ CE, 19 janv. 2011, n°343389, *EARL Schmittseppel et M. Noir* ; A. BOURLON, "Énergie solaire : régulation ou insécurité juridique ?", *AJCT*, 2010, p.10

²⁷⁵⁴ CE, 12 avril 2012, n°337528, *Syndicat national des producteurs d'énergie photovoltaïque*, Note M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2012, p.793

²⁷⁵⁵ Décret n°2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil, *JORF* n°286 du 10 décembre 2010 p. 21598 ; validé par CE 28 janv. 2011, *Sté Ciel et Terre*, req. n° 344973 ; R. GRAND, "Un décret suspend temporairement l'obligation d'achat de l'énergie solaire", *AJDA*, 2010, p.2398 ; CORDIS, 26 nov. 2010, *Société Norbert Dentressangle c. ERDF* ; CORDIS, 19 nov. 2010, *Léonard Valentini c. EDF*

²⁷⁵⁶ CE, 16 novembre 2011, n°344972, *Sté Ciel et Terre e.a.*, *AJDA*, 2011, p.2262, note R. GRAND ; *RJE*, n°2, 2012, p. 385, note C. KROLIK

²⁷⁵⁷ CE, 25 juin 2012, n°345912, *Association Enerplan*,

L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie

l'énergie excédant sa compétence en instituant seul un tel dispositif.

Ces mêmes contrats sont ensuite été soumis à une insécurité juridique en raison de leur nature juridique versatile. Selon l'article 1583 du code civil, le contrat de vente est formé « *dès qu'on est convenu de la chose et du prix* » contrairement au contrat administratif qui n'entre en vigueur qu'à la signature. Or, lorsqu'EDF était un établissement public, les contrats conclus dans le cadre de l'obligation d'achat d'électricité étaient des contrats administratifs, parce que conclus par une personne publique bénéficiant d'un « *régime exorbitant de droit commun* »²⁷⁵⁸. La transformation d'EDF en société anonyme en 2004 a conduit le Conseil d'État à leur reconnaître la qualification de contrat de droit privé²⁷⁵⁹. L'article 88-III de la loi Grenelle 2 les a ensuite qualifié de contrat administratif mais l'arrêt du Tribunal des Conflits du 13 décembre 2010 a reconnu son inconvictionnalité au regard de l'article 6§1 de la CEDH²⁷⁶⁰. Dès lors il semble que pour les demandes de contrat d'achat déposées avant l'entrée en vigueur de la loi Grenelle 2 faisant l'objet d'un contentieux, les contrats seraient de droit privé ; que les contrats dont les demandes étaient déposées avant l'entrée en vigueur de la loi et ne faisant pas l'objet d'un contentieux présenteraient une nature administrative ; et que toutes les demandes déposées après l'entrée en vigueur de la loi constitueraient des contrats administratifs²⁷⁶¹.

Enfin, dans un arrêt du 15 mai 2012, le Conseil d'Etat a prononcé un sursis à statuer sur le recours d'une association tendant à l'annulation de l'arrêté de 2008 fixant le tarif d'achat de l'énergie éolienne, afin d'interroger la CJUE de leur conformité au regard du régime juridique des aides d'aide d'Etat au sens du droit de l'Union européenne²⁷⁶².

Cette insécurité juridique est dommageable pour les acteurs du secteur énergétique. Elle produit un « *coût de la complexité* » étant estimé à trois ou quatre points de PIB, impliquant pour les opérateurs économiques l'institution d'un service juridique ou l'externalisation de la prestation juridique, créant un frein à la création d'entreprise et un manque à gagner pour la société²⁷⁶³. Elle peut également conduire les spécialistes du droit à faire écran entre les citoyens et le droit²⁷⁶⁴. Pour

²⁷⁵⁸ CE, sect., 19 janv. 1973, n° 82338, *Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant*

²⁷⁵⁹ CE, 1er juill. 2010, n° 333275, *Sté Bionerg*, JurisData n° 2010-010693 ; *LPA*, 29/09/2010, n°194, p. 17, note S. BERGÈS ; note F. BRENET, *DA*, nov. 2010, n°11, comm. 139 ; D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques, préc.*, p. 317

²⁷⁶⁰ TC., 13 déc. 2010, n°3800, *Sté Green Yellow e.a. c/ EDF* ; A. GOSSEMENT, "Tribunal des conflits : les contrats d'achat d'électricité solaire étaient de droit privé", 28/12/2010, www.arnaudgossement.com ; L. RAPP, "Electricité I", *AJDA*, 2010, p.1337 ; S. BERGÈS, "Contrats d'obligation d'achat d'électricité, compétence juridictionnelle et loi interprétative", *LPA*, n°194, 29/08/2010, p.17 ; J.-M. FÉVRIER, "À propos de la validation législative de la modification des tarifs d'achat de l'électricité d'origine photovoltaïque", *Env.*, n°12, étude 32, déc. 2010

²⁷⁶¹ CE, 21 mars 2012, n°349415, *EDF* ; D. DEHARBE et S. GANDET, "Un rayon de soleil dans le contentieux photovoltaïque: la décision du Tribunal des conflits du 13 décembre 2010", *Droit de l'env.*, n°187, fév. 2011, p.53-58 ; la nature juridique d'un contrat s'apprécie au regard des textes applicables à la date de sa conclusion: T.C., 16 oct. 2006, n°3506, *Caisse nationale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, *AJDA*, 2006, p. 2382 ; chron. C. LANDAIS et F.LENICZ, *RFDA*, 2007, p. 284, concl. J.-H. STAHL, p. 290, note B. DELAUNAY, *CJEG*, 2007, p. 30, concl. J.-H. STAHL

²⁷⁶² CE, 15 mai 2012, n°324852, *Association vent de colère* ; v. également C. BOITEAU, "Le prix controversé du rachat de l'énergie éolienne ou l'énergie renouvelable à quel prix ?", *AJDA*, 2009, p.2105

²⁷⁶³ Discours du Premier ministre, M. Jean-Pierre RAFFARIN devant le Parlement, le 3 juillet 2002.

²⁷⁶⁴ Dans son discours devant le Parlement, le Président de la République déclarait le 19 mai 1995 : « *Trop de lois tuent la loi... Aujourd'hui l'inflation normative est devenue paralysante. Il faut mettre un terme à cette situation qui pénalise les plus faibles et entrave l'esprit d'entreprise au seul bénéfice des spécialistes qui font écran entre le citoyen et le*

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

le citoyen, un droit instable et peu lisible se traduit par son inaccessibilité et par une « *fracture juridique* », une partie de la population étant marginalisée par un droit devenu trop complexe, tandis que d'autres acteurs s'accommodent de la complexité, voire l'exploitent à leur profit²⁷⁶⁵. Ce préjudice se prolonge sur le plan juridictionnel.

b) La qualité de la justice

La qualité rédactionnelle peut influencer la qualité de la justice en réduisant le nombre de contentieux et en améliorant la prévisibilité des décisions²⁷⁶⁶. La sécurité juridique qu'elle induit pour les justiciables renforce également l'acceptation sociale de la justice rendue²⁷⁶⁷. Le législateur devrait donc proposer des textes suffisamment clairs et précis, et ne pas reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de déterminer des règles dont la tâche lui a été confiée par la Constitution²⁷⁶⁸. La lisibilité de la norme simplifie le travail du juge et facilite la stabilité et l'intelligibilité du droit.

La qualité de la justice s'apprécie ensuite en termes de délai²⁷⁶⁹. En effet, en cas de conflit ou d'illisibilité de la norme, le juge peut être amené à recourir aux avis de la Cour de cassation et du Conseil d'État, à la question préjudicielle, ou à la question prioritaire de constitutionnalité, ces litispandances prolongeant les litiges et réduisant la qualité de la justice²⁷⁷⁰. L'imbroglie sur les tarifs d'achat met en exergue ces propos en ayant conduit à une demande de question prioritaire de constitutionnalité et à la saisine du Tribunal des conflits²⁷⁷¹.

Afin de pallier ces problèmes, des solutions peuvent être proposées en vue d'encadrer la règle énergétique.

B. Des solutions pour le droit de l'énergie

L'amélioration qualitative du droit de l'énergie peut résulter de deux voies complémentaires : des remèdes génériques adaptables aux spécificités de l'énergie (1) et des remèdes propres à ce droit (2).

droit ».

²⁷⁶⁵ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité, préc.*, p.272

²⁷⁶⁶ L. BERTHIER, *La qualité de la justice*, thèse droit, Université de Limoges, 2011 ; M.L.CAVROIS, H. DALLE et J.P. JEAN, *La qualité de la justice - perspectives sur la justice*, La documentation française, Paris, 2002 ; *RRJ*, n°.spécial sur la qualité de la justice, 2002 ; J.P. JEAN, "Qualité de la justice", *Lettre Recherche droit et justice*, n°.14, 01/11/2002, p.1 ; J.-M. SAUVÉ, "Les critères de la qualité de la Justice", Discours prononcé lors de la célébration des vingt ans du TPICE, Luxembourg, 25/09/2009

²⁷⁶⁷ J.-P. CAMBY, "La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle", *RDP*, n°.5, 20/06/2006, p.1169

²⁷⁶⁸ T. ABLARD, "Insécurité juridique : l'impuissance publique ?", *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°.1, dossier 4, janv. 2008 ; J.-C. ZARKA, "A propos de l'inflation législative", *préc.*

²⁷⁶⁹ P. LEHINGUE, *L'introduction d'une démarche qualité dans le service public de la Justice: inventaire des difficultés et possibles analogies*, Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, mars 2001, p. 12-21 ; J.-P. JEAN, "Les demandes des "usagers" de la justice", in M.L.CAVROIS, H. DALLE et J.P. JEAN, *La qualité de la justice - perspectives sur la justice*, La documentation française, 2002

²⁷⁷⁰ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité, préc.*, p.278 ; D. POUYAUD, "Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation", *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, juin 204, p.327

²⁷⁷¹ CE, 19 janv. 2011, n°343389, *EARL Schmittseppel et M. Noir* ; T.C., 13 déc. 2010, n°3800, *Sté Green Yellow e.a. C/ EDF*

1) Des remèdes génériques

Les qualités formelles du droit de l'énergie peut être améliorée par une « *simplification* » du droit (a) et une restauration de la « *frontière* » entre la loi et le règlement (b).

a) La simplification du droit

Selon Lucien Flament et Tatiana Sachs : « *s'il est difficile de faire l'éloge de la complexité, il n'en demeure pas moins nécessaire de pourfendre l'impératif de simplification du droit* »²⁷⁷². Cette démarche fut engagée à la fin des années 1950 et bien que des améliorations notables ont été mises en œuvre, elles ont paradoxalement créé des complexités supplémentaires amenant le Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics à affirmer que « *la simplification est vouée à l'échec tant que les processus de production de la complexité resteront intacts* »²⁷⁷³. En effet, les mouvements de simplification administrative ont longtemps été conduits dans une optique autocentrée sur les propositions des administrations, davantage que sur les besoins des usagers²⁷⁷⁴.

Des solutions génériques peuvent également s'avérer risquées lorsqu'elles visent à résoudre des conséquences sans toucher aux causes. En ce sens, l'article 38 de la Constitution permet au Parlement d'accorder au Gouvernement « *l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Cette procédure est loin d'être marginal puisqu'en 2005, quatre-vingt-cinq ordonnances étaient adoptées pour un volume de cinquante lois²⁷⁷⁵. Le recours aux ordonnances avait pourtant été conçu comme une mesure exceptionnelle, jusqu'à devenir « *le principal mode de législation* »²⁷⁷⁶. Des risques similaires concernent les propositions visant à réduire matériellement l'intervention parlementaire. Jean-Louis Debré, alors président de l'Assemblée nationale, déplorait le 29 juillet 2004 ces « *lois bavardes* » justifiées « *en partie parce que le Parlement siège en permanence* ». Par conséquent, des auteurs tels que Jean-Claude Zarka préconisent la suppression des sessions extraordinaires parlementaires²⁷⁷⁷. En complément, le Conseil d'État sollicite l'institution de procédures législatives simplifiées pour les projets de transposition de directives et de codification, ce procédé étant en vigueur à l'Assemblée nationale pour les projets de loi autorisant la ratification des traités internationaux²⁷⁷⁸.

La complexité revêt des formes diverses et appelle des réponses sur mesure²⁷⁷⁹. Le Conseil d'État distingue une complexité légitime, inévitable, et une complexité inutile, d'origine proprement juridique qu'il convient d'éradiquer. La simplification impliquerait donc un diagnostic spécifique

²⁷⁷² L. FLAMENT et T. SACHS, "Simplifier le droit du travail?", *Revue de droit du travail*, 2010, p.489

²⁷⁷³ *Rapport d'étape du comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics*, juillet 2005

²⁷⁷⁴ OCDE, *La réforme de la réglementation en France*, 2004

²⁷⁷⁵ "Évolution du nombre de lois et ordonnances depuis 1978", www.legifrance.gouv.fr

²⁷⁷⁶ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, préc., p.269 ; SÉNAT, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution*, Service des études juridiques, Division des recherches et études, janv. 2005 ; M. GUILLAUME, "Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ?", *Pouvoirs*, n°.3, 2005, p.117-129

²⁷⁷⁷ J.-C. ZARKA, "A propos de l'inflation législative", préc.

²⁷⁷⁸ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, n°57, Études et documents, Paris, la documentation française, mars 2006, p.322-323 ; SÉNAT, *Rapport fait au nom du groupe de réflexion sur l'institution sénatoriale*, 02/07/2002

²⁷⁷⁹ Voir à ce titre le laconisme de l'exposé des motifs de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *JORF* n°152 du 3 juillet 2003, p. 11192

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

pour chaque règle énergétique, une stratégie clairement déterminée, et un suivi du dispositif²⁷⁸⁰. Toute nouvelle règle devrait préalablement faire l'objet d'une évaluation du dispositif existant, en vue de son optimisation et pour éviter un effet d'empilement²⁷⁸¹. La simplification du droit de l'énergie doit être conçue comme un moyen de concourir à l'effectivité. Elle peut résider dans la suppression des doublons, la mise en ordre des énoncés, l'estimation de l'inutile. A ce titre, le code de l'énergie joue un rôle essentiel parce qu'il améliore la lisibilité du droit par une mise en ordre, la suppression des règles obsolètes et une rationalisation du langage²⁷⁸².

La simplification passe également par une adaptation des outils informatiques en vue d'une meilleure accessibilité du droit, la création du site internet legifrance constituant un exemple d'efficacité²⁷⁸³. Le guide de légistique publié par le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement (SGG) constitue un second exemple d'instrument à la disposition des parlementaires et des administrations pour améliorer la qualité rédactionnelle de la règle énergétique²⁷⁸⁴.

La simplification procédurale consiste à alléger les contraintes et les coûts pesant sur l'action. Elle doit rendre service aux usagers qui pourraient assurer un rôle essentiel dans cette entreprise, gage d'une acceptabilité sociale de la norme²⁷⁸⁵. En revanche, elle ne doit pas constituer un prétexte à la régression juridique, notamment en terme d'évaluation *ex-ante* et de participation du public. Une réflexion pourrait être engagée dans ce domaine sur les procédures réglementaires parfois très techniques relatives au raccordement des réseaux²⁷⁸⁶.

De manière complémentaire, disposer d'une stricte répartition des pouvoirs législatifs et réglementaires assure une meilleure lisibilité du droit de l'énergie.

b) La clarification des compétences législatives et réglementaires

L'amélioration de la qualité normative pourrait résider dans un retour à la conception portalisienne selon laquelle l'office de la loi n'est pas « *de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* »²⁷⁸⁷. Ces excès se manifestent dans le régime juridique des éoliennes, où la loi prévoit un empilement de procédures susceptible de décourager nombres d'exploitants, malgré le caractère essentiel conféré aux énergies renouvelables dans lois d'orientation sur l'énergie et l'environnement²⁷⁸⁸. Ces détails résulteraient de l'impatience et de la

²⁷⁸⁰ J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, janv. 2009 ; SGG, *Rapport au Premier ministre du groupe de travail chargé d'une réflexion sur les suites du rapport public 2006 du Conseil d'Etat*, Paris, La documentation française, janv. 2007 ; communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne, 08/10/2010 COM(2010) 543 final ; Communication de la Commission - Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », 05/06/2002, COM(2002)0278 final

²⁷⁸¹ OCDE, *Mieux légiférer en Europe - France*, 2010, p. 123-141

²⁷⁸² J.-M. SAUVÉ, "La qualité de la loi", in Intervention devant le Groupe de travail Assemblée nationale - Sénat sur la qualité de la loi, 06/05/2010, www.conseil-etat.fr ; OCDE, *La réforme de la réglementation en France*, 2004

²⁷⁸³ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, préc., p. 327

²⁷⁸⁴ SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT et CONSEIL D'ETAT, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, La documentation française, 2^e éd., 2007

²⁷⁸⁵ OCDE, *Mieux légiférer en Europe - France*, préc., p. 69-81

²⁷⁸⁶ P. SABLIERE, *Droit de l'électricité, textes et commentaires*, préc., p. 921 et s.

²⁷⁸⁷ Portalis cité dans L. FLAMENT et T. SACHS, "Simplifier le droit du travail ?", préc.

²⁷⁸⁸ C. KROLIK, "Énergie et climat dans la loi portant engagement national pour l'environnement", préc.

L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie

crainte qu'éprouve le législateur à l'égard de l'administration et du juge²⁷⁸⁹. Ils trouvent également une source dans le manque de clarté, l'incomplétude, et une classification désuète de la répartition des compétences législatives et réglementaires par la Constitution²⁷⁹⁰. Le président du Conseil constitutionnel soulignait, le 3 janvier 2005, que « l'article 37 de la Constitution, qui fonde le pouvoir réglementaire autonome du Gouvernement, se vide de son contenu depuis une trentaine d'années », la faute résultant en partie du fait qu'est « interprété trop extensivement l'article 34 de la Constitution qui énumère les sujets réservés à la loi »²⁷⁹¹. Pascale Deumier affirme que « la loi qui se confond avec le discours politique officiel est agaçante ; celle qui se confond avec le règlement est étouffante »²⁷⁹². Or, l'abandon de la distinction entre les domaines législatifs et réglementaires contribue également à l'inflation législative. La codification du droit de l'énergie fut l'occasion de déclasser des mesures législatives, mais elle se présente comme un instrument curatif devant être relayé par une réflexion en amont.

En ce sens, une partie de la doctrine prône un retour à la compétence législative relativement aux principes fondamentaux et aux garanties fondamentales puisque selon François Vincent : « le législateur se doit d'intervenir dans les matières les plus importantes, celles qui touchent de plus près les citoyens »²⁷⁹³. Une évolution de l'article 34 serait souhaitable pour préciser la répartition des compétences normatives dans le secteur énergétique, absent des lettres de la Constitution. Jean-Louis Debré, alors président de l'Assemblée nationale, avait pris l'initiative en octobre 2004, d'une proposition de loi constitutionnelle donnant compétence à la Commission des lois pour rejeter toute disposition qui relèverait du domaine réglementaire²⁷⁹⁴. En 2005, le député Jean-Luc Warsmann proposait de modifier l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel du 7 novembre 1958 en considérant que tout texte de forme législative devait, dès sa promulgation, être transmis au Conseil constitutionnel afin de procéder dans un délai de six mois, à un examen des dispositions relevant un caractère réglementaire²⁷⁹⁵. Aucune d'entre elles n'a finalement aboutie.

Cette clarification est d'autant plus souhaitable du fait du renoncement du Conseil constitutionnel à rechercher une délimitation générale des secteurs législatifs et réglementaires²⁷⁹⁶. En effet, celui-ci refuse de censurer les empiétements du législateur sur les compétences

²⁷⁸⁹ B. OPPETIT, "De la codification", *préc.*

²⁷⁹⁰ M. WALINE, "Les rapports de la loi et du règlement avant et après la Constitution du 4 octobre 1958", *RDP*, 1959, p.699 ; M. WALINE, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la répartition des matières entre la loi et le règlement", *RDP*, 1960, p.1011 ; J. RIVERO, "Le juge administratif français: un juge qui gouverne", *D*, chron., p. 21, 1951 ; J. DE SOTO, "La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958", *RDP*, 1959, p.240 ; J. L'HUILLIER, "La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958", *D*, chron., p. 173, 1959

²⁷⁹¹ Déclaration du président du Conseil constitutionnel, Pierre Mazeaud, lors de ses vœux au président de la République le 3 janvier 2005, *préc.*

²⁷⁹² P. DEUMIER, "Les qualités de la loi", *préc.*

²⁷⁹³ F. VINCENT, "De l'intitulé de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958", *AJDA*, 1965, p.564 ; C. HAGUENEAU, "Le domaine de la loi et du règlement", *RFDC*, 1995, p.247 ; M. DE VILLERS, "Vers la neutralisation des articles 34 et 37", *Revue administrative*, 1983, p.247

²⁷⁹⁴ J.-C. ZARKA, "A propos de l'inflation législative", *préc.*

²⁷⁹⁵ Proposition loi organique, AN n°2614 du 25 octobre 2005, XIIe législature

²⁷⁹⁶ A.-H. MESNARD, "Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires", *AJDA*, 1970, p.259 ; F. HAMON, *La loi et le règlement - articles 34, 37 et 38 de la Constitution de 1958*, La documentation française, oct. 1988

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

réglementaires considérant que « *la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi* »²⁷⁹⁷. En revanche, il peut procéder, depuis la décision du 21 avril 2005, *loi sur l'avenir de l'école*, à un « *déclassement préventif* » en distinguant lors du contrôle de constitutionnalité de la loi, ce qui relève des domaines de la loi et du règlement²⁷⁹⁸. Les dispositions concernant le domaine réglementaire pourront dès lors être modifiées par le pouvoir exécutif. Le Conseil d'État exerce également un contrôle à ce titre, et a dans ce sens partiellement annulé les dispositions relatives aux certificats verts du décret du 10 mai 2001, en considérant que les droits auxquels faisait référence le pouvoir réglementaire n'étaient pas définis par le législateur, excédant par conséquent ses compétences²⁷⁹⁹.

L'article 41 de la Constitution permet au Gouvernement ou au président de l'Assemblée saisie de s'opposer à un amendement parlementaire relevant du pouvoir réglementaire²⁸⁰⁰. En cas de divergences d'interprétation sur le caractère réglementaire ou législatif de la disposition en cause, le Conseil constitutionnel tranche la question dans un délai de huit jours. Mais cette procédure est tombée en désuétude, celle-ci intervenant « *trop tard, avec trop de rigidité et trop d'incertitudes en terme de résultat, pour être pleinement efficace aux yeux du Gouvernement* »²⁸⁰¹.

La répartition des compétences est donc essentielle pour la qualité rédactionnelle des objectifs du droit de l'énergie et rend souhaitable une discipline parlementaire concentrée sur les matières les plus importantes. Cette mesure générale peut être complétée par des remèdes propres au droit de l'énergie.

2) Des remèdes propres à l'énergie

La qualité rédactionnelle du droit de l'énergie pourrait être améliorée en consolidant le processus de consultation du Conseil supérieur de l'énergie (a) et par une contribution active du public à son évaluation (b).

a) Le Conseil supérieur de l'énergie

Le Conseil supérieur de l'énergie conseille l'exécutif²⁸⁰². Sa saisine est obligatoire pour tout projet réglementaire émanant de l'État dans le secteur de l'électricité ou du gaz et sur les certificats

²⁷⁹⁷ Cons. Const., décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982, blocage des prix et des revenus ; J.-M. SAUVÉ, "La qualité de la loi", *préc.*; G. SACCONI, "De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37, al.1 dans le cadre des saisines parlementaires", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, p.169

²⁷⁹⁸ Cons. Const., décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, *loi sur l'avenir de l'école*

²⁷⁹⁹ CE, 21 mai 2003, n° 235836, *Electricité autonome français et a.* ; A. SANDRIN, "Les certificats verts: une méthode d'incitation à la production d'énergies renouvelables", *BDEI*, n°.6, nov. 2006, p.33-37

²⁸⁰⁰ Const., art. 41: « *S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.* »

²⁸⁰¹ G. DRAGO, "Le partage loi/règlement : un nouvel équilibre à construire", *LPA*, n°.254, 19/12/2008, p.65 ; L. HAMON, "Les domaines de la loi et du règlement ; à la recherche d'une frontière", *D*, chron., p. 253, 1960

²⁸⁰² G. DE TUGNY, *Le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz*, thèse droit, Paris, 1954 ; "Le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz", in E. BORDIER et S. DEGLAIRE *Electricité, service public*, vol. 2, Paris, 1963, p.221 ; J.-P. KUCHÉIDA, "Le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz", *Revue de l'énergie*, février 2002 ; P. SABLIERE, *Droit de l'électricité, textes et commentaires, préc.*, p. 161 et s.

L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie

d'économie d'énergie²⁸⁰³. Demeurent *a contrario* exclus : les carburants, certaines énergies renouvelables et une partie de l'efficacité énergétique²⁸⁰⁴. De plus, ses compétences demeurent restreintes à un avis simple et à l'impossibilité de s'autosaisir. Le ministre chargé de l'énergie peut solliciter son avis sur toute question relative à l'énergie. Le Conseil peut quant à lui entendre les membres de la CRE et consulter celle-ci sur toute question entrant dans le champ de ses compétences²⁸⁰⁵. A l'inverse, la CRE le consulte préalablement aux décisions pouvant avoir une incidence importante sur les objectifs de la politique énergétique²⁸⁰⁶.

Le Conseil est doté d'un pouvoir d'arbitrage en dernier ressort pour les litiges nés entre les autorités concédantes et leurs concessionnaires. Le Conseil d'État a jugé que ces arbitrages ne constituent pas des décisions juridictionnelles mais des décisions administratives préalables à un éventuel recours devant la juridiction administrative²⁸⁰⁷. Institué en 1935, il offre de par sa pérennité et la compétence de ses membres, une expertise propice à l'amélioration qualitative de la règle énergétique.

Cependant, deux critiques sont à noter : d'une part, le pouvoir réglementaire a profité d'un pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur pour accorder une place prépondérante aux représentants des entreprises du secteur énergétique qui disposent de treize membres là où les élus nationaux, locaux, l'administration, les associations, et les personnels des entreprises électriques et gazières n'en ont que cinq²⁸⁰⁸. D'autre part, son champ d'attribution s'avère réduit par rapport au Conseil Supérieur de la Prévention des Risques Technologiques²⁸⁰⁹. Comme son homologue, le Conseil supérieur de l'énergie aurait pourtant pu bénéficier d'une compétence plénière dans le secteur de l'énergie et d'un recours systématique.

La consultation relative à la règle énergétique peut également être portée devant le public.

b) La consultation du public

La pratique témoigne d'une participation croissante du public à l'élaboration des normes touchant à l'énergie. Tel fut le cas du débat national sur les énergies initié par le Premier ministre en 2003, aboutissant au livre blanc sur les énergies, comprenant un ensemble de mesures issues des débats proposées au Gouvernement et partiellement intégrées dans la loi POPE²⁸¹⁰. Ce phénomène se retrouve dans le groupe « *lutter contre les changements climatiques et maîtriser l'énergie* » du

²⁸⁰³ La compétence du Conseil supérieur de l'énergie est exclue lorsque le projet relève du domaine de compétence de la Caisse nationale des industries électriques et gazières : loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *préc.*, art. 45

²⁸⁰⁴ Sur l'exclusion d'une loi relative aux économies d'énergie : CE, 22 déc. 1982, *Comité de défense des professionnels du chauffage électrique*, *CJEG*, mars 1983, p.103 ; concernant des tarifs réglementés : CE, 20 juin 1975, *Synd. National de la production autonome d'électricité*, *Rec. CE*, p. 377 ; *CJEG*, mai 1976, p.70, *DA*, 1975, n°271 ; CE, 26 avril 1985, *Syndicat national de la production autonome d'électricité*, *CJEG* juill. 1986, p.247 ; *DA*, 1985, n°268 ; *RDP*, 1986, p.265

²⁸⁰⁵ C. éner., art. L.134-7

²⁸⁰⁶ C. éner., art. L.134-3

²⁸⁰⁷ CE, 27 mai 1955, *Ville de Vicdessos*, *CJEG* 1955, p.178

²⁸⁰⁸ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *préc.*, art. 45 ; décret n°2006-366 modifié du 27 mars 2006 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil supérieur de l'énergie, *JORF* n°75 du 29 mars 2006 p. 4712, art. 1

²⁸⁰⁹ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables*, *préc.*, p. 343

²⁸¹⁰ N. FONTAINE, *Livre blanc sur les énergies*, *préc.*

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

Grenelle de l'environnement dont les propositions ont été incomplètement reprises par le législateur.

Cependant, ces consultations demeurent épisodiques, facultatives, et le rapport de l'OCDE sur la qualité de la réglementation française souligne que la participation du public n'est actuellement pas appréhendée comme un moyen d'améliorer la qualité normative, contrairement à d'autres États européens²⁸¹¹. Pourtant, le Conseil d'État considère que cette participation trouve sa source dans l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen disposant que « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Il encourage le développement d'une information et d'une participation sous forme électronique, dans le cadre de forums de discussion avec les principaux destinataires de la réforme envisagée, comme au Royaume-Uni²⁸¹². Dans son rapport public 2011 *consulter autrement, participer effectivement*, il appelle une généralisation des concertations ouvertes avec le public²⁸¹³.

Cette démarche évolue par la publication de l'étude d'impact des projets de loi, dont les observations du public font l'objet d'un rapport annexé au dossier²⁸¹⁴. L'article L.120-1 du code de l'environnement prévoit que les décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics sont soumises soit à une publication du projet avant la saisine d'un organisme consultatif comportant des représentants des usagers ; ou à défaut, d'une participation directe du public par voie électronique, pour une durée minimale de quinze jours francs²⁸¹⁵. Dès lors, cette disposition s'applique en partie aux projets de règlements relatifs à l'énergie et son extension serait souhaitable pour tout projet impactant significativement les besoins en énergie. Les critiques principales faites à son sujet concernent l'imprécision du dispositif et donc l'appel à un décret afin de préciser les modalités de réalisation. Elles résident également dans le caractère unilatéral du procédé, l'administration étant l'unique destinataire sans obligation de rendre compte²⁸¹⁶. Ce mécanisme pourrait présenter un réel intérêt pour la qualité de la règle énergétique à condition de standardiser le processus et de l'insérer dans une participation dynamique qui pourrait prendre la forme d'un forum électronique ouvert où chacun pourrait apporter une contribution. Cette méthode permettrait aux personnes de dialoguer entre-elles et de concourir à des propositions collectives, tandis que l'administration pourrait appréhender l'accueil général du projet par les citoyens.

L'étude de la qualité rédactionnelle de la règle énergétique révèle un processus au caractère complexe, spécifique et itératif, impliquant une étude préalable des difficultés majeures et des buts assignés. Ces exigences doivent ensuite être effectivement appliquées, justifiant ainsi l'existence de moyens de contrôle complétant cette méthode.

²⁸¹¹ OCDE, *Mieux légiférer en Europe - France*, 2010, p. 43

²⁸¹² CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité, préc.*, p. 326

²⁸¹³ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2011 : Consulter autrement, participer effectivement*, La documentation française, 2011

²⁸¹⁴ Règlement de l'Assemblée nationale, résolution du 27 mai 2009, art. 83 al. 2 et 86 al. 8

²⁸¹⁵ G. MONÉDIAIRE, "L'admission très circonspecte de la participation du public à l'élaboration des actes administratifs réglementaires : l'article 244 de la loi dite "Grenelle 2", *Complément territorial*, déc. 2010, p.13-17

²⁸¹⁶ *La participation du public aux décisions réglementaires sur l'environnement : l'article 244 de la loi Grenelle II, une révolution administrative ?*, CRIDEAU-OMIJ Limoges, 31/01/2011

II. Des moyens de contrôle

Les instruments juridiques permettant de contrôler l'applicabilité du droit de l'énergie peuvent être classés en deux catégories, regroupant des moyens matériels (A) et procéduraux (B).

A. Des moyens matériels

L'évaluation qualitative du droit de l'énergie s'inscrit dans un cadre procédural formalisé (1) dans lequel des principes fondamentaux peuvent être invoqués en dernier recours (2).

1) Le recours aux institutions

Bien que des instances soient spécifiquement érigées en vue d'améliorer la qualité normative, elles se caractérisent par l'imprécision de leurs missions. Cette remarque est valable tant pour le service de la législation et de la qualité du droit du Secrétariat général du Gouvernement (a) que pour les instances parlementaires (b).

a) Un encadrement de la méthode par le service de la législation et de la qualité du droit du SGG

Le Secrétariat général du Gouvernement assiste au Conseil des ministres depuis 1946, prépare un grand nombre de réunions interministérielles et veille à la publication des textes législatifs et réglementaires²⁸¹⁷. De par sa stabilité, son rôle de charnière entre les instances exécutives, le Parlement et le Conseil d'État, il contribue à l'élévation de la qualité normative. A cet effet, il dispose d'un service de la législation et de la qualité du droit ayant notamment pour rôle de normaliser l'évaluation normative.

La publication dans legifrance de l'état d'application des lois, à l'initiative du Premier ministre et du Secrétariat général du Gouvernement, constitue une première étape importante. Elle est complétée depuis le printemps 2006 par la publication de données statistiques sur l'évolution du volume des textes en vigueur.

Alors que le droit positif ne prévoyait aucune contrainte, le Secrétariat a imposé la réalisation d'une étude d'impact sur le projet de loi d'orientation sur l'énergie²⁸¹⁸. La procédure s'est ensuite systématisée par un refus de l'examen interministériel des projets de texte dépourvus d'étude d'impact « *sauf cas exceptionnel dûment justifié par une extrême urgence* »²⁸¹⁹.

Ce service coproduit avec le Conseil d'État le *guide de légistique*, accessible par legifrance, et destiné aux rédacteurs de textes juridiques. Ce guide présente à la fois l'intérêt, les caractéristiques de la qualité normative, et des méthodes permettant d'y concourir²⁸²⁰. Néanmoins, le rôle de ce service pourrait être renforcé par des compétences supplémentaires en matière de soutien méthodologique et de contrôle de la qualité des études d'impact, en s'inspirant du modèle

²⁸¹⁷ www.vie-publique.fr

²⁸¹⁸ SGG, *Rapport au Premier ministre du groupe de travail chargé d'une réflexion sur les suites du rapport public 2006 du Conseil d'État*, p.61

²⁸¹⁹ Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État, *JORF* n°31 du 6 février 1998

²⁸²⁰ SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT et CONSEIL D'ÉTAT, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, La documentation française, 2^e éd., 2007.

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

de la « *Regulatory Impact Unit* » britannique²⁸²¹. Jean-Luc Warsmann suggère que « *seuls des fonctionnaires « dûment » habilités puissent être rédacteurs juridiques* »²⁸²². Jean-Marc Sauvé propose quant à lui l'organisation d'échanges périodiques entre le SGG, le Conseil d'État et les Assemblées parlementaires afin d'améliorer la qualité normative. Il soumet également un rapprochement entre les services juridiques des ministères afin que le travail en synergie se traduise par une meilleure qualité normative²⁸²³.

L'OCDE souligne que le service de la législation et de la qualité du droit du SGG constitue une instance discrète pour le public, ceci tenant notamment à des fonctions s'apparentant à celles d'un « *greffier* »²⁸²⁴. Néanmoins, il contribue à l'amélioration de la qualité de la règle énergétique par sa proximité avec le chef de Gouvernement et l'étroite relation entretenue avec le Conseil d'État. L'efficacité et la lisibilité de ses actions pourraient peut-être s'accroître par l'adoption de priorités et de lignes directrices clairement définies.

Alors que ce service intervient essentiellement en amont du processus normatif, les instances parlementaires complètent son action en aval.

b) La mise en ordre parlementaire

L'article 24 de la Constitution confie au Parlement une mission de contrôle du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques. Il assure selon le président Braibant un rôle complémentaire à la Commission supérieure de codification qui a pour mission d'ordonner, de clarifier, et de simplifier le droit tandis que le Parlement a vocation à impulser les réflexions et à faire des propositions permettant de refonder, selon des principes directeurs, les disciplines d'un droit devenu trop technique²⁸²⁵. Les parlementaires reconnaissent unanimement que leur travail s'est progressivement déséquilibré au profit des fonctions législatives, qui occupent les deux tiers de leur temps, au détriment de l'activité de contrôle²⁸²⁶. Jean-Pierre Duprat ajoute que « *pour l'instant, l'évaluation législative est éclatée* »²⁸²⁷.

Sur le plan institutionnel, la Commission des lois de l'Assemblée nationale a pesé significativement dans la réforme constitutionnelle de 2008 pour rendre contraignante la production d'une étude d'impact pour tout projet législatif. Elle entreprend également un chantier de simplification du droit et lui dédie le site internet « *simplifions la loi* », offrant à toute personne la possibilité de s'exprimer sur des règles législatives qu'il considère comme inutiles, redondantes, obsolètes ou insuffisamment normatives²⁸²⁸. Les personnes peuvent proposer une mise en cohérence de dispositions mal coordonnées et suggérer la réécriture de dispositions peu intelligibles. La

²⁸²¹ B. LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, préc.

²⁸²² J. DE CLAUSADE, X. DELCROS, J.J URVOAS et J.-L. WARSMANN, "La qualité de la loi en débat", *Constitutions*, n° 2, 2010, p.197

²⁸²³ J.-M. SAUVÉ, "La qualité de la loi", préc.

²⁸²⁴ OCDE, *Mieux légiférer en Europe - France*, préc., p.46

²⁸²⁵ Intervention de M. Albertini, député, *JOAN CR*, séance du 19 juill. 1995, p. 1295

²⁸²⁶ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, préc., p.322

²⁸²⁷ J.-P. DUPRAT, "La soumission des régulateurs à la régulation", *AJDA*, 19/06/2006, p.1203-1211 ; J.-P. DUPRAT, "La crise des assemblées parlementaires", in *Mélanges Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992

²⁸²⁸ <http://simplifionslaloι.assemblee-nationale.fr>

L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie

Commission est également à l'origine de lois sur la simplification du droit²⁸²⁹.

Un office parlementaire d'évaluation de la législation, commun aux deux Assemblées, fut institué afin de suivre l'application des lois, contrôler la publication des décrets d'application et plus largement endiguer le mouvement de dégradation de la qualité de la loi²⁸³⁰. La doctrine s'accorde sur son échec qui semble trouver sa source dans les Commissions des lois et des finances qui l'appréhendait comme une instance rivale et par la prééminence de l'analyse financière sur l'exigence de la qualité normative²⁸³¹. Il est remplacé par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, régi par les articles 98-1 et 146-2 à 146-7 du règlement de l'Assemblée nationale et dont la mission est d'évaluer et contrôler les politiques publiques²⁸³². Il peut être saisi pour avis sur une étude d'impact accompagnant un projet de loi par le président de la commission à laquelle le projet a été renvoyé au fond ou par le président de l'Assemblée concernée²⁸³³. Il peut être chargé de préparer des évaluations préalables de certains amendements parlementaires et assurer la coordination des missions d'évaluation entreprises par les Assemblées. Il est l'auteur d'un rapport sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi²⁸³⁴. De manière complémentaire, un groupe de travail associant députés et sénateurs fut spécialement institué en avril 2010 en vue d'améliorer la qualité des lois²⁸³⁵.

L'exigence de qualité normative peut être réalisée dans le cadre de la condition de recevabilité pour les projets de loi instituée par la révision constitutionnelle de 2008. L'article 86 alinéa 7 du règlement de l'Assemblée nationale la transpose en imposant aux rapports des projets et propositions de loi de comporter en annexe une liste des textes susceptibles d'être abrogés ou modifiés à l'occasion de son examen. De manière générale, le contrôle de la qualité de la règle énergétique peut intervenir dans le cadre de l'article 48 de la Constitution prévoyant qu'une semaine de séance sur quatre est réservée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques, ainsi qu'aux moyens généraux des questions parlementaires, aux commissions d'enquête et d'information.

Des règles existent donc, se complètent et se concurrencent parfois en vue de promouvoir une meilleure qualité de la norme. Toutefois, aucune étude n'est actuellement consacrée à la règle énergétique. Pourtant, un recensement du contenu réglementaire pourrait être effectué afin de

²⁸²⁹ Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, *JORF* n°296 du 21 décembre 2007 p.639 ; loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF* n°110 du 13 mai 2009 p.7920 ; loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF* n°0115 du 18 mai 2011 p. 8537

²⁸³⁰ Loi n°96-517 du 14 juin 1996 tendant à élargir les pouvoirs d'information du Parlement et à créer un Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques, *JORF* n°138 du 15 juin 1996, p.8911

²⁸³¹ J.-P. DUPRAT, "Genèse et développement de la légistique", Groupe de travail présidé par R. DRAGO, *La confection de la loi*, Académie des sciences morales et politiques, mars 2003, p.45

²⁸³² Sur la suppression de l'office parlementaire d'évaluation de la législation: loi n° 2000-1352 du 30 décembre 2000 de finances pour 2001, *JORF* n°303 du 31 décembre 2000 p.21119 ; P. DAUTRY, "Les autorités administratives indépendantes : un nouvel objet d'évaluation parlementaire", *RFDA*, 2010, p.884

²⁸³³ G. BERGOUGNOUS, "L'évaluation de l'évaluation : le contrôle des études d'impact", *Constitutions*, n°2, 2010, p.226 et n°3, p. 378

²⁸³⁴ C. GOASGUEN et J. MALLOT, *Les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi*, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques 19/11/2009

²⁸³⁵ "Quand le législateur se penche... sur la qualité de la loi", *La gazette des communes*, 07/04/2010, <http://infos.lagazettedescommunes.com>

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

procéder à des simplifications et à une mise en cohérence du dispositif préalablement à l'adoption de la partie réglementaire du code de l'énergie.

Des principes fondamentaux complètent le processus.

2) Des principes fondamentaux

Le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence visant à garantir la qualité normative en recourant aux exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité (a) et au principe de normativité de la loi (b)²⁸³⁶.

a) Les exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme

Mireille Delmas-Marty remarque que « pendant longtemps, un texte voté par le Parlement suffisait, même s'il était tellement vague que de toute façon il ne pouvait avoir de sens qu'interprété par le juge, ce qui revenait à donner au juge un pouvoir créateur. Le progrès a été imposé tant par le Conseil constitutionnel que la Cour européenne des droits de l'homme. Désormais, il ne suffit pas d'une loi, au sens formel d'un texte voté par le Parlement, il faut que ce texte respecte des conditions de qualité, qui sont la précision, l'accessibilité et la prévisibilité »²⁸³⁷. En ce sens, le Conseil constitutionnel reconnaît un principe de clarté de la loi, imposant au législateur d'exercer sa compétence tirée de l'article 34 de la Constitution en fixant notamment, les principes fondamentaux dans un certain nombre de domaines dont l'énergie²⁸³⁸. Par conséquent, le Conseil censure une règle insuffisamment précise au motif qu'elle laisse une marge de manœuvre trop étendue aux autorités, au risque d'une protection insuffisante des personnes contre une interprétation arbitraire²⁸³⁹. Pour reprendre les mots de Pierre Mazeaud : clarté n'est pas synonyme de simplicité, mais bien plutôt de précision²⁸⁴⁰.

L'intelligibilité et l'accessibilité de la loi sont des objectifs de valeur constitutionnelle issus des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen²⁸⁴¹. Ils signifient que la loi doit être accessible et compréhensible, pour autant que la complexité de la matière traitée le permette²⁸⁴². Les juges de la rue de Montpensier déclarent inconstitutionnelle les dispositions d'une complexité excessive, à défaut de motif d'intérêt général suffisant²⁸⁴³.

²⁸³⁶ Sur la notion d' « exigence » : T. DUBUT, "Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des "exigences constitutionnelles"", *RFDC*, n° 80, 2009

²⁸³⁷ M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2^e ed, 2005, p. 44

²⁸³⁸ Cons. Const., décision n° 98-401 DC, 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, *Rec.*, p. 258 ; Cons. Const., décision n°2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale, *LPA*, n°191, du 24 sept. 2002, p.15, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°28" par B. MATHIEU

²⁸³⁹ Cons. Const., décision. n° 2004-509 DC, du 13 janvier 2005, loi de cohésion sociale, *JO* du 19 janv. 2005, p. 896 ; J.-C. ZARKA, "A propos de l'inflation législative", *D.*, 2005, p.660 ; F. GALLETTI, "Existe-t-il une obligation de bien légiférer ?", *RFDC*, n° 58, 2004, p.387

²⁸⁴⁰ P. MAZEAUD, "Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République", *préc.*

²⁸⁴¹ Les articles 4 et 5 concernent la liberté, l'article 6 l'égalité et l'article 16 la garantie des droits ; Cons. Const., décision n° 99-421 DC du 16 déc. 1999, *loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* ; *Rec.* p. 136, cons. n° 13 Cons. Const., décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *loi de finances pour 2006*

²⁸⁴² V. LASSERRE-KIESOW, "La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle", *D.*, 2002, p.1157

²⁸⁴³ Cons. Const., décision n°2005-530 DC du 29 décembre 2005, *loi de finances pour 2006* ; CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité, préc.*, p.288 ; le Conseil constitutionnel valide une procédure complexe si les règles

L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie

Par conséquent le principe de clarté et les objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi concourent à la sécurité juridique et donc à la qualité de la règle énergétique²⁸⁴⁴. Toutefois, ils agissent sur des terrains différents, offrant une protection complémentaire²⁸⁴⁵. Concernant le principe de clarté, le Conseil vérifie de manière objective que le législateur n'a pas subdélégué à d'autres autorités le traitement de questions relevant de sa compétence ou qu'il n'a pas édicté de règles trop générales ou trop floues qui inciteraient les autorités en charge de les appliquer à empiéter sur le domaine de la loi²⁸⁴⁶. En complément, les objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi exigent que le droit soit non seulement cohérent mais aussi compréhensible. La contrainte est néanmoins plus faible car elle n'impose pas au législateur une obligation de résultat (le droit applicable peut être complexe), mais de moyen (faire en sorte qu'il ne le soit pas inutilement)²⁸⁴⁷. Le contrôle du juge constitutionnel diffère également puisque si la violation du principe est susceptible de conduire à une censure du texte, la prise en compte de l'objectif conduit le Conseil à rendre intelligible la loi là où elle ne l'est pas en recourant aux directives d'interprétation et d'application, voire en procédant à une réécriture des dispositions²⁸⁴⁸. A l'occasion de la saisine relative à la loi POPE, le Conseil indiquait que les articles 1 à 7 comprenant notamment le droit à l'énergie, respectent le principe de clarté et les objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi²⁸⁴⁹.

Le terme de « cavalier » désigne des dispositions contenues dans un projet ou une proposition de loi qui en vertu des règles constitutionnelles ou organiques régissant la procédure législative, n'ont pas leur place dans le texte concerné²⁸⁵⁰. Pour Florence Chaltiel, « lutter contre les cavaliers législatifs, c'est veiller à la qualité de la loi »²⁸⁵¹. Dans le prolongement de ces principes, le Conseil constitutionnel procède à la censure des cavaliers législatifs sur le fondement de l'article 45 de la Constitution²⁸⁵². La décision du 19 janvier 2006 impose alors la règle de l'« entonnoir » selon laquelle les amendements parlementaires intervenant après la première lecture doivent être en relation directe avec les dispositions restant en discussion. En concourant à l'homogénéité de la loi,

nouvelles ont énoncées avec cohérence et précision: Cons. Const., décision n°2004-499 DC du 29 juillet 2004, loi relative à la protection des personnes physiques, des traitements de données à caractère personnel ; des modifications, rapprochées dans le temps, d'une même disposition législative ne porte pas atteinte à la clarté et à l'intelligibilité de la règle : Cons. Const., décision n°2001-451 DC du 21 novembre 2001, loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, cons. 101

²⁸⁴⁴ E. BESSON, " Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi", in J.-M. PONTIER (DIR.), *La simplification du droit*, PUAM, 2006, p.63-84

²⁸⁴⁵ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, "Jurisprudence constitutionnelle", *JCP G*, n°12, I 134, 21/03/2007

²⁸⁴⁶ F. PRIET, "L'incompétence négative du législateur", *RFDC*, n°17, 1994, p.59-85 ; G. SCHMITTER, "L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, p.137

²⁸⁴⁷ J. DE CLUSADE, X. DELCROS et J.J URVOAS, "La qualité de la loi en débat", *Constitutions*, n°2, 2010, p.196 ; F. LUCHAIRE, "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle", *RFDC*, n°64, 2005, p.675-684

²⁸⁴⁸ B. MATHIEU, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle no 28 (4e partie)", *préc.* ; P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse droit, Dalloz, bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006 ; J. SIRINELLI, "La justiciabilité des études d'impact des projets de loi", *RDP*, 2010, p.1368

²⁸⁴⁹ Cons. Const., décision n° 2005-516 DC, du 7 juillet 2005, loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique

²⁸⁵⁰ Cons. const., déc. n°2011-629-DC du 12 mai 2011, *loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*

²⁸⁵¹ F. CHALTIEL, "La censure des cavaliers législatifs par le Conseil constitutionnel", *LPA*, n°216, 29/10/2009, p.3

²⁸⁵² Cons., art. 45 : « Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis » ; F. CHALTIEL, "La censure des cavaliers législatifs par le Conseil constitutionnel", *LPA*, n°216, 29/10/2009, p.3

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

le Conseil constitutionnel promeut la lisibilité du droit²⁸⁵³. Cependant, en intervenant au terme du processus normatif, ces exigences doivent être appréhendées comme des instruments de dernier recours. Ils sont complétés par un principe de normativité de la loi.

b) Le principe de normativité de la loi

Depuis une décision du 21 avril 2005, le Conseil constitutionnel sanctionne les dispositions sans portée normative, qualifiées de « *neutrons législatifs* », au nom la sécurité juridique²⁸⁵⁴. Le juge déduit de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, que « *la loi a pour vocation d'énoncer des règles de droit et doit par suite être revêtue d'une portée normative* »²⁸⁵⁵. En dehors des dispositions particulières prévues par la Constitution, il peut sanctionner une loi non normative, déclarative ou symbolique²⁸⁵⁶. Tel n'est pas le cas des dispositions relatives à la stratégie énergétique nationale, dont le Conseil constitutionnel reconnaît la validité²⁸⁵⁷.

Le Conseil constitutionnel évite de qualifier la sécurité juridique de principe, préférant se référer à une « *exigence constitutionnelle* », expression plus lapidaire et moins contraignante²⁸⁵⁸. En revanche, il la complète par des principes et des objectifs plus précis afin de préciser le contenu de la sécurité juridique et les modalités de son contrôle²⁸⁵⁹.

Ces caractéristiques appellent à prolonger l'analyse en s'intéressant aux moyens procéduraux

B. Des moyens procéduraux

Les instruments procéduraux concourant à une meilleure applicabilité de la règle énergétique s'inscrivent dans un processus itératif constitué d'un contrôle *a priori* (1) et *a posteriori* (2).

²⁸⁵³ F. CHALTIEL, "La censure des cavaliers législatifs par le Conseil constitutionnel", *préc.*

²⁸⁵⁴ Cons. Const., décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005 relative à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école ; Cons. Const., décision n°2004-500DC du 29 juillet 2004, la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales ; dans une proposition de loi constitutionnelle en date du 5 octobre 2004, Jean-Louis Debré proposait de renforcer l'autorité de la loi en insérant en tête de l'article 34 de la Constitution que, « *sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, (la loi) est par nature de portée normative* ».

²⁸⁵⁵ Cons. Const., décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, *préc.* ; DDHC, art. 6: « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.* »

²⁸⁵⁶ J.-E. SCHOETTL, "L'autonomie financière des collectivités territoriales devant le Conseil constitutionnel", *LPA*, n° 162, 13/08/2004, p.12

²⁸⁵⁷ Cons. Const., décision n° 2005-516 DC, du 7 juillet 2005, loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique

²⁸⁵⁸ A. CRISTAU, "L'exigence de sécurité juridique", *D.*, Chron.2814, 2002 ; J.P. CAMBY, "La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle", *RDP*, n° 5, 20/06/2006, p.1169 ; T. DUBUT, "Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des "exigences constitutionnelles"", *RFDC*, n° 80, 2009

²⁸⁵⁹ Le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas explicitement le principe de sécurité juridique et refuse le principe de confiance légitime : Cons. Const., 11 fév. 2011, n° 2010-102-QPC, *AJDA*, 2011, p. 303 ; Cons. Const., n° 96-385 DC, 30 décembre 1996, *loi de finances pour 1997*, *Rec.* p. 145 ; Cons. Const., n° 97-391 DC, 7 nov. 1997, *loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier*, *Rec.* p. 232, cons. n° 6 ; A. BORZEIX, "La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ?", *RDP*, n° 4, 2010, p.981. Il se fonde en revanche sur des principes plus précis tels que la non-rétroactivité des lois : Cons. Const., n° 98-404 DC, 18 déc. 1998, *loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, *Rec.* p. 315, cons. n° 5 ; le respect de la liberté contractuelle : Cons. Const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, *Rec.* p. 258, cons. n° 29

1) Le contrôle *a priori*

Des moyens procéduraux interviennent préalablement à l'adoption de la règle énergétique pour favoriser son applicabilité. Ils sont constitués de l'étude d'impact législative (a) et de la saisine du Conseil d'État pour avis (b).

a) L'étude d'impact législative

L'évaluation des projets de loi est désormais en vigueur dans de nombreux États, majoritairement issus de l'hémisphère nord tels que le Danemark et le Québec²⁸⁶⁰. En France, elle trouve sa source dans un appel du Conseil d'État visant à en faire une procédure rigoureuse et contraignante²⁸⁶¹. Elle a préalablement intégré le droit positif par un acte volontaire de l'administration²⁸⁶². Depuis la révision constitutionnelle de 2008, les projets de lois inscrits à l'ordre du jour des assemblées parlementaires doivent comprendre une étude d'impact composée d'un ensemble de documents relatifs aux objectifs du texte projeté, ses perspectives d'insertion dans l'ordre juridique, ses modalités d'application, et une évaluation des conséquences économiques, sociales et environnementales prévisibles²⁸⁶³. En complément, l'article 98-1 du règlement de l'Assemblée nationale dispose qu'« *un amendement fait l'objet d'une évaluation préalable* », sans toutefois en préciser les modalités.

L'étude d'impact législative doit contribuer à améliorer la qualité de la loi, juguler l'inflation normative et l'instabilité du droit en s'assurant de la nécessité et de la proportionnalité de nouvelles dispositions²⁸⁶⁴. Le Conseil d'État considère qu'en vue d'assurer la bonne information du Parlement, l'étude doit se conformer aux obligations de loyauté, de sincérité et de sérieux, opérant une vérification de leur respect pour chaque ensemble inséparable de dispositions²⁸⁶⁵. Il vérifie également le caractère complet et précis²⁸⁶⁶. A cet effet, l'obligation faite par l'article 6 de la Charte de l'environnement de promouvoir un développement durable en conciliant la protection et la mise

²⁸⁶⁰ OCDE, *Examens environnementaux de l'OCDE Danemark*, 2008, p. 158 ; N. DIERYCKXVISSCHERS, *Propositions opérationnelles pour que des évaluations intégrées de l'impact des projets de loi puissent être réalisées dans le cadre de leur préparation*, ENA, rapport de stage en administration centrale, Paris, nov. 2008, p. 10 ; loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, art. 8

²⁸⁶¹ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité, préc.*

²⁸⁶² Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et la mise en œuvre de la réforme de l'État, JO du 28 juillet 1995, p. 11218 ; circulaire du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact, JO, 1er décembre 1995, p. 17566 ; circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État, JO du 6 février, p. 1912 ; circulaire du 28 décembre 1998, relative à l'évaluation des politiques publiques, JO 12 février 1999, p. 2240 ; circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, JORF n°199 du 29 août 2003, p. 14720

²⁸⁶³ Const., art. 15 ; loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF n°89 du 16 avril 2009 p. 6528 ; circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle, JORF n°89 du 16 avril 2009 p.6546 ; P. TÜRK, *Les Institutions de la Vè République*, Gualino, 2è. éd., 2009, p. 133 ; M. VERPEAUX, "Le nouveau droit parlementaire est arrivé - À propos de la loi organique du 15 avril 2009", JCP G, n°29, 13/07/2009, 144 ; A.-S. DENOLLE, "Les études d'impact : une révision manquée ? ", RFDC, 2011/3 n° 87, p. 499-514 ; B.-L. COMBRADE, "À qui profite l'étude d'impact ?", LPA, 24/01/2012, n°17, p.6 et s.

²⁸⁶⁴ J.-P. BALCOU, "Les études d'impact : mieux légiférer par l'évaluation préalable", in M. PHILIP-GAY (DIR.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi, préc.*, p.85

²⁸⁶⁵ Cons. Const., décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, *loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, §25 ; J.-M. SAUVÉ, "La qualité de la loi", *préc.*

²⁸⁶⁶ J.-P. BALCOU, "Les études d'impact : mieux légiférer par l'évaluation préalable", in M. PHILIP-GAY (DIR.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p.95-117

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social oblige l'administration à procéder à une évaluation du projet au regard des considérations économiques, sociales et environnementales de l'énergie. En cas d'absence ou de manquement grave, le Conseil peut rejeter le projet en totalité ou en partie, prononcer un sursis à l'examen au fond ou procéder à des observations et des propositions de rectification de l'étude avant le dépôt du projet devant une Assemblée parlementaire²⁸⁶⁷.

Un second contrôle est opéré lors du dépôt du projet devant une assemblée parlementaire puisqu'il revient à la conférence des présidents de l'assemblée saisie, de déterminer si le projet remplit les conditions fixées, ce dernier ne pouvant à défaut être inscrit à l'ordre du jour. En cas de désaccord du Gouvernement, celui-ci ou le président de l'Assemblée considérée peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans le délai de huit jours. Le Conseil constitutionnel précise que l'exigence de procéder à une étude ne s'impose que pour les rubriques pertinentes au regard de l'objet de la loi²⁸⁶⁸. Il estime que si l'étude ne satisfait pas ou qu'en partie les prescriptions de l'article 8 de la loi organique, il appréciera le respect de ces dispositions au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation²⁸⁶⁹.

L'étude d'impact législative peut donc concourir à l'amélioration de la qualité de la règle énergétique²⁸⁷⁰. Mais pour être efficace, l'étude d'impact législative devrait s'étendre à toutes les catégories de projets de loi et être étendue aux actes réglementaires²⁸⁷¹. Cette évolution est sollicitée par le Conseil d'État concernant les projets de décret d'application des lois et ceux du pouvoir réglementaire autonome²⁸⁷².

²⁸⁶⁷ Le Conseil d'État prononça une disjonction du projet de loi de ratification de l'ordonnance relative à certaines installations classées pour la protection de l'environnement (ordonnance n°2009-663 du 11 juin 2009) pour absence d'étude d'impact relative à ces dispositions. Concernant le projet de loi portant réforme de la taxe professionnelle, le Conseil d'État estima qu'en l'absence d'élément présentant les conséquences financières pour les collectivités territoriales de la réforme, l'évaluation ne satisfaisait pas aux obligations imposées par l'article 8 de la loi organique. Il a demandé au Gouvernement que le Parlement puisse disposer d'une étude d'impact répondant aux exigences de la loi organique au plus tard le jour du dépôt du projet de loi sur le bureau de l'Assemblée nationale : CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public*, 2010, p. 99

²⁸⁶⁸ Cons. Const., décision n° 2009-579 DC du 09 avril 2009, *loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution* ; *Cah. cons. const.*, n°27, 2009 ; L. BAGHESTANI-PERREY, "A propos de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution", *LPA*, 26/06/2009, p.6-9

²⁸⁶⁹ *Ibidem*

²⁸⁷⁰ C. GOASGUEN et J. MALLOT, *Les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi*, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques 19/11/2009 ; C.-A. MORAND, "Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation", *droit et Société*, 1988, p.391 et s.

²⁸⁷¹ En sont exclus les projets de loi constitutionnelle, de programmation des finances publiques, prorogeant l'état de crise, de loi de finance, de financement de la sécurité sociale. D'autres sont soumis à un formalisme particulier (projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation des traités, dispositions des projets de lois de finance et de financement de la sécurité sociale relevant du domaine partagé avec la loi ordinaire: loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *JORF* n°89 du 16 avril 2009, p. 6528, art. 11 ; M. PHILIP-GAY, "Les études d'impact. Plaidoyer pour une plus grande utilisation des études d'impact législatives", in J. GICQUEL, A. LEVADE, B. MATHIEU et D. ROUSSEAU, *Un Parlement renforcé ? Bilan et perspectives de la réforme de 2008*, Dalloz, 2012, p.71-80

²⁸⁷² CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2011 : Consulter autrement, participer effectivement*, La documentation française, 2011 ; N. DIERYCKXVISSCHERS, *Propositions opérationnelles pour que des évaluations intégrées de l'impact des projets de loi puissent être réalisées dans le cadre de leur préparation*, ENA, Rapport de stage en administration centrale, Paris, nov. 2008

L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie

Elle requiert également d'être réalisée le plus en amont possible du projet afin d'intégrer l'ensemble des considérations envisageables²⁸⁷³. En ce sens, la circulaire du 15 avril 2009 précise que la préparation de l'étude d'impact « doit être engagée dès le stade des réflexions préalables sur le projet de réforme » et « ensuite être affinée au fur et à mesure de l'élaboration du projet »²⁸⁷⁴. Cependant, le Conseil constitutionnel considère que la loi organique ne permet pas d'imposer au Gouvernement la rédaction de l'étude dès le début de l'élaboration du projet de loi²⁸⁷⁵. Cette solution ne doit pas constituer une justification pour une réalisation tardive, devenant dans ce cas un moyen de justification plutôt qu'un instrument d'aide à la décision²⁸⁷⁶.

L'évaluation présente encore des limites dans le caractère auto-évaluatif de la mesure. En effet, la circulaire du 15 avril 2009 indique que la compétence relève du « ministre principalement responsable du projet de réforme »²⁸⁷⁷. Certes celui-ci peut travailler de concert avec le secrétariat général du Gouvernement pour « déterminer les concours susceptibles d'être recherchés auprès d'autres administrations pour contribuer aux travaux d'évaluation préalable », mais cela demeure une faculté²⁸⁷⁸. Or, une part essentielle des défauts imputables à la qualité de la loi sont attribués au Gouvernement²⁸⁷⁹. Cette situation conduit la doctrine à solliciter la solution d'une évaluation contradictoire et réalisée par une instance extérieure à l'exécutif à l'instar des pratiques anglo-saxonnes²⁸⁸⁰.

L'étude d'impact législative implique enfin une analyse économique du droit afin de déterminer les mesures les plus pertinentes pour parvenir au but envisagé²⁸⁸¹. De plus, si le recours à la norme est considéré comme le plus adéquat pour satisfaire l'intérêt général, son efficacité optimale peut se traduire par une gestion déléguée (négociation entre les acteurs du secteur énergétiques et les personnes touchées par ces activités, contrôle du secteur énergétique par des représentants des usagers du service, création d'associations d'usagers pour partager les biens collectifs...). La question se présente avec une acuité particulière dans un secteur aussi capitalistique que l'énergie et dont les modalités de gestion allant du monopole naturel au principe

²⁸⁷³ SGG, *Guide méthodologique des études préalables*, sept. 2006

²⁸⁷⁴ Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle, *préc.*, 1/, 3^{ème} al. ; S. CAUDAL, "Etudes d'impact législatives et études d'impact environnementales : éléments de comparaison", in M. PHILIP-GAY (DIR.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, *préc.*, p.25-37

²⁸⁷⁵ F. CHALTIEL, "La loi organique relative aux articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution devant le Conseil constitutionnel : revalorisation du Parlement ou protection du Gouvernement ?", *LPA*, 28/05/2009, p.4-9 ; J. SIRINELLI, "La justiciabilité des études d'impact des projets de loi", *RDP*, n° 5, 20/10/2010, p.1367

²⁸⁷⁶ B. LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, mars 2004

²⁸⁷⁷ Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle, *préc.*, 1/, 3^{ème} al.

²⁸⁷⁸ *Ibidem.*, 1/, 4^{ème} al.

²⁸⁷⁹ S. CAUDAL, "Etudes d'impact législatives et études d'impact environnementales : éléments de comparaison", *préc.*, p.30

²⁸⁸⁰ S. BRACONNIER, "La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique", *RDP*, 1998, p.82 ; A. HAQUET, "Les études d'impact des projets de loi : espoirs, scepticisme et compromis", *AJDA*, 2009, p.1986 ; B. LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, *préc.*, p.37-38 ; J. BELL, "La loi britannique et la sécurité juridique", *EDCE*, Rapport public 1986, La Documentation française, 1987, p.381 ; P. BLACHER, "Les études d'impact dans la procédure législative", in M. PHILIP-GAY (DIR.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p.58 et s.

²⁸⁸¹ F. LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, La découverte, 2004 ; J.-F. KERLEO, "L'analyse économique des projets de loi dans les études d'impact Bilan critique du droit constitutionnel économique émergent", in M. PHILIP-GAY (DIR.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, *préc.*, p.133-151

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

de libre concurrence permettent des formes de régulation diversifiées.

En sus de son intervention dans l'examen de l'étude d'impact législative, le Conseil d'Etat participe à l'analyse qualitative des projets dans la saisine pour avis.

b) La saisine du Conseil d'État pour avis

Le Conseil d'État est obligatoirement saisi par le Gouvernement des projets de loi, d'ordonnances, et de décrets en Conseil d'État, ainsi que ceux pris pour modifier des dispositions législatives intervenues dans des matières devenues réglementaires²⁸⁸². Le Gouvernement a également la faculté de lui soumettre tout projet de texte et de l'interroger par une demande d'avis, sur toute question juridique ou administrative qui lui paraît présenter une difficulté. La procédure se caractérise par des délais brefs, en moyenne de trois semaines²⁸⁸³.

Depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil d'État peut être saisi par le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat pour l'examen de propositions de loi²⁸⁸⁴. La saisine demeure facultative, le parlementaire auteur de la proposition pouvant s'y opposer. Bien que ces procédures aient pour finalité commune d'améliorer la qualité normative, elles diffèrent sur le fond puisque l'avis se limite à des observations juridiques et à des suggestions de rédaction pour les propositions de loi, tandis que le Conseil est compétent pour rédiger un nouveau texte concernant les projets de loi. Cette distinction trouve sa source dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui considère que le pouvoir de création législative des parlementaires doit pouvoir s'exercer de la manière la plus large possible²⁸⁸⁵. Il est également possible de considérer que le dépôt de la proposition devant l'une des assemblées a pour effet de « cristalliser » le texte, réduisant ainsi la marge de manœuvre du juge²⁸⁸⁶.

Le contrôle du Conseil est inspiré par le principe de sécurité juridique et porte sur le respect de la hiérarchie des normes ; la clarté des énoncés ; la simplicité des dispositifs et des procédures ; la cohérence ; l'aménagement des régimes transitoires ; la prohibition des validations législatives, sauf cas particulier justifié par des motifs impérieux d'intérêt général²⁸⁸⁷. Ces avis sont dénués de portée contraignante mais les risques d'illégalités, d'inconventionnalité, et d'inconstitutionnalité relevés leur confèrent une autorité morale que le Gouvernement est invité à respecter au risque d'une censure ultérieure du dispositif²⁸⁸⁸.

Le Conseil d'État contribue donc à l'amélioration qualitative des lois et des règlements²⁸⁸⁹. Cependant, ces avis demeurent secrets, conformément à l'article 1 de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, ce qui peut sembler archaïque au regard des exigences

²⁸⁸² Respectivement : Const., art. 39, 38 et 37 al. 2

²⁸⁸³ Circulaire du Premier ministre du 2 janvier 1993 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au *Journal officiel*, *JORF* du 7 janvier 1993.

²⁸⁸⁴ Const., art. 39

²⁸⁸⁵ Cons. const., 29 décembre 1989, déc. n°89-268 DC, § 21

²⁸⁸⁶ J.-M. SAUVÉ, "La qualité de la loi", *préc.*

²⁸⁸⁷ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, n°57, Études et documents, Paris, la documentation française, mars 2006, p.291

²⁸⁸⁸ B. STIRN, "Conseil d'État - organisation - fonctionnement", *JCLA*, fasc. 1020, 27/07/2004

²⁸⁸⁹ A. PLANTEY, "Le rôle du Conseil d'État dans la confection de la loi", Groupe de travail présidé par R. DRAGO, *La confection de la loi*, Académie des sciences morales et politiques, mars 2003, p.61-64

L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie

croissantes de transparence et de participation du public. Néanmoins, le Gouvernement peut à sa discrétion décider de les publier. Cette caractéristique obère donc partiellement l'évaluation normative pour le citoyen. Cette solution continue de faire débat, *a fortiori* depuis la possibilité de se prononcer sur les propositions de loi, terrain sur lequel il sera en pratique difficile de conserver un caractère secret²⁸⁹⁰.

En complément le Conseil publie des rapports et thématiques sur la sécurité juridique, les AAI, et la participation du public, contribuant à améliorer la qualité de la règle énergétique.

Ce dispositif de contrôle *a priori* de la qualité rédactionnelle des projets normatifs se combine avec des instruments de contrôle *a posteriori*.

2) Le contrôle *a posteriori*

Le contrôle juridictionnel de la qualité normative du droit de l'énergie se caractérise par une intervention des juges administratif (a) et constitutionnel (b).

a) Les pouvoirs du juge administratif

Alors que le Conseil d'État assure un rôle fondamental en amont du processus normatif, ses compétences juridictionnelles s'avèrent restreintes lorsqu'il s'agit de censurer un acte administratif non-conforme aux exigences de qualité normative. Ces limites se manifestent d'un point de vue matériel, le Conseil d'État reconnaissant un principe de sécurité juridique qui manque de précision, là où le Conseil constitutionnel préfère se fonder sur des instruments plus précis tels que les principes de clarté, de normativité et les objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi²⁸⁹¹. De plus, en exigeant « *un but d'intérêt général suffisant* », le principe de sécurité juridique s'inscrit dans la relativité²⁸⁹². Toutefois, le juge administratif peut compléter ce fondement par des dispositions plus précises telles que le principe général de non-rétroactivité des actes administratifs²⁸⁹³. Le Conseil accepte également de censurer des actes lorsque des contradictions internes les rendent inapplicables ou lorsque leur manque de précision ne permet pas de mettre en œuvre les dispositions législatives qu'ils sont censés appliquer²⁸⁹⁴.

Ces faiblesses relatives se révèlent encore dans la capacité des administrés à contester la validité d'un acte administratif, en principe limitée à deux mois dans le cadre du recours pour excès de pouvoir²⁸⁹⁵. Une fois ce délai passé, le requérant pourra invoquer l'exception d'illégalité en soulevant l'illicéité d'un acte par voie incidente²⁸⁹⁶. Dans ce cas de figure, la portée de la décision demeure restreinte par l'autorité relative de la chose jugée, la décision juridictionnelle étant sans incidente sur la validité de l'acte en dehors dudit litige. Une réflexion pourrait alors être engagée sur l'opportunité de conférer au juge administratif un pouvoir d'injonction à l'encontre de

²⁸⁹⁰ X. VANDENDRIESSCHE, "L'initiative législative, garante de la qualité de la loi ?", *LPA*, n°254, 19/12/2008, p.62 ; S. BOT, "L'aggiornamento du Conseil d'État : entre modernité et tradition", *RDP*, n°5, 2010, p.1273

²⁸⁹¹ A. CRISTAU, "L'exigence de sécurité juridique", *préc.*

²⁸⁹² CE, 19 janv. 2011, n° 343389, *EARL Schmittseppel*, *JurisData* n° 2011-000462

²⁸⁹³ CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, *Rec.* p. 289, *GAJA*, n°682

²⁸⁹⁴ CE, Sect., 7 mai 1965, *Blanc et Truchet*, *concl. J. RIGAUD*, *AJDA*, 1965, p.529 ; CE, 12 juin 1998, *Fédération des aveugles et handicapés visuels de France*, *RFDA*, 1998, p.901-903

²⁸⁹⁵ J. WALINE, *Droit administratif, préc.*, n°625

²⁸⁹⁶ *Ibidem*, n°614

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

l'administration, en vue de procéder aux aménagements nécessaires pour rendre l'acte conforme aux exigences de qualité. La situation contraste avec les pouvoirs dévolus au juge constitutionnel²⁸⁹⁷.

b) Les pouvoirs du juge constitutionnel

L'étendue des pouvoirs du Conseil constitutionnel se manifeste à trois égards²⁸⁹⁸. D'abord, la compétence *a priori* du Conseil concernant la qualité de la loi est étendue depuis 2008 par la possibilité de se prononcer sur la recevabilité des projets de loi, au regard de la suffisance de l'étude d'impact législative²⁸⁹⁹. L'introduction d'un contrôle *a posteriori* permet au Conseil d'exercer un contrôle *ex ante* et *ex post* des lois²⁹⁰⁰. Ensuite, la censure d'une disposition législative pour inconstitutionnalité se traduit par une annulation de l'acte litigieux, conférant une autorité absolue de la chose jugée, produisant un effet *erga omnes*, signifiant que la mesure est applicable à tous²⁹⁰¹. Enfin, l'autorité du Conseil se traduit par la possibilité de recourir *ad vitam aeternam*, tant qu'il s'agit d'une question nouvelle qui n'a pas déjà été tranchée, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. En ce sens, le Conseil constitutionnel censura dans la décision du 7 décembre 2010, l'article L. 2333-5 du CGCT relatif à la taxe communale d'électricité, sur le fondement du principe d'égalité²⁹⁰².

Un processus général d'évaluation de la qualité formelle s'applique donc à la règle énergétique. Cette situation est fondamentale parce qu'en garantissant des considérations de formes suffisantes, ce modèle constitue un préalable à la prise en compte des finalités du droit de l'énergie par le droit positif, régie par des instruments d'évaluation de l'application²⁹⁰³.

2/ L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie

Alors que l'évaluation de l'applicabilité porte sur des considérations formelles, l'évaluation de l'application s'intéresse au fond, en étudiant les impacts énergétiques négatifs susceptibles d'être engendrés par un projet de norme au regard des objectifs du droit de l'énergie²⁹⁰⁴. Outre la multiplication des dispositions sectorielles consacrant cette évaluation énergétique, un fondement juridique commun pourrait être trouvé dans l'article 6 de la Charte de l'environnement disposant que « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles*

²⁸⁹⁷ P. BLACHER, "Les études d'impact dans la procédure législative", in M. PHILIP-GAY (DIR.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi, préc.*, p.56

²⁸⁹⁸ L. MILANO, "Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi", *RDP*, n° .3, 20/06/2006, p.637 ; D. CHAMUSSY, "Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique", in CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, mars 2006, p.348 ; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, "La sécurité juridique: le point de vue du juge constitutionnel", in CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, mars 2006, p.368

²⁸⁹⁹ X. VANDENDRIESSCHE, "L'initiative législative, garante de la qualité de la loi ?", *préc.*

²⁹⁰⁰ R. BADINTER, D. LE PRADO, C. CHARRIÈRE-BOURZANEL, B. CHATON et D. SALAS, "La question prioritaire de constitutionnalité en débat", *Constitutions*, n° .1, 2010, p.17 ; P. BON, "La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009", *RFDA*, 2009, p.1107 ; M. VERPEAUX, "Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité", *AJDA*, 2010, p.88

²⁹⁰¹ P. TÜRK, *Théorie générale du droit constitutionnel*, Gualino, 2009, p.83

²⁹⁰² Cons. const. 4 févr. 2011, n° 2010-97 QPC ; R. HERTZOG et G. SIAT, "Fiscalité locale et énergie : des relations discrètes, réciproquement fructueuses", in *Les collectivités territoriales et l'énergie - Annuaire 2007 des collectivités locales*, CNRS éditions, 2007, p.93-101

²⁹⁰³ A. JEAMMAUD et E. SERVERIN, "Évaluer le Droit", *D.*, 1992, p.263

²⁹⁰⁴ Y. LEROY, "La notion d'effectivité du droit", *Droit et société*, 2011/3 n° 79, p.715-732

L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie

concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». L'exégèse repose sur le postulat selon lequel l'évaluation des politiques publiques constitue un préalable à toute tentative de conciliation et que l'évaluation des impacts économiques, sociaux et environnementaux inclut nécessairement les considérations économiques, sociales et environnementales du droit de l'énergie²⁹⁰⁵. Le caractère opérationnel de ce dispositif repose sur des objectifs propres au droit de l'énergie et des instruments chargés d'évaluer les projets normatifs à leur égard (I). L'application effective de ce dispositif amène à étudier les moyens de contrôle de cette prise en compte (II).

I. L'émergence d'objectifs propres au droit de l'énergie

Le contrôle de l'effectivité des objectifs du droit de l'énergie implique préalablement définir ceux-ci (A). L'évaluation du projet normatif est ensuite assurée par le bilan énergétique tel qu'étudié dans la première partie, dont la multiplication des usages conduit à son harmonisation sur le plan juridique (B).

A. Des objectifs généraux

Le système juridique national comprend un ensemble d'objectifs visant à orienter les décisions des décideurs publics lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir un impact négatif et significatif sur les besoins en énergie. Ils trouvent leur source dans les lois de programmation sur la politique énergétique (1) et la stratégie nationale de développement durable (2).

1) Les objectifs des lois de programmation sur la politique énergétique

Des lois de programmation établissent les objectifs du droit de l'énergie (a) et se caractérisent par la variabilité de leur portée juridique (b).

a) Des objectifs législatifs

L'article L.100-4 du code de l'énergie dispose que les objectifs assignés à la politique énergétique sont énoncés dans la loi POPE et dans le chapitre IV du titre Ier de la loi Grenelle 1. Ces objectifs comprennent une division par quatre les émissions nationales de gaz à effet de serre par d'ici 2050 par rapport à 1990 ; une baisse annuelle de l'intensité énergétique finale de 2% dès 2015 et de 2,5% d'ici 2030 ; baisser de 38 % la consommation énergétique des bâtiments existants d'ici 2020 ; réduire de 20 % des consommations d'énergie des bâtiments de l'Etat et de ses établissements publics d'ici 2015 ; une part des énergies renouvelables d'au moins 23 % de la consommation d'énergie finale d'ici 2020 ; une part de 10 % de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans tous les modes de transport en 2020 ; des constructions neuves à compter de la fin 2012 présentant une consommation d'énergie primaire inférieure à un seuil de 50 kilowattheures par mètre carré et par an en moyenne ; et des constructions neuves à énergie positive, d'origine renouvelable dès 2020 ; accroître la part des exploitations agricoles à faible

²⁹⁰⁵ F.-G. TRÉBULLE, "Droit du développement durable", *JCL env.*, fasc. 2400, 01/07/2010, n°159 ; J. MÉRY, "L'éthique environnementale dans les outils d'évaluation économique et environnementale : application à l'équité intergénérationnelle et à la gestion des déchets", *Vertigo*, avril 2010

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

dépendance énergétique à 30 % d'ici 2013²⁹⁰⁶.

Le code de l'énergie complète ce dispositif en prévoyant des « *objectifs* » consistant à assurer la sécurité d'approvisionnement, maintenir un prix de l'énergie compétitif, préserver la santé humaine et l'environnement, et garantir la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie. Ils sont mis en œuvre dans des « *axes* » visant à maîtriser la demande d'énergie et favoriser l'efficacité ainsi que la sobriété énergétiques ; diversifier les sources d'approvisionnement énergétique, réduire le recours aux énergies fossiles et augmenter la part des énergies renouvelables dans la consommation d'énergie finale ; développer la recherche dans le domaine de l'énergie ; et assurer des moyens de transport et de stockage d'énergie adaptés aux besoins²⁹⁰⁷. Ils sont à leur tour précisés par des objectifs sectoriels fixés par le pouvoir réglementaire.

Ces objectifs ont pour fonction de fixer un cap pour les décideurs et portent sur les considérations économiques, sociales et environnementales du droit de l'énergie. Néanmoins, l'orientation demeure partielle puisque ces mesures ne permettent pas de déterminer précisément un résultat à atteindre. En ce sens, le législateur prévoit un objectif de 23% d'énergie renouvelable dans la consommation finale d'énergie d'ici 2020, mais ne précise pas les caractéristiques des 77% restants. Cette incomplétude est mise en exergue dans le rapport sur les gaz et huiles de schiste qui propose un débat parlementaire sur la politique afin de déterminer le bouquet énergétique national²⁹⁰⁸. Le changement climatique et la catastrophe de Fukushima ont conforté l'intérêt du public pour un « *Grenelle de l'énergie* », menant à un débat citoyen sur la transition énergétique à l'automne 2012 qui pourrait consolider les objectifs existants dans une loi de programmation au premier semestre de 2013²⁹⁰⁹.

Les objectifs législatifs du droit de l'énergie constituent donc des instruments essentiels d'orientation des choix sur le plan énergétique et cette fonction structurante conduit à préciser leur portée juridique.

b) Une portée juridique variable

Le caractère prescriptif des objectifs formulés dans le droit a été contesté à plusieurs

²⁹⁰⁶ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 2, 4, 5, 19, 25 et 48; loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *préc.*, art. 3 ; C. énerg., art. L. 641-6

²⁹⁰⁷ C. énerg., art. L.100-1 et 4 ; J. CHATZIMARKAKIS, "La politique européenne dans un triangle magique!", *LPA*, n° 84, 26/04/2007, p.15-18 ; communication de la Commission au Conseil européen et au Parlement européen - une politique de l'énergie pour l'Europe, COM (2007)1 ; C. BARTHÉLEMY, "La loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique et les collectivités locales", *JCP-A*, n°36, 05/09/2005 ; N. FONTAINE, *Livre blanc sur les énergies*, Ministère de l'industrie, la documentation française, nov. 2003 ; M. RUETE, "Une politique européenne de l'énergie", *LPA*, n° 84, 26/04/2007, p.5 ; J. CHATZIMARKAKIS, "La politique européenne dans un triangle magique!", *LPA*, n° 84, 26/04/2007, p.15-18

²⁹⁰⁸ F.-M. GONNOT et P. MARTIN, *Rapport d'information sur les gaz et huile de schiste*, AN, n°3517, 08/06/2011

²⁹⁰⁹ E. AUBIN, "CGT : "Dans ce pays, pour avoir une négociation il faut un conflit"", *Le Monde*, 26/20/2010, www.lemonde.fr ; "Nucléaire : les ONG veulent un Grenelle de l'énergie", *Le Parisien*, 14/03/2011, www.leparisien.fr ; A. GOSSEMENT, "Nicolas Sarkozy réfléchit à un Grenelle de l'énergie", 14/03/2011, www.arnaudgossement.com ; A. PIQUARD, "Un débat sur les choix nucléaires avait déjà eu lieu en 2005", *Le Monde*, 18/03/2011, www.lemonde.fr

L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie

reprises²⁹¹⁰. En effet, les objectifs sont considérés comme des normes « faibles » ou « souples », en raison de leur caractère prospectif et de l'importante marge de manœuvre de l'autorité chargée de les mettre en œuvre²⁹¹¹. Cette remarque s'applique aux objectifs du droit de l'énergie, et a conduit la Commission supérieure de codification à ne pas codifier les articles 2 à 6 de la loi POPE en les considérant *a priori* comme non-normatifs²⁹¹².

La question est de savoir si les objectifs du droit de l'énergie sont pour autant dénués de toute normativité, celle-ci étant entendue comme un énoncé visant à déterminer une conduite humaine. D'une manière générale, il convient de noter qu'en fixant un cap à l'action publique, ces objectifs rendent le droit intelligible et participent à sa prévisibilité, voire à sa stabilité²⁹¹³. De plus, la jurisprudence relative aux objectifs de valeur constitutionnelle a démontré leur capacité à constituer de véritables normes²⁹¹⁴. Une interprétation *a contrario* de l'exégèse de la Commission supérieure de codification conduirait ensuite à considérer les objectifs inscrits dans le code de l'énergie comme revêtant une valeur normative²⁹¹⁵.

En réalité, une approche au cas par cas semble devoir être adoptée, en portant l'attention sur les modalités rédactionnelles (emploi de l'impératif ou du futur), le degré de précision, et les moyens de contrôler leur effectivité²⁹¹⁶. Celle-ci sera notamment facilitée lorsque ces objectifs auront pour origine le droit de l'Union, dont l'absence de mise en œuvre est susceptible de faire l'objet d'un recours en manquement²⁹¹⁷. Dans certains cas, ces objectifs pourraient également servir d'instrument d'interprétation du juge, le président Braibant considérant qu'« *il y a parfois une indication qui peut éclairer le sens à donner au texte* »²⁹¹⁸.

Par conséquent, les objectifs du droit de l'énergie semblent en mesure d'orienter l'activité normative et juridictionnelle avec selon un degré variable, et impliquent une interprétation au cas par cas. Cette fonction d'orientation est corroborée par un second ensemble d'objectifs issus de la stratégie nationale de développement durable.

²⁹¹⁰ P. AMSELEK, "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", *RDP*, 1982, p. 287 et s. ; J.-B. AUBY, "Prescription juridique et production juridique", *RDP* 1988, p. 673 et s., J. CHEVALLIER, "Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique", *RDP*, 1988, p.677-678

²⁹¹¹ P. DE MONTALIVET, "Les objectifs sont-ils des règles de droit ? ", in B. FAURE (DIR.), *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2010, p. 47 à 62

²⁹¹² COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Dix-neuvième rapport annuel 2008, préc.*, p. 48

²⁹¹³ J.-F. BRISSON, "Objectifs dans la loi et efficacité du droit", in B. FAURE (DIR.), *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2010, p. 29-46

²⁹¹⁴ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse droit, Dalloz, bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006

²⁹¹⁵ En ce sens, le rapport fait au Conseil supérieur de l'énergie précise que « *cette solution a été avalisée par la Commission supérieure de codification et permet de ne pas passer sous silence les fortes orientations de la politique énergétique française, tout en évitant de codifier des dispositions non normatives* » : *Rapport de présentation au Conseil supérieur de l'énergie, relatif à l'ordonnance n°2010-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie*, 2011

²⁹¹⁶ Y. AGUILA, "Valeur de la Charte de l'environnement", *préc.*

²⁹¹⁷ Tel est le cas de la directive 2009/28/CE qui prévoit un objectif contraignant de 20% d'énergie provenant de sources renouvelables dans la consommation totale de l'Union.

²⁹¹⁸ G. BRAIBANT, "Codifier : pourquoi ? Comment ?", *préc.*, p. 137 ; Y. AGUILA, "Valeur de la Charte de l'environnement", *préc.*

2) Les objectifs de la stratégie nationale de développement durable

Une innovation des objectifs de la SNDD tient à leur élaboration pluripartite (a) mais trouve des limites dans une portée juridique limitée (b).

a) Une détermination pluripartite de la règle énergétique

La SNDD se présente comme un projet de société visant à « dessiner les voies d'une économie à la fois sobre en ressources naturelles et décarbonnées mais aussi intégrant davantage les dimensions humaines et sociales »²⁹¹⁹. Elle fixe des objectifs pour la règle énergétique dans l'ensemble des neuf « défis » qui la structurent²⁹²⁰. Ces objectifs sont de limiter le réchauffement climatique à 2°C, supposant de stabiliser les émissions mondiales de gaz à effets de serre d'ici à 2020 au plus tard, puis de les réduire de moitié d'ici 2050 par rapport à 1990 ; réduire de 20 % les émissions de gaz à effet de serre par rapport à 1990, accroître de 20% l'efficacité énergétique et porter à 20% la part des énergies renouvelables en 2020 ; diminuer de 38 % de la consommation dans les bâtiments existants ; réduire de 20% les émissions de gaz à effet de serre d'ici 2020 dans le secteur des transports afin de les ramener au niveau d'émissions de 1990 ; porter à 23 % en 2020 la part des énergies renouvelables dans la consommation énergétique finale ; dans les départements d'outre-mer, atteindre en 2020, 50% d'énergies renouvelables et parvenir à l'autonomie énergétique totale en 2030. Ils sont relayés par des indicateurs élaborés par le ministère du développement durable et l'INSEE sous la forme d'objectifs chiffrés. En ce sens, Emmanuelle Alfandary précise que « la consommation d'énergie est le premier domaine à prendre en compte »²⁹²¹. La SNDD constitue donc un instrument essentiel d'orientation de la règle énergétique.

Une autre innovation de la SNDD vient du fait que la loi prévoit la collaboration des représentants de la société civile²⁹²². En ce sens, le Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement est composé quatre collèges de huit membres (élus, employeurs, organisations syndicales, associations de protection de l'environnement) et de six représentants de personnes morales agissant dans le domaine de la famille, de la défense des consommateurs, de la solidarité, de l'insertion sociale, de la jeunesse et de l'aide au développement, ainsi qu'un représentant des chambres consulaires²⁹²³. Il est associé à l'élaboration et à l'évaluation de la SNDD, et donne son avis sur les rapports annuels de suivi et d'évaluation de la SNDD avant leur transmission au Parlement. Il apporte son concours à la politique du Gouvernement en faveur du développement durable, dispose de la faculté d'émettre des propositions, des recommandations et peut s'autosaisir²⁹²⁴.

²⁹¹⁹ Communiqué de presse du MEEDDM du 27/07/10

²⁹²⁰ PREMIER MINISTRE, *Stratégie nationale de développement durable, vers une économie verte et équitable*, juil. 2010

²⁹²¹ MEEDDM et INSEE, *Les indicateurs de la stratégie nationale de développement durable 2010-2013*, juill. 2010 ; E. ALFANDARY, "Les indicateurs environnementaux, de nouveaux outils pour le droit de l'environnement", *Droit de l'env.*, n° 140, juil./août 2006, p.220-223

²⁹²² Loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art.1§5

²⁹²³ C. env., art. D. 134-1 à 7

²⁹²⁴ D. PIETTE, "Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement: un comité de plus, ou de trop?", *Droit de l'env.*, n°179, juin 2010, p.178-179 ; A. CURZYDLO-MULLER, "Création du Comité national du

L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie

Cette organisation multipartite trouve son origine dans le Grenelle de l'environnement est s'avère fondamentale parce qu'elle contribue, en forme simplifiée, à une élaboration et au suivi collectif des orientations énergétiques²⁹²⁵. De plus, elle organise la réflexion et le développement d'une culture de l'évaluation par les destinataires de la norme. Ainsi, en sus d'établir des objectifs pour la règle énergétique, la SNDD procède à une évaluation de ceux-ci par les réceptionnaires de la norme.

Cependant, cette originalité doit être nuancée par une portée juridique limitée.

b) Une portée juridique limitée

L'article D.134-9 du code de l'environnement dispose que le comité interministériel pour le développement durable « adopte » la SNDD. L'absence de référence aux modalités de l'adoption conduit à dénier toute valeur contraignante à cette stratégie²⁹²⁶. Cependant, la SNDD peut influencer sur le droit positif au motif qu'elle institue un cadre moral dans lequel des mesures contraignantes sont adoptées. Par conséquent, elle pourrait servir de support au contentieux, puisqu'en posant des objectifs concrets et chiffrés, elle contribue à orienter la règle énergétique et donc sa compréhension aux yeux du juge qui pourra s'en inspirer pour en sanctionner les manquements. Surtout, la valeur juridique de ces objectifs pourrait intervenir en se fondant sur les bases juridiques directes de ces objectifs qui sont généralement des reprises du droit positif.

Les objectifs de la SNDD complètent donc ceux du droit de l'énergie pour former un cadre de conduite des activités humaines dans le secteur énergétique. Cependant, l'évaluation de la compatibilité de la mesure envisagée avec ces objectifs implique de recourir à un instrument commun d'évaluation : le bilan énergétique.

B. Des instruments communs d'évaluation

Le bilan énergétique constitue un instrument d'évaluation des impacts énergétiques d'une décision. Bien que construit sur des législations sectorielles, sa méthode tend à se standardiser (1) révélant de nouvelles exigences en termes de transparence (2).

1) Une standardisation des évaluations

Le bilan énergétique se présente comme un instrument d'aide à la décision en offrant au décideur une information de ses décisions choix sur le plan énergétique. L'efficacité du dispositif requiert donc de se fonder sur des indicateurs unifiés (a) et fiables (b).

a) L'unification des indicateurs

Bien que le système juridique national exige parfois la réalisation de bilans énergétiques, celui-ci ne précise pas toujours les modalités de cette évaluation. Cette situation se manifeste particulièrement à l'égard u bilan carbone. En ce sens, en septembre 2011, deux méthodes ont été

développement durable et du Grenelle de l'environnement", *Env.*, n° 6, alerte 68, juin 2010

²⁹²⁵ P. DEUMIER, "Qu'est-ce qu' « un Grenelle » ?", *RTD civ.*, 2008, p.63 ; J. BOURRINET, "Le Grenelle de l'environnement : une nouvelle approche des politiques environnementales ?", *LPA*, n° 81, 22/04/2008, p.81

²⁹²⁶ La SNDD pour 2010-2013 fut « adoptée » par le comité interministériel pour le développement durable, le 27 juillet 2010, www.developpement-durable.gouv.fr

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

présentées par le ministère chargé de l'environnement et l'ADEME. Ce guide actualisée en avril 2012, présente la particularité de ne pas imposer de facteurs d'émissions obligatoires pour l'utilisation d'une méthode de calcul, mais simplement des facteurs par défaut conseillés²⁹²⁷. Par conséquent, chacun de ces facteurs peut être remplacé par un autre, à condition d'être justifié et de présenter le mode de calcul utilisé en substitution. Une méthode concurrente et payante a été développée par l'ADEME et désormais gérée par l'Association Bilan Carbone (ABC). Ces dispositions sont complétées par les méthodologies de la normalisation internationale comme la norme ISO 14064, le GHG Protocol, et le PAS 2050.

Une situation similaire s'observe concernant l'audit énergétique des territoires ; le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie ; le plan climat-énergie territorial ; et l'agenda 21 puisque si la législation implique la réalisation d'un bilan énergétique, elle ne prescrit aucune méthode ni compétence particulière de leur auteur. En pratique, les prestataires peuvent s'inspirer de la norme ISO 14064 sur le bilan carbone et il arrive que les collectivités demandent l'accréditation de l'ADEME, mais ce choix demeure facultatif.

La particularité du dispositif tient au fait que la personne chargée de procéder à une évaluation énergétique peut recourir à la méthode de son choix. Or, le recours à des méthodologies distinctes peut engendrer des résultats variables. Cette remarque tend à considérer que l'unification des régimes juridiques relatifs à la réalisation des bilans énergétiques pourrait également s'étendre à leur méthodologie, afin de disposer d'une base commune d'évaluation et de comparaison.

Une seconde caractéristique de ces indicateurs tient à la nécessité de leur adaptation régulière, en vue de renforcer la fiabilité de leur contenu.

b) La fiabilité des indicateurs

Les indicateurs énergétiques constituent des instruments à la fiabilité variable²⁹²⁸. Alors qu'en 2008, *UFC-Que Choisir* avait réalisé une enquête soulignant le caractère aléatoire des résultats du diagnostic de performance énergétique, une étude menée en mars 2011 démontre l'absence d'amélioration du dispositif, un même bâtiment pouvant se voir appliquer une évaluation s'échelonnant sur trois classes différentes, correspondant à une facture annuelle d'énergie variant du simple au double²⁹²⁹. Une optimisation de la méthodologie du DPE pourrait donc être envisagée pour orienter efficacement aux choix décisionnels. Cette optimisation pourrait également se traduire juridiquement en reconnaissant l'opposabilité du DPE entre l'acheteur et le vendeur afin de sensibiliser ce dernier sur la nécessité de transmettre une évaluation sincère. Dans le prolongement, la responsabilité du diagnostiqueur pourrait être précisée en cas de manquement manifeste à l'état de l'art dans ce domaine. Cette solution s'inscrirait dans un continuum du régime juridique des diagnostics techniques auxquels le DPE appartient.

Dans le même sens, le bilan annuel de gaz à effet de serre d'un français est couramment évalué à 6,7 tonnes mais un rapport de l'INSEE révèle qu'il serait en réalité de 9 tonnes en intégrant

²⁹²⁷ www.associationbilancarbonate.fr

²⁹²⁸ E. ALFANDARY, "Les indicateurs environnementaux, de nouveaux outils pour le droit de l'environnement", *Droit de l'env.*, n° 140, juil./août 2006, p.220-223

²⁹²⁹ *Que Choisir*, mars 2011 ; J.-P. GEAI, "Diagnostics douteux", 22/02/2011, www.quechoisir.org

L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie

les émissions de gaz à effets de serre produites à l'étranger²⁹³⁰.

Ces remarques visent à globaliser le régime juridique du bilan énergétique afin d'accompagner les décideurs dans une contribution aux objectifs du droit de l'énergie. Dès lors, un point essentiel de l'efficacité de ce dispositif réside dans les moyens juridiques permettant de garantir la transparence de l'évaluation.

2) La transparence des évaluations

Les régimes juridiques applicables au bilan énergétique se caractérisent par des garanties variables d'indépendance de l'évaluateur (a). Cette situation s'avère problématique pour les projets complexes, qui ne disposent pas davantage d'un régime juridique adapté concernant l'expertise (b).

a) Les garanties d'indépendance de l'évaluateur

La notion de responsable de l'évaluation se réfère au débiteur de l'obligation, tandis que l'évaluateur constitue la personne déléguée à cette tâche, généralement un bureau d'étude. Or, si la législation tend à généraliser la réalisation des bilans énergétiques, les régimes juridiques demeurent hétérogènes concernant l'indépendance des évaluateurs. Ces garanties sont pourtant essentielles parce qu'elles constituent un gage de sincérité de l'évaluation.

En ce sens, les personnes désirant réaliser un diagnostic de performance énergétique doivent être agréés par un organisme certifié selon la norme NF EN ISO/CEI 17024, par le Comité français d'accréditation (COFRAC) ou un organisme européen équivalent²⁹³¹. De plus, la délivrance d'un DPE est incompatible avec toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage et soumise à des compétences techniques et de moralité professionnelle²⁹³². L'attribution du label « *haute performance énergétique* » bénéficie de garanties similaires conformément à la norme EN 45011²⁹³³.

En revanche, de telles garanties d'indépendance ne sont pas exigées pour la réalisation d'autres catégories de bilans énergétiques. Tel est le cas des appareils électroménagers, soumis à l'obligation d'affichage de l'« *étiquette énergie* » dont les évaluations sont directement réalisées par le fabricant, induisant un risque de surestimation des performances énergétiques²⁹³⁴. En effet, des études démontrent que 16% des biens du secteur de l'électroménager ne respectent pas les prescriptions légales²⁹³⁵. Ce phénomène est amplifié par la possibilité de classer un bien dans une catégorie, bien que disposant de performances inférieures de 15% par rapport aux exigences

²⁹³⁰ "Combien les Français émettent-ils de tonnes de CO2 ?", *L'Expansion*, 18/06/2010, www.lexpansion.com ; "Nos émissions de CO2 viennent de Russie", 27/10/2011, www.lemonde.fr

²⁹³¹ L'agrément est valable pour une période de cinq ans. Arrêté du 16 octobre 2006 définissant les critères de certification des compétences des personnes physiques réalisant le diagnostic de performance énergétique et les critères d'accréditation des organismes de certification, *JORF* n°250 du 27 octobre 2006 p.15886

²⁹³² CCH, art. L.111-25, L.271-6, R. 271-1 à 4. Par dérogation, le DPE affiché à l'intention du public peut être réalisé par un agent de la collectivité publique ou de la personne morale occupant le bâtiment: CCH, art. L.271-6 al. 3 ;

²⁹³³ Arrêté du 3 mai 2007 relatif au contenu et aux conditions d'attribution du label «haute performance énergétique», *JORF* du 15 mai 2007

²⁹³⁴ Sur les risques de manquements à la sincérité de l'évaluation liés à l'auto-évaluation : J. BÉTAILLE, "La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement : des insuffisances récurrentes", *RJE*, n° spécial, 2011

²⁹³⁵ L. LESAGE, "Électroménager : que valent les nouvelles promesses écologiques ?", *Capital (M6)*, 19/06/2011

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

réglementaires. Il l'est *a fortiori* en France du fait de l'absence d'administration chargée de contrôler la sincérité de l'évaluation, contrairement au Danemark ou à l'Angleterre.

Par conséquent, bien que des régimes juridiques existent pour renforcer l'indépendance de l'évaluation énergétique, ces garanties demeurent variables selon les catégories de projet. Cette caractéristique pourrait alors être compensée par la capacité de recourir à un expert indépendant, mais ce régime juridique reste à construire.

b) Un régime de l'expertise à construire

Le recours à l'expertise peut être envisagé par le décideur pour étudier la pertinence et l'impact d'une évaluation énergétique. En ce sens, l'ADEME assure un rôle essentiel en publiant des évaluations énergétiques au niveau des territoires, sur de nouvelles sources d'énergie, et par la construction d'une méthodologie nationale du bilan énergétique²⁹³⁶. Dès lors, elle a compétence, dans le respect du droit de la concurrence, pour conseiller le décideur sur des projets soumis à un bilan énergétique. Dès lors, les contours de cette mission pourraient être précisés dans le code de l'énergie.

Le recours à un expert extérieur à l'ADEME peut également être envisagé. La difficulté réside dans la signification de ce terme et dans les garanties à instaurer. En l'espèce, l'objectif est de garantir la compétence et l'indépendance de l'expertise. Or, contrairement à l'expertise judiciaire, aucun cadre juridique générique ne garantit la compétence et l'impartialité d'un appui extérieur dans le secteur de l'énergie²⁹³⁷. Une solution pourrait alors résider dans la création d'un régime juridique propre à l'expertise²⁹³⁸.

Celui-ci pourrait s'inspirer des règles applicables à l'expertise judiciaire. En ce sens, une liste d'experts dans le domaine de l'énergie pourrait être établie. L'expert serait doté d'un statut particulier fondé sur un code de déontologie prévoyant une obligation de compétence, d'indépendance et de responsabilité, qui se traduiraient dans une déclaration d'intérêt obligatoire et régulièrement renouvelée, notamment en cas de changement de situation²⁹³⁹. En cas de fausses déclarations ou d'omissions, la radiation voire des sanctions pénales pourraient être infligées à l'encontre de l'auteur, dans les cas les plus graves. Ce code pourrait comprendre les « *bonnes pratiques de l'expertise* » parmi lesquelles figureraient pour les projets d'envergure, l'exigence d'une expertise pluraliste, pluridisciplinaire, à la suite d'une procédure contradictoire et d'ouverture à la société civile, l'expertise pouvant être appréhendée comme un processus de débat. D'un point

²⁹³⁶ F. FROUSSEL, "L'ADEME publie ses recommandations pour calculer le bilan énergétique et climatique des agrocarburants", *Actu-environnement*, 27/06/2008, www.actu-environnement.com

²⁹³⁷ M.O. BERTELLA-GEFFROY, "L'expertise dans le rapport Lepage : le point de vue du juge", *Env.*, n°4, dossier 6, avril 2008

²⁹³⁸ C. LEPAGE, *Rapport sur la gouvernance écologique*, 2008, www.legrenelle-environnement.fr

²⁹³⁹ Concernant la déontologie de l'expert judiciaire, la Fédération nationale des compagnies d'experts judiciaires, qui regroupe toutes les compagnies de cours d'appel et la Cour de cassation a adopté un code de déontologie, au terme duquel : « *l'expert doit remplir sa mission avec impartialité. Il doit procéder avec dignité et correction en faisant abstraction de toute opinion ou appréciation subjective.* » « *L'expert doit conserver une indépendance absolue, ne cédant à aucune pression ou influence, de quelque nature qu'elle soit et donne son opinion en toute conscience, sans se préoccuper des appréciations qui pourraient s'en suivre.* » « *Tout manquement aux règles de déontologie sera sanctionné par les Compagnies membres de la Fédération suivant leurs dispositions statutaires, sauf recours à la Fédération dans les conditions fixées par le Règlement Intérieur.* ».

L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie

de vue méthodologique, l'expert pourrait étudier les avantages collectifs du projet, ses risques et ses inconvénients, et réaliser un bilan coût-avantage du projet²⁹⁴⁰. Cette nomination serait en mesure de faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif²⁹⁴¹. Cependant, le contrôle restreint sur les actes de nomination conduit le rapport Lepage à proposer propose la création d'une Haute autorité de la qualité du processus de l'expertise, de la méthodologie et de la déontologie qui serait chargée d'élaborer un code de déontologie et se prononcerait sur les conditions du déroulement de l'expertise et sur le contrôle des déclarations d'intérêt²⁹⁴².

L'étude des objectifs du droit de l'énergie et du bilan énergétique témoigne d'un régime juridique de l'évaluation énergétique en construction. En complément, des moyens juridiques chargés de contrôler le contenu de l'évaluation à l'égard de ces objectifs peuvent être mis en évidence.

II. Le contrôle des objectifs du droit de l'énergie

Denys de Béchillon relève qu'une demande croissante d'efficacité pèse sur les règles juridiques contemporaines induisant une demande d'évaluation du droit de plus en plus grande²⁹⁴³. Le contrôle de l'évaluation peut être assuré par deux catégories d'acteurs selon l'objet d'étude. D'une part, les autorités publiques sont chargées d'appréhender l'impact énergétique des projets de normes soumis à l'évaluation (A). Le contrôle juridictionnel de cette prise en compte sera étudié dans le chapitre consacré à la conciliation des objectifs du droit de l'énergie. D'autre part, des instruments de contrôle se développent en impliquant le public dans le contrôle des objectifs afférents au service public de l'énergie (B)²⁹⁴⁴.

A. Le contrôle des autorités publiques

Les autorités publiques assurent un contrôle des évaluations énergétiques des projets selon un processus constitué de deux étapes : un contrôle de l'évaluation *ex ante* (1) et un contrôle de l'évaluation *ex post* (2).

1) L'évaluation *ex ante*

Le droit positif se consolide en vue de soumettre les projets susceptibles d'avoir un impact négatif et significatif sur les besoins en énergie à une évaluation préalable (a) se traduisant pour le pétitionnaire par une obligation de transmettre un bilan énergétique (b).

a) L'évaluation préalable des projets

La première partie de la thèse a mis en exergue la diversité des régimes juridiques applicables à la réalisation du bilan énergétique malgré la finalité commune poursuivie par celui-ci. De plus, les développements précédents ont démontré la possibilité d'appréhender l'article 6 de la

²⁹⁴⁰ A. SUGIER, "L'information et l'expertise dans le rapport Lepage : le point de vue du scientifique", *Env.*, n°4, dossier 7, avril 2008

²⁹⁴¹ CE, 19 déc. 2007, n° 300451, *Commission de recherche et d'information indépendantes sur la radioactivité*

²⁹⁴² C. LEPAGE, Rapport sur la gouvernance écologique, 2008, www.legrenelle-environnement.fr, p. 33 et s.

²⁹⁴³ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Editions Odile Jacob, fév. 1997. p. 32

²⁹⁴⁴ J. CARBONNIER, *Effectivité et ineffektivité de la règle de droit*, Flexible droit, LGDJ, 2001

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

Charte de l'environnement comme un fondement juridique commun à ces évaluations. Enfin, nombre d'entre elles obéissent à un mode opératoire similaire reposant sur le caractère préalable de sa réalisation, conduisant à proposer une systématisation de celui-ci.

En ce sens, une unification des régimes juridiques pourrait être envisagée dans le code de l'énergie par une disposition du type « *les activités publiques et privées susceptibles d'avoir un impact significatif sur les besoins en énergie font l'objet d'un bilan énergétique préalable* ». Un bilan énergétique pourrait être requis en cas d' « *impact énergétique significatif* ». Cette qualification pourrait se fonder sur un régime juridique générique établissant une présomption simple d'impact énergétique significatif, pouvant être renversée lorsque le pétitionnaire apporterait la preuve d'un « *impact énergétique négligeable* » du projet. Ce système serait alors basé sur des catégories alternatives, l'impact énergétique étant présumé significatif, sauf preuve du contraire²⁹⁴⁵. Le contenu de l'évaluation pourrait s'inspirer des régimes juridiques actuellement applicables, prenant généralement la forme d'un rapport d'évaluation comprenant une description du projet, ses principales caractéristiques au regard critères de l'énergie propre ; une estimation du niveau de performance énergétique en comparaison avec des projets similaires particulièrement performants ; une présentation du système d'organisation mis en place pour contrôler, suivre et gérer l'utilisation de l'énergie ; des recommandations permettant d'améliorer le niveau de performance énergétique et recourir aux énergies de substitutions ; un résumé non technique sous la forme notamment d'indicateurs standardisés.

La notion d'impact énergétique significatif pourrait être appréhendée au regard des considérations économiques (compatibilité de la mesure envisagée avec la sécurité énergétique et les droits de produire et de commercer de l'énergie) ; sociales (incidences sur le droit à l'énergie) et environnementales de l'énergie (contribution à une énergie propre) dans des considérations tant quantitatives que qualitatives. Il serait étudié dans la globalité et donc par accumulation. En effet, la mise sur le marché d'un bien consommateur d'énergie présente en soi un impact négligeable sur les besoins en énergie mais l'accumulation des biens proposés à la vente peut induire *in fine* une incidence significative. Dans tous les cas, l'évaluation devrait être proportionnée à l'impact, celui-ci pouvant varier selon les projets entre les champs économiques, sociaux ou environnementaux de l'énergie. La suite logique de cette évaluation réside dans sa transmission aux autorités publiques sollicitées pour l'autorisation du projet.

b) L'obligation de transmettre un bilan énergétique

Deux bilans énergétiques de références sont applicables au secteur de la construction au titre du régime de l'autorisation préalable. Le premier réside dans une attestation transmise lors du dépôt de la demande de permis de construire pour certifier que les prescriptions concernant le besoin conventionnel en énergie d'un bâtiment pour le chauffage, le refroidissement, l'éclairage et les caractéristiques thermiques intervenant dans la performance énergétique du bâtiment, ont bien été prises en compte²⁹⁴⁶. Le second correspond à l'obligation pour un maître d'ouvrage de réaliser une

²⁹⁴⁵ Sur les catégories juridiques alternatives : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit, préc.*, p. 227 et s.

²⁹⁴⁶ CCH, art. R. 111-20-1. Ces dispositions sont applicables à toutes les demandes de permis de construire déposées à partir du 28 octobre 2011 pour les bâtiments neufs à usage de bureaux, d'enseignement, les établissements d'accueil de

L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie

étude de faisabilité des approvisionnements en énergie pour les nouveaux bâtiments dont la surface de plancher est supérieure à 1 000 m² et les anciens bâtiments dont le coût des travaux de rénovation dépasse 25% de la valeur de l'immeuble²⁹⁴⁷. Ces instruments visent à sensibiliser les maîtres d'ouvrages sur la performance énergétique des constructions projetées, le recours aux énergies renouvelables et aux systèmes les plus performants. Ces instruments sont joints dans la demande de permis de construire.

Un décret du 18 mai 2011 précise les conditions de transmission de ces informations²⁹⁴⁸. Un arrêté du 11 octobre 2011 le complète en intégrant dans ses annexes une définition de la consommation conventionnelle d'énergie primaire, un récapitulatif standardisé d'étude thermique téléchargeable sur le site du ministère chargé de l'environnement, un modèle d'attestation de la réalisation de l'étude de faisabilité et de la prise en compte de la réglementation thermique au moment du dépôt de la demande de permis de construire, et un modèle d'attestation de la prise en compte de la réglementation thermique à l'achèvement des travaux.

Ces instruments renforcent le régime juridique du bilan énergétique par une standardisation de la méthode. Les décideurs publics disposent ainsi d'une connaissance plus précise sur les performances énergétiques des constructions envisagées. La sincérité des données est également renforcée par un mécanisme de suivi lié à l'obligation pour le pétitionnaire d'attester que le projet de construction respecte bien la réglementation thermique 2012, en se fondant sur le modèle de l'annexe IV de l'arrêté, lors de la déclaration d'achèvement des travaux, dans les conditions prévues à l'article R. 462-4-1 du code de l'urbanisme.

Ces procédures pourraient donc servir de modèle pour une généralisation du bilan énergétique. Cet intérêt est également justifié dans le fait que ces attestations doivent être établies soit par un contrôleur technique, soit par une personne présentant des garanties de compétence et disposant d'une organisation et de moyens appropriés dans le cas d'une maison individuelle ou accolée, soit par un organisme certifié²⁹⁴⁹. Cette exigence présente d'autant plus d'intérêt qu'elle peut faire l'objet d'une évaluation *ex post*.

2) L'évaluation *ex post*

L'évaluation *ex post* vise à s'assurer de la cohérence entre les impacts énergétiques escomptés dans le bilan énergétique et les effets concrets du projet. Elle résulte d'obligations relatives au suivi de l'évaluation (a) caractérisés par leur portée juridique limitée (b).

a) Le suivi de l'évaluation

Le suivi de l'évaluation énergétique renforce son effectivité et contrôlant l'application des

la petite enfance et les bâtiments à usage d'habitation construits en zone ANRU ; et à partir du 1er janvier 2013 pour les autres bâtiments neufs à usage d'habitation.

²⁹⁴⁷ CCH, art. L. 111-9 et L. 111-10, R. 111-22, et CCH, art. R. 131-27

²⁹⁴⁸ Décret n° 2011-544 du 18 mai 2011 relatif aux attestations de prise en compte de la réglementation thermique et de réalisation d'une étude de faisabilité relative aux approvisionnements en énergie pour les bâtiments neufs ou les parties nouvelles de bâtiments, *JORF* n°0117 du 20 mai 2011, p.8779, codifié dans le CCH, art. R. 111-20-1 à R. 111-20-3 ; G. DURAND-PASQUIER, "Les arrêtés relatifs aux attestations à réaliser lors de l'achèvement des travaux sont parus !", *Construction – Urbanisme*, n° 1, Janv. 2012, alerte 2

²⁹⁴⁹ CCH, R. 111-20-4

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

engagements et à les actualisant. En ce sens, le code de la construction et de l'habitation exige pour tout projet soumis à une étude de faisabilité des approvisionnements en énergie, l'attestation par le maître d'œuvre ou à défaut le maître d'ouvrage, de la prise en compte de cette évaluation dans le projet final²⁹⁵⁰. Dans le même sens, le demandeur d'un permis de construire doit justifier la prise en compte de la réglementation thermique à l'issue des travaux²⁹⁵¹. Dans certains cas, l'obligation de suivi se limite au renouvellement de l'évaluation. En ce sens, le diagnostic de performance énergétique bénéficie d'une validité limitée à dix ans²⁹⁵². Les SRCAE font l'objet d'une évaluation au bout de cinq ans, celle-ci étant susceptible de fonder une révision de l'instrument lorsque les résultats obtenus dans l'atteinte des objectifs fixés²⁹⁵³.

Ces dispositions démontrent l'intérêt de compléter l'évaluation énergétique préalable des projets par un suivi pour s'assurer de l'adéquation de la mesure instituée aux objectifs envisagés, et adapter, le cas échéant, celle-ci. Cependant, l'efficacité du dispositif s'avère réduite par la portée limitée conférée à cette prescription.

b) Une portée juridique limitée

Le droit positif prescrit la réalisation d'un bilan énergétique concernant plusieurs catégories de projets. Cependant, dans la plupart des cas, sa portée juridique se limite à un instrument de sensibilisation du porteur de projet. Pourtant, des effets juridiques pourraient naître tant à l'égard du décideur public que des tiers.

Formellement, un refus de délivrer un permis de construire pourrait être envisagé par l'autorité publique en cas d'absence ou de contenu insuffisant du bilan énergétique, sur le fondement de la violation d'une forme substantielle²⁹⁵⁴. Sur le fond, l'évaluation pourrait servir de fondement à l'autorité chargée de délivrer un permis de construire dans la mesure où elle ferait état d'une nature de l'ouvrage à porter atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique du fait de sa situation, de ses caractéristiques ou de son importance²⁹⁵⁵. Dans le même sens, le retrait et l'annulation du permis pourrait être envisagé en cas de fausses indications, *a fortiori* en cas manœuvre dolosive à l'encontre de l'administration²⁹⁵⁶. Des effets pourraient également se produire

²⁹⁵⁰ CCH, art. L.111-9

²⁹⁵¹ CCH, art. L.111-9-1 ; G. DURAND-PASQUIER, "Bilan d'étape sur les propositions du projet de loi Grenelle II : un bouquet de dispositions retouchant les mutations, locations et constructions d'immeubles comme la gestion des copropriétés !", *Construction - Urbanisme*, n° 7, alerte 61, juill. 2010

²⁹⁵² CCH, art. L.134-1 et R.271-5 ; M.-P. MAÎTRE, "Diagnostic de performance énergétique", *Env.*, n° 2, comm. 30, Fév. 2008

²⁹⁵³ C. env., art. L.222-2 al.3

²⁹⁵⁴ CCH, art. L.111-9 ; CE, 14 mars 2003, *Ville Paris*, JurisData n° 2003-065128 ; *RFDA*. 2004, p. 355, comm. A. NOURY ; CE, 23 déc. 1994, *SARL "De l'homme à l'habitat" e. a.*, JurisData n° 1994-049559, *LPA*, 20 nov. 1995, p. 13 ; CE, 11 mai 1983, *Cne Chesnay*, *Rec. CE* 1983, p. 208 ; CE, 2 oct. 1987, *Castel*, JurisData n° 1987-045591, *Rec. CE* 1987, p. 300 ; CE, 17 nov. 1999, *Cts Abounayan*, JurisData n° 1999-051185 ; *BJDU* 2000, n° 1, p. 66, *Collectivités-Intercommunalité*, 2000, comm. 78 ; CAA Bordeaux, 11 juill. 2008, JurisData n° 2008-000987, *Constr.-urb.* 2008, comm. 148, P. CORNILLE ; les erreurs minimales sont en revanche inopérantes : CE, 12 févr. 2003, Goetz e.a., *JurisData* n° 2003-065181, *BJDU* 2003, n° 5, p. 327, concl. S. AUSTRY ;

²⁹⁵⁵ CE, 3 oct. 1997, n° 159789, *SA des Véhicules industriels havrais*, JurisData n° 1997-051026, *Constr.-Urb.*, 1998, comm. 206, obs. LARRALDE ; CE, 19 nov. 1999, *Cne Port-la-Nouvelle c/ Moulin*, *BJDU*, 1999, p. 436, concl. CHAUVVAUX ; *RDI* 2000, p. 34, chron. J. MORAND-DEVILLER

²⁹⁵⁶ CE, 24 avr. 1992, *Gillot*, JurisData n° 1992-041690, *LPA*, 9 nov. 1992, p. 5 et 6 ; CE, 25 janv. 1993, n° 78242-78423, *Sadowsky e.a.*, JurisData n° 1993-041440 ; CE, 27 oct. 2000, *SCI Vista Aména*, *JurisData* n° 2000-061237, *LPA*,

L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie

à l'encontre des tiers, qui se fonderaient sur un bilan énergétique manifestant une atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique d'une construction autorisée.

Le bilan énergétique est donc susceptible de produire des effets à l'égard des décideurs publics et des tiers, mais cette portée demeure incertaine du fait du silence du législateur quant à sa portée juridique. Dès lors des précisions pourraient être apportées par celui-ci. En ce sens, la notion de « *prise en compte* » ou de « *prise en considération* » est laconique et se limite généralement au degré minimum de l'obligation, consistant à « *ne pas ignorer l'acte* »²⁹⁵⁷. De manière plus contraignante, la notion de « *compatibilité* » viserait à harmoniser le contenu de l'évaluation avec les objectifs du droit de l'énergie. Enfin, l'exigence de « *conformité* » subordonnerait la décision publique au contenu de ceux-ci²⁹⁵⁸. Cette précision permettrait aux décideurs et aux tiers de s'en saisir dès lors que l'évaluation ferait état de manquements manifestes aux objectifs du droit de l'énergie.

Un régime juridique de contrôle de l'évaluation énergétique s'érige donc sous la responsabilité des autorités publiques. En complément, une mission spécifique est octroyée au public dans un contrôle des objectifs relatifs au fonctionnement du service public de l'énergie.

B. Le contrôle du public

Les objectifs du droit de l'énergie se réfèrent au service public de l'énergie et un régime juridique afférant à l'évaluation de ceux-ci tend à s'affirmer. Sa mise en œuvre résulte d'une coopération des usagers du service public de l'énergie (1) renforcée par l'émergence d'un régime juridique consacré aux lanceurs d'alerte (2).

1) La coopération des usagers du service public de l'énergie

La participation des usagers à l'évaluation du service public de l'énergie peut être envisagée dans le cadre des instances de régulation (a) et dans une participation à la qualité du service (b).

a) Une évaluation des instruments de régulation

La multiplication des instances de régulation du service public de l'énergie conduit à s'interroger sur les modalités d'un accompagnement des usagers à la régulation du service public de l'énergie. A ce titre, Bertrand des Marais remarque que « *l'usager en tant que groupe d'intérêt structuré, n'a guère de place dans le dispositif de régulation traditionnel* »²⁹⁵⁹. La responsabilité des régulateurs et des opérateurs devant le citoyen demeure difficile à organiser et ne prend que des formes atténuées dans le secteur de l'énergie. La justification trouverait son origine dans l'incapacité de la société française à générer des corps intermédiaires susceptibles de rassembler les usagers du service public, contribuant ainsi au rôle prééminent du politique dans le système de médiation²⁹⁶⁰. Pourtant des associations de représentants de consommateurs existent, voire interviennent

5 juill. 2001, p. 19

²⁹⁵⁷ J.-C. BONICHOT, "Compatibilité, cohérence, prise en compte: jeux de mots ou jeu de rôle?", *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Presses Universitaires d'Orléans, 2006, p.49-60

²⁹⁵⁸ A. ROUYÈRE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse droit, Bordeaux, 1993

²⁹⁵⁹ *Ibidem*, p.532

²⁹⁶⁰ *Ibidem*

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

spécifiquement dans le service public de l'énergie, tels que le Comité national pour la sécurité des usagers de l'électricité (CONSUEL), association reconnue d'utilité publique chargée d'attester la conformité des installations électriques des habitations²⁹⁶¹.

Des représentants des consommateurs d'électricité et de gaz participent à l'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz créé auprès du Conseil économique, social et environnemental, en vue d'examiner les conditions de mise en œuvre du service public²⁹⁶². Celui-ci peut prononcer des avis sur toute question relevant de sa compétence, formuler des propositions motivées, et entendre les membres de la CRE. Originellement relayé par des observatoires régionaux du service public de l'électricité, ces structures furent supprimées par la loi du 3 janvier 2003. Demeurent les commissions des services publics locaux comprenant des représentants d'associations locales et consultées sur le rapport annuel des délégataires de service public ainsi que sur tout projet de délégation de service public, de création de régie, et tout projet de partenariat²⁹⁶³. Les représentants des usagers interviennent donc en tant que consultant. Cependant, ce rôle pourrait évoluer vers un contrôle direct.

Cette idée fut promue par le responsable du *Rail regulator* de Grande-Bretagne soulignant lors d'une audition par la Commission de la Chambre des Lords, qu'à côté de la responsabilité du régulateur devant l'exécutif et le Parlement, celle envers le peuple et les organisations qui utilisent ou dépendent de ses activités est peut-être plus important encore²⁹⁶⁴. En ce sens, des actions innovantes peuvent être relevées concernant l'élaboration de chartes déontologiques telles que celle signée par la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) où siègent des représentants des usagers et le médiateur national de l'énergie²⁹⁶⁵. Une évaluation pourrait également porter sur les actions de la CRE, celle-ci ayant notamment pour mission de concourir à la défense des consommateurs²⁹⁶⁶. Or, la seule manifestation notable dans ce domaine se matérialise dans les deux représentants des consommateurs au sein de son collège²⁹⁶⁷. Cependant et de manière informelle, la CRE procède à des auditions avant toute décision, mais se limite généralement aux représentants des grandes entreprises²⁹⁶⁸.

Le droit de la concurrence pourrait également servir de support de réflexion puisque les associations de consommateurs agréées disposent dans ce secteur de la faculté de saisir l'Autorité de

²⁹⁶¹ www.consuel.com

²⁹⁶² Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *préc.*, art.3 ; l'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz intègrera le code de l'énergie à compter de la publication des dispositions réglementaires correspondantes : ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, *préc.*, art. 6 6° a)

C. énerg., art. L.134-7 ; décret n° 2003-415 du 30 avril 2003 relatif à la composition et au fonctionnement de l'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz, *JORF* n°107 du 8 mai 2003, p. 7998

²⁹⁶³ CGCT, art. L.1413-1

²⁹⁶⁴ J. -P. DUPRAT, "La soumission des régulateurs à la régulation", *AJDA*, 19/06/2006, p.1203-1211

²⁹⁶⁵ "Protection des consommateurs : convention MNE-FNCCR", *Energie2007*, 03/03/2011, www.energie2007.fr

²⁹⁶⁶ C. énerg., art. L.131-1 ; L.134-9

²⁹⁶⁷ V. LOY, "Réforme de la Commission de régulation de l'énergie et protection des consommateurs", *préc.*

²⁹⁶⁸ CRE, *Rapport d'activité 2004*, 3e partie ; sur l'évaluation de l'expérimentation du projet de système de comptage évolué «Linky» d'ERDF : <http://energie2007.fr> ; CRE, *Rapport sur la régulation incitative de la qualité de service des gestionnaires de réseaux gaziers et d'ERDF*, nov. 2010, www.cre.fr

L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie

la concurrence pour mettre en cause des activités frauduleuses des opérateurs²⁹⁶⁹. Les modèles britanniques et américains d'évaluation pourraient également servir de référence parce qu'ils intègrent très en amont les représentants des usagers spécialisés dans le secteur de l'énergie tel qu'*Energywatch*. Le contrôle du service public par les usagers a donné lieu dans les années 1960 en Grande-Bretagne, à la création des *Consumer Councils* qui exercent une mission de surveillance du régulateur et d'évaluation de la performance économique des opérateurs²⁹⁷⁰. Ils assurent également un rôle majeur dans le règlement des litiges entre les opérateurs et les consommateurs en intervenant en tant que médiateurs au niveau régional et en se fondant sur des chartes éthiques signées par les opérateurs²⁹⁷¹. Ce mode de fonctionnement est également profitable au régulateur qui dispose en retour d'informations sur le fonctionnement du service pour adapter et d'affiner ses actions. Dans cette optique, les organisations représentatives des usagers pourraient se voir conférer un pouvoir de proposition et d'investigation.

Des perspectives d'évaluation de la régulation du service public de l'énergie sont donc envisageables et pourraient être complétées par un contrôle des usagers sur la qualité du service public de l'énergie.

b) Une évaluation de la qualité du service

La qualité du service public de la distribution d'électricité se dégrade, particulièrement en zone rurale, la durée moyenne nationale annuelle des coupures ayant augmenté de moitié de 1998 à 2008²⁹⁷². Ce constat est à l'origine d'un rapport élaboré par la CRE en mars 2010, des investissements insuffisants réalisés par ERDF, une réglementation perfectible concernant la qualité des investissements, et un manque de coordination des autorités²⁹⁷³. Dans son rapport pour 2009, le médiateur recense un quadruplement du nombre de plainte comparé à 2008²⁹⁷⁴. Une dégradation significative de la qualité du service client d'EDF et une pratique de surfacturation involontaire des clients de GDF-SUEZ sont également observées²⁹⁷⁵. EDF est enfin accusée de refuser indument le tarif social de l'énergie aux usagers les plus démunis, aboutissant à une recommandation du médiateur national de l'énergie et à une automatisation du tarif social de l'énergie²⁹⁷⁶.

Ces exemples démontrent la nécessité et la pertinence d'un contrôle de la qualité du service

²⁹⁶⁹ C. com., art. L462-5

²⁹⁷⁰ www.ncc.org.uk; T. PROSSER, *Nationalised industries and public control*, Basil Blackwell, Londres, 1986

²⁹⁷¹ Un système similaire existe aux États-Unis avec les *Administrative Law Judges*. Ce mode de fonctionnement tire son origine de l'adage « *Settlements make winners, Hearings make losers* » (la transaction ne fait que des gagnants, le procès que des perdants).

²⁹⁷² "EDF L'international au prix de la qualité du service", *Développement durable le journal*, 17/05/2010, www.developpementdurablelejournal.com

²⁹⁷³ GROUPE DE TRAVAIL SUR LA QUALITÉ DE LA DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ CRE, *Rapport d'étape*, 05/03/2010, www.cre.fr

²⁹⁷⁴ MÉDIATEUR NATIONAL DE L'ÉNERGIE, *Rapport d'activité pour 2009*

²⁹⁷⁵ MÉDIATEUR NATIONAL DE L'ÉNERGIE, *Rapport sur la facturation des fournisseurs d'énergie, l'information des consommateurs et le traitement des réclamations*, déc. 2010, www.energie-mediateur.fr; "Surfacturation: un rapport d'expert défavorable à GDF Suez", 21/06/2012, www.energie2007.fr

²⁹⁷⁶ MÉDIATEUR NATIONAL DE L'ÉNERGIE, Recommandation n°2010-361/PG du 30/08/2010; E. BENEZET et M. LOMAZZI, "Comment EDF a privé des milliers d'usagers du tarif social", *Le Parisien*, 20/09/2010, www.leparisien.fr; "EDF accusé de priver les plus pauvres du tarif social", *Le Monde*, 20/09/2010, www.lemonde.fr; "Électricité: EDF a indument refusé le tarif social à des clients, selon le médiateur", *Le Parisien*, 29/09/2010

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

et de l'effectivité du droit à l'information sur l'énergie qui pourrait être attribué aux usagers. Cette évaluation pourrait être entreprise sous la responsabilité du médiateur national de l'énergie, en recourant à des débats et des enquêtes de satisfaction, éventuellement suivies d'investigations. Elle viserait à concilier les exigences économiques et techniques des opérateurs à celle de la qualité du service auprès des usagers. Or, une condition essentielle de réussite de ce fonctionnement réside dans la capacité des usagers à dénoncer les atteintes aux règles du service public de l'énergie, conduisant à leur conférer la fonction de lanceur d'alerte.

2) Des lanceurs d'alerte de fait

Le lanceur d'alerte peut être entendu comme : « *l'individu qui a connaissance d'informations constituant des indices sérieux qu'un acte contraire aux lois et règlements, ou qu'un acte contraire aux règles professionnelles propres à un secteur d'activité, a été commis ou est sur le point d'être commis, et qui veut alerter les personnes compétentes au sein de l'entreprise ou de l'organisme dont il dépend ou, lorsque cette alerte n'est pas envisageable ou qu'elle est de nature à l'exposer à un risque sérieux de représailles, les autorités administratives ou judiciaires* »²⁹⁷⁷. Alors que des actions se multiplient dans le secteur de l'énergie (a), le régime juridique reste à construire (b).

a) Des acteurs multiples

De multiples catégories d'acteurs pourraient déclencher une alerte en cas de manquement aux objectifs de la règle énergétique. En ce sens, l'association *droit à l'énergie-Stop aux coupures/69* rapporte que 250 000 coupures d'électricité sont annuellement réalisées, la situation étant préoccupante au regard de l'effectivité du droit à l'énergie²⁹⁷⁸. Dans le prolongement, Alain de Quero, directeur de l'action territoriale de l'Agence nationale de l'habitat et Bertrand Lapostolet, chargé de mission à la Fondation Abbé Pierre ont publié le rapport sur la précarité énergétique dont la définition est désormais légalisée²⁹⁷⁹. La CRIIRAD se mobilise contre un arrêté du 5 mai 2009 permettant l'ajout de substances radioactives dans les biens de consommation et les matériaux de construction²⁹⁸⁰.

La presse constitue également un important lanceur d'alerte, *univers-nature* dénonçant par exemple l'obsolescence du mode de fixation des tarifs réglementés du gaz²⁹⁸¹. L'alerte peut encore provenir d'institutions publiques. En ce sens, la Cour des comptes consacre des rapports spécifiques

²⁹⁷⁷ TRANSPARENCE-INTERNATIONAL (FRANCE), *Déclencher l'alerte - Un nouveau dispositif de prévention et de lutte contre la corruption*, oct. 2004, www.transparence-France.org

²⁹⁷⁸ DROIT À L'ÉNERGIE – STOP AUX COUPURES, *L'Association « droit à l'énergie – Stop aux coupures » dans le département du Rhône114 ménages en situation de coupure d'énergie: Gravité des conséquences ; Analyse des causes ; Pistes d'actions correctives.*, 2008, www.cgtpep69.com

²⁹⁷⁹ P. PELLETIER, A. DE QUERO et B. LAPOSTOLET, *Groupe de travail précarité énergétique*, 15/12/2009 ; loi n°90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, *préc.*, art. 2: « *Est en situation de précarité énergétique au titre de la présente loi une personne qui éprouve dans son logement des difficultés particulières à disposer de la fourniture d'énergie nécessaire à la satisfaction de ses besoins élémentaires en raison de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'habitat* ».

²⁹⁸⁰ Arrêté du 5 mai 2009 fixant la composition du dossier et les modalités d'information des consommateurs prévues à l'article R. 1333-5 du code de la santé publique, *JORF* n°111 du 14 mai 2009, p.8071

²⁹⁸¹ C. CASSIER, "Electricité : les prix grimpent, les consommateurs trinquent", *Univers-nature*, 05/08/2010, www.univers-nature.com

L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie

mettant en exergue des insuffisances concernant le provisionnement du démantèlement des installations nucléaires et la gestion des déchets radioactifs²⁹⁸². La chambre régionale des comptes reproche également à ERDF d'avoir sous-investi dans la capitale²⁹⁸³. La CRE estime quant à elle que le vote de la loi sur la nouvelle organisation des marchés de l'électricité pourrait générer une hausse importante des tarifs de l'électricité²⁹⁸⁴.

L'alerte pourrait enfin provenir de centres de recherches ou de salariés des opérateurs du secteur énergétique. Cette remarque conduit à rappeler que le droit à l'énergie trouve son origine en France dans l'activisme syndical mené au sein d'EDF²⁹⁸⁵.

Ces faits illustrent la diversité institutionnelle et le rôle essentiel du lanceur d'alerte mais également la nécessité d'un cadre juridique adapté pour l'organisation d'enquêtes et la protection des auteurs contre des pressions éventuelles.

b) Un régime juridique à construire

La légitimité d'une protection du lanceur d'alerte trouve son fondement premier dans le droit fondamental à la liberté d'expression, protégé par l'article 10 de la CEDH. Cependant, il nécessiterait une mise en œuvre législative en vue d'une protection effective. Or, si des régimes juridiques sectoriels existent, aucun ne concerne directement la règle énergétique²⁹⁸⁶. L'institutionnalisation du lanceur d'alerte pourrait s'effectuer sous la responsabilité du médiateur national de l'énergie, cette mission s'inscrivant dans le prolongement de son mandat actuel²⁹⁸⁷. Celui-ci pourrait être saisi par son site internet de tout manquement ou de tout risque de manquement aux règles du service public de l'énergie. Son statut d'autorité administrative indépendante lui permettrait de mener des enquêtes en toute impartialité, et il pourrait remettre une recommandation auprès des autorités concernées afin de prévenir et de sanctionner les manquements.

Le lanceur d'alerte bénéficierait d'une protection particulière pour éviter toute forme de représailles par la personne mise en cause. Elle pourrait résider dans la possibilité de dissimuler son identité lorsque des divulgations seraient susceptibles de lui porter préjudice, notamment pour un salarié d'une entreprise énergétique, en s'inspirant de l'article L.1161-1 au code du travail²⁹⁸⁸. En

²⁹⁸² COUR DES COMPTES, *Le démantèlement des installations nucléaires*, 2012, www.ccomptes.fr ; COUR DES COMPTES, *Le démantèlement des installations nucléaires et la gestion des déchets radioactifs*, janv. 2005, www.ccomptes.fr

²⁹⁸³ J.-M. BEZAT, "La chambre régionale des comptes reproche à EDF d'avoir sous-investi dans la capitale", *Le Monde*, 27/09/2010

²⁹⁸⁴ "EDF L'international au prix de la qualité du service", *Développement durable le journal*, préc

²⁹⁸⁵ O. FRACHON et M. VAKALOULIS, *Le droit à l'énergie*, préc. ; E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie. Penser le XXI^e siècle*, préc.

²⁹⁸⁶ Proposition de loi du 28 août 2012 relative à la création de la Haute Autorité de l'expertise scientifique et de l'alerte en matière de santé et d'environnement ; sur le devoir d'alerte des comptables publics à leur devoir dans le secteur public local: S. DYENS, "Alerte... sur le renouveau du devoir d'alerte !", *AJCT*, 2011, p.21 ; sur l'action préventive en suppression de clauses illicites ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs: Civ. 1^{re}, 3 févr. 2011, FS-P+B+R+I, n° 08-14.402 ; sur le droit d'alerte reconnu au comité d'entreprise: Cass. Soc. 1^{er} mars 2005, *Bull. civ.*, n° 77 ; *Dr. Soc.*, 2005, p.587, obs. G. COUTURIER

²⁹⁸⁷ C. éner., art. L.122-1 à 6

²⁹⁸⁸ C. tvl., art. 1161-1: « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage

L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie

complément, l'article 225-1 du code pénal pourrait être adapté pour sanctionner les discriminations à l'encontre des individus ayant exercé leur droit d'alerte²⁹⁸⁹. En contrepartie, les alertes abusives pourraient être sanctionnées par une modification des articles 226-10 et suivants du code pénal relatifs à la procédure de dénonciation calomnieuse.

Une consolidation du régime de l'évaluation énergétique d'une participation du public à son efficacité. Cette proposition s'inscrit dans un cadre juridique émergent tendant à l'unification dans le domaine de l'évaluation de la règle énergétique.

Un ensemble d'instruments juridiques existent en droit français pour garantir une prise en compte effective des objectifs du droit de l'énergie dans le droit positif. D'une part, ceux-ci reposent sur des critères formels visant à assurer la qualité rédactionnelle du droit de l'énergie comme condition préalable de leur applicabilité. D'autre part, ils sont complétés par des instruments de fond comprenant des objectifs qualitatifs et quantitatifs, relayés par des moyens d'évaluation et de contrôle. Ces régimes juridiques se complètent pour favoriser l'expansion des finalités du droit de l'énergie dans le droit positif, renforcer son efficacité et par voie de conséquence inscrire son action dans la durée. Ce mécanisme est complété par un processus principe d'intégration des objectifs du droit de l'énergie.

ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ».

²⁹⁸⁹ C. LEPAGE, *Rapport sur la gouvernance écologique*, préc. proposition n°26

Chapitre 2: L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

« Il est plus difficile de désagréger un préjugé qu'un atome »²⁹⁹⁰.

La transversalité de l'énergie s'accommode mal à un droit positif « strictement confiné », sectorisé en codes, « un droit en miette générant un immense besoin de coordination »²⁹⁹¹. L'efficacité du droit de l'énergie est directement liée à sa capacité à produire des effets dans le système juridique pour valoriser les divers usages liés à l'énergie. Dès lors, l'intégration des objectifs du droit de l'énergie dans les projets de normes pouvant avoir un impact significatif sur les besoins en énergie se présente comme un complément nécessaire à l'évaluation énergétique.

Au même titre que pour l'évaluation, ce mécanisme trouverait sa source dans l'article 6 de la Charte de l'environnement disposant que : « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». La doctrine juridique interprète ces dispositions comme le fondement du principe d'intégration environnementale mais l'exégèse peut être étendue à l'énergie²⁹⁹². Elle se fonde sur le fait que la conciliation des intérêts économiques, sociaux et environnementaux inclut les considérations économiques, sociales et environnementales de l'énergie et donc leur intégration préalable. Elle est complétée par un ensemble d'instruments juridiques concourant à sa réalisation

Cette spécificité conduit à présenter ce principe d'intégration énergétique et ses moyens de mise en œuvre (1/) avant de s'intéresser à sa finalité : la gestion intégrée de l'énergie (2/).

1/ Le principe d'intégration énergétique

En émanant de l'article 6 de la Charte de l'environnement, le principe d'intégration énergétique peut être appréhendé comme un principe autonome (I). Néanmoins, celui-ci entretient d'étroites relations avec l'objectif de développement durable qui renforce son efficacité (II).

I. Un principe autonome

Le principe d'intégration énergétique a pour objet de valoriser les impacts énergétiques positifs susceptibles d'être générés par les décisions publiques (A). Cette prise en considération prend des formes variables qu'il convient de détailler (B).

²⁹⁹⁰ Albert EINSTEIN

²⁹⁹¹ C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, Paris, 1999, p. 113 ; C. LONDON, "L'émergence du principe d'intégration", *Droit env.*, 2001, p.139 ; F. HAUMONT, "La mondialisation du principe d'intégration des préoccupations environnementales dans le droit de l'urbanisme", in J. MORAND-DEVILLER, J.-C. BONICHOT, M. TORRE-SCHAUB et L. VIDAL, *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2008, p. 483-516 ; C. SALGUES, *Les fondements juridiques pour une politique européenne de l'énergie intégrée*, Mémoire de Master 2, Université de Limoges, 2011

²⁹⁹² C. SALGUES, *Les fondements juridiques pour une politique européenne de l'énergie intégrée*, Mémoire de Master 2, Université de Limoges, 2011 ; C. LONDON, "L'émergence du principe d'intégration", *préc.* ; D. DEHARBE, "Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable", *Env.*, n°4, comm.34, avril 2005

A. Une intégration des objectifs du droit de l'énergie dans l'action publique

La nature constitutionnelle du principe d'intégration énergétique lui confère un caractère transversal (1) mais sa pleine effectivité ne peut être envisagée que dans le cadre d'une méthode itérative (2).

1) Une méthode transversale

L'énergie constitue un vecteur des activités humaines et se retrouve en chacune d'elles. Dès lors, son encadrement juridique implique des adaptations fondées sur la transversalité afin d'être en mesure d'appréhender l'ensemble du droit positif. Cette transversalité est assurée par le caractère constitutionnel du principe (a) et précisé par des objectifs propres à l'énergie (b).

a) Un fondement constitutionnel

Le caractère transversal du principe d'intégration énergétique réside dans son rang constitutionnel. En effet, les juges administratif et constitutionnel affirment que « *l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle* », et que ces règles « *s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs* »²⁹⁹³. Ce rang suprême rend le principe applicable à toute disposition législative ou réglementaire, David Beauregard-Berthier précisant que « *l'article 6 de la Charte de l'environnement, à l'instar des autres dispositions de cette dernière, devra être appliqué par les autorités administratives, sous le contrôle du juge dans tous les domaines et quel que soit l'encadrement législatif applicable* » tandis que Yann Aguila ajoute que « *la Charte de l'environnement est bien invocable devant le juge administratif, même pour des dispositions aussi générales que l'article 6, au moins à l'occasion du contentieux objectif* »²⁹⁹⁴.

Ce caractère transversal résulte ensuite dans sa capacité à échapper au principe d'indépendance des législations²⁹⁹⁵. En effet, les jurisprudences administrative et constitutionnelle ont démontré à plusieurs reprises que ce principe s'avère inopposable à un principe constitutionnel²⁹⁹⁶. Ce rang suprême produit un effet de décloisonnement, rendant le principe applicable à l'encontre de toute norme législative et réglementaire, qu'elle que soit son champ

²⁹⁹³ Respectivement : Cons. Const., déc. n° 2008-564 DC, du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, préc., consid. 18 ; CE, 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, préc.; Y. AGUILA, "Valeur de la Charte de l'environnement", *Constitutions*, n°1, mars 2010, p.140-143 ; sur le caractère opérant de l'article 6: CE, 17 mars 2010, n°314114, *Alsace Nature e.a.* ; CE, 16 avril 2010, n°320667, *Association Alcaly e.a.*; Y. AGUILA, "La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement", préc.p. 434 ; E. GEFFRAY et S.J. LIÉBER, "Valeur et portée juridique de la Charte de l'environnement", *AJDA*, 2008, p.2166

²⁹⁹⁴ O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, "L'article 6 de la Charte de l'environnement devant le juge administratif", *Droit de l'env.*, n°188, mars 2011, p.83-87 ; Y. AGUILA, "La Charte de l'environnement devant le Conseil d'État (conclusions du commissaire du gouvernement)", *Droit de l'env.*, n°162, oct. 2008, p.19-31 ; Y. AGUILA, "La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement", préc.p. 434

²⁹⁹⁵ M. GROS, "Quel degré de normativité pour les principes environnementaux ?", *RDP*, n°2, 20/09/2001, p.425

²⁹⁹⁶ A. BOURREL, "Contribution à l'étude du principe de l'indépendance des législations en droit administratif français", *RJEP*, n°626, 1 déc. 2005, p.455-472 ; J.-B. DUBRULLE, "Le principe de précaution dorénavant intégré au droit de l'urbanisme", *AJDA*, 2010, p.2114 ; CE, 19 juill. 2010, n° 328687, *Assoc. du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, *JurisData* n° 2010-012229, *AJDA*, 2010 p. 1453 ; note P. TROUILLY, *Env.*, n° 11, nov. 2010, comm. 135

Le principe d'intégration énergétique

juridique de référence²⁹⁹⁷. En ce sens, Odile David Beauregard-Berthier affirme que l'« *on se trouve donc désormais dans le cadre d'une confrontation d'un simple acte administratif avec un principe de valeur constitutionnelle et, dans ce cadre, l'indépendance des législations ne saurait prévaloir* »²⁹⁹⁸. La médiation législative s'avère donc facultative mais demeure envisageable pour préciser les modalités de l'intégration énergétique, dans le code de l'énergie²⁹⁹⁹.

Le principe d'intégration établit une obligation de développer les impacts énergétiques positifs dans les politiques publics mais la portée de cette signification demeure générale. Néanmoins, cette portée peut être précisée en se référant aux objectifs du droit de l'énergie³⁰⁰⁰.

b) Des objectifs propres à l'énergie

De manière générale, le principe d'intégration énergétique vise à faire des politiques publiques des instruments de promotion des finalités économiques (prix abordable de l'énergie, sécurité des approvisionnements), sociales (accès à l'énergie) et environnementales du droit de l'énergie (énergie propre). Ces finalités sont précisées par les objectifs du droit de l'énergie présentés dans le précédent chapitre, principalement fondés sur la loi POPE, les articles L.100-1 à 4 du code l'énergie, et la stratégie nationale de développement durable.

La prise en compte de ces objectifs implique une appréhension par des instruments procéduraux fondés sur une méthode itérative.

2) Une méthode itérative

L'intégration énergétique implique la valorisation systématique des décisions publiques au regard des objectifs du droit de l'énergie. Dès lors, sa mise en œuvre impliquerait de prolonger le cadre existant en matière de motivation des actes administratifs (a) dans un processus régulièrement renouvelé (b).

a) Des choix à motiver

Les modalités de prise en compte et de réalisation du principe d'intégration énergétique pourraient faire l'objet d'une motivation expresse par l'autorité normative. Cette mesure se heurte au principe de non-motivation des actes administratifs réglementaires qui peut être remis en cause par le législateur³⁰⁰¹. En ce sens, la loi 11 juillet 1979 fait obligation de motiver les décisions exécutoires individuelles défavorables ou dérogatoires à une règle générale³⁰⁰². Une circulaire du

²⁹⁹⁷ CE, 19 juill. 2010, Association du quartier Les-Hauts-de-Choiseul, req. n°328687, *AJDA*, 2010, p. 1453, obs. Y. HEGOUZO ; *AJDA*, 2010, p. 2114-2116, obs. J.-B. DUBRULLE ; J. MAKOWIAK, "Droit de l'urbanisme et environnement", *Droit de l'env.*, n°189, avril 2011, p.131-136 ; J. BÉTAILLE, "Le décloisonnement du principe de précaution, un effet de sa constitutionnalisation", *Droit de l'env.*, n°182, sept. 2010, p.274-275

²⁹⁹⁸ O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, "L'article 6 de la Charte de l'environnement devant le juge administratif", *préc.*

²⁹⁹⁹ N. CHAHID-NOURAÏ, "La portée de la Charte pour le juge ordinaire", *AJDA*, 2005, p.175

³⁰⁰⁰ J.-B. AUBY, "L'unité du droit", *DA*, n°6, repère 6, juin 2009

³⁰⁰¹ G. MONÉDIAIRE, "Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement", *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.605-635

³⁰⁰² Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JORF* du 12 juillet 1979 p.1711

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

1er juillet 2004 oblige également une motivation des projets de loi mais se limite à « *une brève explication par article. Pour des textes longs, une explication par division peut suffire* ». En revanche, les projets d'ordonnance, de décrets et d'arrêtés soumis à la signature du Premier ministre s'avèrent plus rigoureux, par l'exigence d'un rapport de présentation.

L'article L.134-11 oblige la CRE à motiver ses propositions et ses avis, qu'ils soient favorables ou défavorables. L'obligation de motivation des actes réglementaires figure également en droit positif sous la forme du « *standard du rapport introductif* », dans le cadre des plans et des programmes environnementaux et urbanistiques³⁰⁰³. De plus, les activités soumises à une étude d'impact préalable au titre de l'article L.122-1 du code de l'environnement doivent faire l'objet d'une publication par l'autorité administrative compétente sur la teneur et les motifs de la décision ; les conditions dont elle est éventuellement assortie ; les mesures destinées à éviter, réduire et, lorsque c'est possible, compenser les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine ; et les informations concernant le processus de participation du public³⁰⁰⁴. L'article L.123-16 dudit code ajoute que « *tout projet d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public de coopération intercommunale ayant donné lieu à des conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête doit faire l'objet d'une délibération motivée réitérant la demande d'autorisation ou de déclaration d'utilité publique de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement de coopération concerné* ».

L'exigence de motivation au regard des objectifs du droit de l'énergie compléterait ce dispositif, s'appliquerait à toute décision publique et pourrait se traduire pour le pétitionnaire, par des obligations de faire ou de ne pas faire, afin de garantir leur effectivité dont les modalités figureraient dans le code de l'énergie. Cette mesure faciliterait l'office du juge dans le contrôle de la prise en compte du principe d'intégration énergétique. Elle s'inscrirait dans le prolongement de la loi de 1979 relative à la motivation des actes administratifs qui contrairement aux craintes suscitées, n'a pas engendré de formalisme excessif. Cette mise en œuvre pourrait être facilitée par l'adoption d'instruments méthodologiques à l'attention des autorités normatives en s'inspirant de la grille de lecture du développement durable élaborée par le CERTU qui constitue un véritable outil pédagogique à la disposition des agents de l'État et des collectivités territoriales pour évaluer un projet d'aménagement ou d'un équipement³⁰⁰⁵. L'intégration énergétique pourrait également s'inspirer des indicateurs énergétiques de la SNDD³⁰⁰⁶. Cette solution permettrait de révéler les carences manifestes et procéder aux corrections requises pour une effectivité renforcée.

L'exigence d'effectivité liée à la valorisation des impacts positifs engendrés par la décision

³⁰⁰³ *Inter alia*, les schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie: c. env., art. L.122-1 ; les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux : c. env., art. L.212.1 ; le PLU: c. urb., art. L.123-1 ; le SCOT: c.urb., art. L.122-1-1

³⁰⁰⁴ C. env., art. L.122-V ; Selon le Conseil d'État l'autorité décisionnaire doit apporter à la connaissance du public une information supplémentaire sur les motifs et les considérations qui l'ont fondé mais son absence ne vicie pas la légalité de l'acte : CE, 22 oct. 2003, req. n°251469 et 251501, *Tantis et assoc.* « *Au pays d'en haut* »

³⁰⁰⁵ CERTU, *Prendre en compte le développement durable dans un projet - Guide d'utilisation de la grille RST02*, sept. 2006, www.certu.fr

³⁰⁰⁶ J. FREYSSINET, P. CHEVALIER et M. DOLLÉ, *Rapport du groupe de travail - Niveaux de vie et inégalités sociales*, Conseil national de l'information statistique, mars 2007 ; OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA PAUVRETÉ ET DE L'EXCLUSION SOCIALE, *Rapport 2005-2006*

Le principe d'intégration énergétique

publique pourrait en complément se traduire par un renouvellement du processus.

b) Un processus à renouveler

Le secteur énergétique est en évolution perpétuelle et le droit doit s'adapter³⁰⁰⁷. L'innovation peut provenir de technologies, de biens et de services nouveaux. Alors que les déchets organiques ont longtemps été considérés comme des déchets ultimes, le développement du procédé de méthanisation permet désormais une récupération sous forme de biogaz en vue d'une utilisation pour le transport, le chauffage, la cuisson et pourrait conduire à l'intégration de cette considération dans la planification urbaine³⁰⁰⁸. L'adaptation peut également résulter d'une meilleure appréhension de l'énergie par l'Homme. Un exemple peut être tiré de la consommation énergétique des appareils en veille. Individuellement, cet impact est relativement faible. Pourtant, un Comité d'experts de l'UE proposait le 7 juillet 2008 de limiter la puissance des appareils en veille à un watt, au motif qu'en son absence, les 4,6 milliards d'appareils domestiques consommeraient rien que pour la veille, l'équivalent de la consommation d'électricité d'un État comme la Grèce dès 2020³⁰⁰⁹. L'évolution peut encore provenir d'une modification des objectifs du droit de l'énergie qui font l'objet de consolidations régulières. Ces éléments plaident en faveur d'un renouvellement périodique de la prise en compte des objectifs du droit de l'énergie dans les politiques publiques afin d'étudier si des évolutions juridiques ou techniques pourraient concourir à une amélioration des impacts énergétiques de celles-ci.

Le principe d'intégration énergétique est donc susceptible de concourir à des adaptations du cadre juridique en vue de renforcer les moyens de sa mise en œuvre. Celles-ci ont vocation à produire des effets concrets qui se manifestent actuellement selon différentes formes.

B. Les manifestations de l'intégration énergétique dans le droit

L'intégration énergétique revêt des formes variables en tant que norme permissive (1) ou contraignante (2).

1) La norme permissive

Le droit positif témoigne de la possibilité d'intégrer l'énergie dans la décision publique sans recourir à l'obligatorité normative³⁰¹⁰. Elle se manifeste dans des permissions de bénéficier (a) et de déroger (b).

a) La permission de bénéficier

La permission de bénéficier se caractérise par des incitations multiples en droit de l'urbanisme, telles que la possibilité pour les départements, les régions, les communes et leurs groupements de produire de l'énergie renouvelable dont l'effectivité est garantie par leur éligibilité au mécanisme de l'obligation d'achat³⁰¹¹. Les communes peuvent promouvoir le recours aux

³⁰⁰⁷ J. ELLUL, *Le système technicien*, Calmann-Lévy, 1977

³⁰⁰⁸ F. FAURISSON, "Biogaz, valorisation énergétique des déchets : contours et horizons", *BDEI*, oct. 2010, p.29

³⁰⁰⁹ MEEDDM, "Tour d'horizon en quelques chiffres", 26/08/2010, www.developpement-durable.gouv.fr

³⁰¹⁰ C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques, préc.*, 157-186

³⁰¹¹ CGCT, art. L. 2224-32. A la différence des communes, seules les installations d'énergie renouvelable situées sur le

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

énergies renouvelables en recommandant leur utilisation dans le règlement du PLU, pour l'approvisionnement des constructions neuves, sous réserve de la protection des sites et des paysages³⁰¹². Elles disposent ainsi que leurs groupements de la possibilité de réaliser des opérations programmées d'amélioration thermique des bâtiments, consistant à proposer aux propriétaires de logements ou de bâtiments tertiaires, l'exécution d'un programme de rénovation, afin de permettre au patrimoine existant de rejoindre les performances énergétiques de l'habitat neuf. Un mécanisme spécifique concerne le règlement général d'intervention de l'Agence nationale de rénovation urbaine (ANRU) prévoyant des aides modulées selon la performance énergétique des bâtiments³⁰¹³. En complément, le Conseil régional peut engager unilatéralement ou par voie contractuelle « *des actions d'amélioration de l'habitat, de soutien à l'innovation, aux économies d'énergie, à l'utilisation des énergies renouvelables* »³⁰¹⁴.

En droit fiscal, le législateur prévoit la possibilité d'exonérer de la taxe foncière sur les propriétés bâties à concurrence de 50 % ou de 100 %, la construction de logements dont le niveau élevé de performance énergétique global est supérieur à la législation en vigueur, pour une durée minimum de cinq ans³⁰¹⁵. L'article 200 quater du CGI permet aux personnes physiques de bénéficier d'un crédit d'impôt en cas d'amélioration de la qualité environnementale de leur habitation principale ou de logements achevés depuis plus de deux ans, lorsqu'elles s'engagent à le louer pendant cinq ans à des personnes autres que leur conjoint ou un membre de leur foyer fiscal, et qui en font leur habitation principale³⁰¹⁶. Est également prévue la possibilité de bénéficier d'un crédit d'impôt pour l'évaluation énergétique des exploitations agricoles, en vue d'atteindre un taux de 30% d'exploitations à faible dépendance énergétique d'ici 2013³⁰¹⁷. Les installations de production d'électricité d'origine photovoltaïque bénéficient d'une fiscalité attractive puisque le législateur les exonère de la taxe foncière sur les propriétés bâties³⁰¹⁸. Lancé en décembre 2008, le fonds chaleur soutient la production de chaleur à partir de sources renouvelables et d'énergie de récupération. Il a pour objectif de développer entre 2009 et 2020, la production de chaleur renouvelable à hauteur de 5,5 millions de tonnes équivalent pétrole, soit plus du quart de l'objectif fixé par le Grenelle pour les énergies renouvelables³⁰¹⁹.

Ces mesures illustrent la progression de l'intégration énergétique dans le droit fiscal mais aussi sa sectorialité. Or, Gil Desmoulin souligne que l'effectivité ne sera garantie que lorsque

territoire de ces collectivités locales et liées à des équipements affectés à des missions de service public relevant de leurs compétences propres seront éligibles à l'obligation d'achat : J.-P. BROUANT, "Énergie et climat : un certain manque de souffle", *AJDA*, 2010, p.1802

³⁰¹² C. urb., art. L.123-1-14°

³⁰¹³ J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et J.-P. LEBRETON, "Développement durable, urbanisme et droit", *préc.*

³⁰¹⁴ CCH, art. L. 312-5-2 c)

³⁰¹⁵ CGI, art. 1383-0 B bis

³⁰¹⁶ Ce crédit d'impôt peut porter sur la pose de matériaux d'isolation thermique, la réalisation d'un diagnostic de performance énergétique, l'acquisition de pompes à chaleur, en sus des dispositions déjà prévues : C. LEPAGE, "Les nouvelles obligations en matière de construction selon les projets de loi Grenelle", *Gaz. pal.*, n°246, 02/0/2008, p.9

³⁰¹⁷ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. art. 31f)

³⁰¹⁸ CGI, art. 1382, 12° ; O. PECHAMAT, "Photo sur la fiscalité photovoltaïque", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.83-111 ; M.-L. SALVADOR, "Incitation verte et non dorée - la fiscalité du photovoltaïque", *Droit et ville, préc.*, p.114-127

³⁰¹⁹ J.-L. BAL, "Les outils de financement des énergies renouvelables", *AJCT*, 2010, p.16

Le principe d'intégration énergétique

l'énergie intègrera les dispositions générales du droit fiscal³⁰²⁰. Celle-ci devrait être systématisée puisque l'article L.100-3 du code de l'énergie dispose que pour contribuer aux orientations du droit de l'énergie : « *la fiscalité des énergies tient compte de l'incidence de leur utilisation sur la compétitivité de l'économie, la santé publique, l'environnement ainsi que la sécurité d'approvisionnement et vise, au regard de ces objectifs, à un traitement équilibré des différents types d'énergie. Elle tient compte, par ailleurs, de la nécessité de rendre les énergies renouvelables compétitives, afin de favoriser leur développement* ». Cette généralisation se révèle dans l'éco-prêt à taux zéro qui permet de financer des travaux de l'habitat tels que l'isolation thermique performante et le remplacement de systèmes de chauffage. Le DPE sert également de base de calcul au montant de la prime d'État versée aux épargnants titulaires d'un plan d'épargne logement, dont la rémunération varie selon le classement énergétique de l'habitation.

La norme permissive se présente également sous la forme d'une permission de déroger.

b) La permission de déroger

L'intégration énergétique dans le droit de l'urbanisme se traduit pour les communes par la possibilité, sous réserve d'une offre inexistante, insuffisante ou inadéquate sur leur territoire, de créer et entretenir des infrastructures de charge nécessaires à l'usage de véhicules électriques ou hybrides rechargeables. Cette exploitation peut comprendre l'achat d'électricité nécessaire à l'alimentation des infrastructures de charge³⁰²¹. Elle se manifeste également en droit des marchés publics, puisque l'article 5 du code des marchés publics impose la prise en compte d'objectifs de développement durable³⁰²². Les marchés publics ont par ce biais la possibilité d'y inscrire des critères de performance énergétique³⁰²³. Cependant, ce principe est limité par le fait qu'ils doivent être justifiés par l'objet du marché³⁰²⁴. Une réponse ministérielle du 21 janvier 2010 souligne que la prise en compte de la proximité géographique d'une entreprise comme facteur de réduction des émissions de CO2 « *ne peut être en tant que tel intégré comme critère de sélection des offres* »³⁰²⁵. En revanche, « *l'article 14 du code permet aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger comme condition d'exécution du marché la limitation des émissions de gaz à effet de serre, ce qui n'implique pas nécessairement une exigence de proximité de l'entreprise mais plutôt une démarche environnementale dans l'exécution du marché en termes d'implantation du chantier ou de moyens*

³⁰²⁰ G. DESMOULIN, *Les raisons et les modalités de la transformation de la fiscalité directe locale en fiscalité environnementale*, Colloque national 2009 Fiscalité et environnement, Lyon, 10-11 décembre 2009

³⁰²¹ CGCT, art. L.2224-37

³⁰²² O. SCHMITT, "La commande publique et le développement durable", *Gaz. Pal.*, 18/06/2005, p.4 ; G. CANTILLON, "Marchés publics et développement durable", *JCL Env.*, fasc. 2340, 15/09/2008

³⁰²³ C. marchés publics, art. 14 ; X. PINAUD, *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, Les Cahiers du CRIDEAU, Pulim, n°7, 2003 ; A. GONZALEZ, "Les effets du Grenelle de l'environnement sur le droit de la commande publique", *supplément Lamy Grenelle 2 BDEI*, oct. 2010, p.37-41 ; D. MIRANDA, "La commande publique en matière d'énergie", *Les collectivités territoriales et l'énergie - Annuaire 2007 des collectivités locales*, CNRS Editions, 007, p.79-91

³⁰²⁴ CE, 30 janv. 2009, n° 290236, *Agence nationale pour l'emploi*, JurisData n° 2009-074852 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. ZIMMER ; CE, 24 févr. 2010, n° 333569 ; JurisData n° 2010-000769 ; J.-D. DREYFUS et J.-M.PASTOR, "Dans quelles mesures peut-on prendre en compte les critères sociaux dans les marchés publics ?", *AJCT*, 2010, p.113

³⁰²⁵ *JO Sénat Q* 21 janv. 2010, p. 130

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

de transport utilisés »³⁰²⁶.

En plus de ces mesures incitatives, l'intégration énergétique peut se traduire par des mesures contraignantes.

2) La norme contraignante

Mobiliser et faire œuvre de pédagogie s'avère généralement plus aisé que d'imposer des obligations comportementales³⁰²⁷. Néanmoins, l'intégration énergétique prend parfois des formes de contraintes de réfléchir (a) ou d'agir (b).

a) La contrainte de réfléchir

La contrainte de réfléchir peut se traduire par une obligation de faire pour le débiteur. Contrairement à l'obligation d'agir, elle n'implique pas de changement comportemental de l'intéressé mais un simple encouragement à modifier ses pratiques. Le PLU peut ainsi recommander l'utilisation d'énergie renouvelable par la fixation de règles générales et l'établissement de servitudes d'utilisation des sols, pour l'approvisionnement des constructions neuves, en fonction de leurs caractéristiques, sous réserve de la protection des sites et des paysages³⁰²⁸. Le schéma régional d'aménagement et de développement du territoire, qui fixe les orientations fondamentales à moyen terme du développement durable du territoire régional, permet de planifier de manière décentralisée la localisation d'installations énergétiques³⁰²⁹. Les directives territoriales d'aménagement et de développement durables (DTADD) peuvent déterminer les objectifs et les orientations de l'État « *en matière (...) d'amélioration des performances énergétiques et de réduction des émissions de gaz à effet de serre dans des territoires présentant des enjeux nationaux dans un ou plusieurs de ces domaines* »³⁰³⁰.

La contrainte de réfléchir se manifeste également dans un développement juridique croissant de l'intégration énergétique à l'égard des personnes privées. L'article 228 de la loi Grenelle 2 impose l'affichage de la classe énergétique des produits soumis à l'étiquetage européen sur les publicités mentionnant le prix de ces produits, l'encadrement des allégations environnementales, et l'information du bénéficiaire d'une prestation de transport³⁰³¹. Le législateur prévoit la mise en place pour une durée d'un an, d'une expérimentation à partir du 1er juillet 2011, visant à informer le consommateur du contenu équivalent carbone des produits et de leur emballage, « *ainsi que la consommation de ressources naturelles ou de l'impact sur les milieux naturels qui sont imputables à ces produits au cours de leur cycle de vie* »³⁰³². Elle est complétée par l'obligation pour les

³⁰²⁶ *Ibidem*

³⁰²⁷ J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et J.-P. LEBRETON, "Développement durable, urbanisme et droit", *préc.*

³⁰²⁸ C. urb., art. L.123-1-14° ; P. FARCY, "Une ville allemande rend les panneaux solaires obligatoires", *Univers-nature*, 21/06/2008, www.univers-nature.com

³⁰²⁹ Loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, *JORF* du 9 janvier 1983 p. 215, art. 34 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p.147

³⁰³⁰ C. urb., art. L.113-1 ; Y. JEGOUZO, "L'ambitieuse loi portant engagement national pour l'environnement", *AJDA*, 2010, p.1681

³⁰³¹ A. DELSAUX, "Grenelle 2 et gouvernance des entreprises", *Env.*, n° 10, étude 24, oct. 2010

³⁰³² C. conso., L.112-10

Le principe d'intégration énergétique

personnes morales de droit privé employant plus de 500 personnes de réaliser un bilan de gaz à effet de serre³⁰³³. De plus, les baux conclus ou renouvelés portant sur des locaux de plus de deux mille mètres carrés à usage de bureaux ou de commerces doivent comporter une annexe environnementale. Chantal Cans et Bénédicte Delaunay remarquent qu'elle constitue « *une annexe strictement énergétique* »³⁰³⁴. Dans ce sens figurent des obligations de publier l'impact énergétique des entreprises dans les comptes de gestion³⁰³⁵.

L'intégration énergétique pourrait se développer en droit de la commande publique sur le fondement de l'article 5 de la loi Grenelle 1 disposant que « *l'État se fixe comme objectif de réduire la consommation d'énergie du parc des bâtiments existants d'au moins 38% d'ici à 2020* ». L'effectivité de ces prescriptions est permise par la possibilité de recourir à un contrat de performance énergétique, une convention de long terme réalisée sous la forme d'un marché global regroupant des prestations de conception, de réalisation, et d'exploitation ou de maintenance, afin d'améliorer l'efficacité énergétique d'une collectivité publique pour un résultat garanti contractuellement³⁰³⁶.

Ces mesures sont complétées par un cadre contraignant en vue d'un changement comportemental.

b) La contrainte d'agir

L'intégration coercitive de l'énergie dans le droit de l'urbanisme se réalise au sein des instruments de planification. L'article 7-II de la loi Grenelle 1 dispose que le droit de l'urbanisme doit prendre en compte l'objectif de lutte contre l'étalement urbain et la déperdition d'énergie³⁰³⁷. Les SCOT, les PLU, et les cartes communales poursuivent un objectif de maîtrise de l'énergie et de production énergétique d'origine renouvelable³⁰³⁸. Cette dernière doit être prise en compte dans tous les documents de planification des sols, l'article L.121-1 du code de l'urbanisme leur fixant comme objectif « *la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique* »³⁰³⁹. Le législateur n'a cependant pas retenu la proposition des conclusions du Grenelle de l'environnement consistant à introduire des critères de performance énergétique et d'émission de gaz à effet de serre dans le SCOT. Néanmoins, le SCOT et le PLU ont l'obligation de prendre en compte les plans climat-énergie territoriaux³⁰⁴⁰. Le PLU peut également définir des secteurs dans lesquels l'ouverture de nouvelles zones à l'urbanisation est soumise à l'obligation pour les constructions, les travaux, et les aménagements de respecter des « *performances énergétiques et*

³⁰³³ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *préc.*, art. 75

³⁰³⁴ Art. L. 125-9. c. env. ; C. CANS et B. DELAUNAY, "Information et participation (1ère partie) - janvier 2009 - juillet 2010", *Droit de l'env.*, sept. 2010, p.309-316

³⁰³⁵ E. ALFANDARY, "Les indicateurs environnementaux, de nouveaux outils pour le droit de l'environnement", *Droit de l'env.*, n°140, juil./août 2006, p.220-223 ; F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (1re partie) . - mai 2008 / mai 2009", *Env.*, n°8, Août 2009 ; A. REVERCHON, "Responsabilité sociale et environnementale des entreprises : la comptabilité vire au vert", *Le Monde*, 20/09/2010

³⁰³⁶ A. GONZALEZ, "Les effets du Grenelle de l'environnement sur le droit de la commande publique", *supplément Lamy Grenelle 2 BDEI*, oct. 2010, p.37-41

³⁰³⁷ D. GILLIG, "Grenelle 2 : l'impact sur le droit de l'urbanisme, de A à Z", *Env.*, n°10, étude 22, oct. 2010

³⁰³⁸ C.urb., art. L.121-1

³⁰³⁹ C. urb., art. L.121-1

³⁰⁴⁰ C. urb., art. L.122-1-12 et L. 123-1-9

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

environnementales renforcées »³⁰⁴¹. En complément, le règlement du PLU peut imposer aux constructions, aux travaux, aux installations et aux aménagements des performances énergétiques et environnementales renforcées³⁰⁴².

L'article L.121-9 du code de l'urbanisme élève au rang législatif des dispositions relatives au projet d'intérêt général (PIG) en prévoyant la possibilité pour le préfet ou un ministre de l'appliquer aux mesures nécessaires à la mise en œuvre des DTADD, ainsi que tout projet d'ouvrage, de travaux ou de protection présentant un caractère d'utilité publique et destiné à la réalisation d'une opération d'aménagement ou d'équipement, au fonctionnement d'un service public, ou à la mise en valeur des ressources naturelles³⁰⁴³. Il prévaut sur tous les documents d'urbanisme obligeant les autorités locales à les modifier en conséquence³⁰⁴⁴. Cette mesure permet à l'État d'imposer des projets de production d'énergie aux collectivités locales, mais les textes n'imposent aucune étude d'impact ni consultation publique préalables à l'arrêté prescrivant le PIG³⁰⁴⁵. Par conséquent, celui-ci ne devrait être utilisé que dans des circonstances particulières, l'implantation de parcs solaire et éoliens révélant le rôle essentiel de la consultation publique³⁰⁴⁶.

Ces dispositions sont relayées en droit de la construction par une réglementation de la consommation d'énergie primaire des bâtiments qui devra être inférieure à 50 kilowattheures par mètre carré et par an en moyenne à compter de la fin de l'année 2012, et par anticipation dès la fin 2010, pour les bâtiments publics et ceux affectés au secteur tertiaire, puis à énergie positive d'origine renouvelable d'ici 2020³⁰⁴⁷.

L'énergie intègre également le droit de l'environnement au titre des nuisances lumineuses et sonores, les débats parlementaires sur les lois relatives au Grenelle de l'environnement ayant fait apparaître que l'éclairage public et la signalisation représentent 20% du budget énergie des communes, soit deux fois plus qu'en Allemagne. Des décrets en Conseil d'État peuvent donner compétence au maire pour encadrer cette consommation d'énergie³⁰⁴⁸. L'article L. 511-1 du code de l'environnement prévoit depuis l'article 82 de la loi Grenelle 2, la possibilité de classer au titre de la législation sur les ICPE, des installations présentant des inconvénients au titre de « *l'utilisation rationnelle de l'énergie* ». L'énergie intègre l'étude d'impact environnemental comprenant pour les

³⁰⁴¹ C. urb., art. L. 122-1-5-IV ; H. JACQUOT et J.P. LEBRETON, "La réforme du plan local d'urbanisme", *AJDA*, 2010, p.1697 ; P. BAFFERT, "La planification stratégique", *AJDA*, 2010, p.1688

³⁰⁴² C. urb., art. L. 123-1-5, 14°

³⁰⁴³ Légalité du PIG concernant le tracé d'une ligne d'adduction d'électricité : TA Versailles, 22 mai 1987, *CJEG* 1987, p. 860, note P. ABOU ; concernant un projet de barrage: CE, 12 oct. 1988, *Féd. limousine étude et protection nature*, *LPA* 3 juill. 1989, p. 7 ; *CJEG* 1989, p. 259 ; *Gaz. Pal.* 1989, 1, pan. *dr. adm.* p. 242 ; concernant l'aménagement de dépôts pétroliers: TA Nice, 18 nov. 1993, *SCI Simian et a.* : *D.* 1994, somm. p. 98, note H. CHARLES ; concernant une ICPE: CE, 7 févr. 2007, n° 287252, *Sté Sagace et Sté Méditerranéenne de nettoyage*, *Juris-Data* n° 2007-071413

³⁰⁴⁴ CE, 20 juin 1997, n° 098123, *Ville Amiens et a.* ; *Mon. TP* 26 janv. 1996, à propos de l'agglomération orléanaise

³⁰⁴⁵ CAA Bordeaux, 12 avr. 2001, *Groupement défense population Californie*, *JurisData* n° 2001-166967 ; *RD imm.* 2001, p. 532

³⁰⁴⁶ C. KROLIK, "La gestion de l'énergie par les collectivités locales et les noces d'émeraude", *Le Moniteur - complément territorial*, *préc.*

³⁰⁴⁷ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 4. Peut également être mentionné la réalisation de travaux d'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments existants à usage tertiaire ou dans lesquels s'exerce une activité de service public avant le 1er janvier 2020 : CCH, art. L.111-10-3

³⁰⁴⁸ C. art. L. 583-1 à L. 583-5 ; A. VINCENT, "Autres apports de la loi Grenelle II", *AJDA*, 2010, p.1819

Le principe d'intégration énergétique

infrastructures de transport, une évaluation des consommations énergétiques résultant de l'exploitation du projet, notamment du fait des déplacements qu'elle entraîne ou permet d'éviter³⁰⁴⁹.

Le principe d'intégration énergétique est donc susceptible de revêtir des formes variables, dont il revient à l'autorité publique de choisir la plus adaptée par rapport au but poursuivi. Cette mise en œuvre se caractérise également par l'absence méthodologie précise, conduisant à envisager le code de l'énergie comme un terrain dans lequel ces précisions pourraient être apportées. En complément, l'objectif de développement durable entretient d'étroites relations avec le principe d'intégration énergétique et concourt à son renforcement.

II. Un principe renforcé par l'objectif de développement durable

Jean-Marc Février constate l'inhérence de l'énergie au sein du développement durable, qu'il qualifie d' « *intégration assumée* »³⁰⁵⁰. Cette remarque conduit à appréhender le développement durable comme un fondement de l'intégration énergétique (A) et comme l'un de ses principaux vecteurs (B).

A. Le développement durable comme source d'intégration énergétique

Par nature, l'énergie constitue une composante essentielle du développement durable. Cette caractéristique conduit à mettre en exergue cette spécificité (1) avant d'en nuancer la portée juridique (2).

1) Un instrument au sommet de la hiérarchie juridique

Le développement durable résultent de fondements suprêmes en droit de l'Union (a) et en droit français (b).

a) Un fondement européen

Le développement durable est inscrit dans le droit originaire de l'Union et ses précisions font état de sa vocation à intégrer les impacts énergétiques positifs dans les systèmes juridiques. L'article 3 du TUE dispose que « *l'Union (...) œuvre pour le développement durable de l'Europe (...), qui tend au plein-emploi et au progrès social, et à un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement* »³⁰⁵¹. L'article 37 de la Charte des droits fondamentaux précise sa fonction pénétrante : « *un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable* »³⁰⁵².

³⁰⁴⁹ C. env., art. L.122-3

³⁰⁵⁰ J.-M.FÉVRIER, "Développement durable", *préc.*, n°104

³⁰⁵¹ F. BERROD, "Le développement durable, nouvelle frontière du marché unique", in P. DEMARET, I. GOVAERE et D. HANF (EDS.), *Dynamiques juridiques européennes, édition revue et mise à jour de 30 ans d'études juridiques et européennes au Collège d'Europe*, P.I.E Peter Lang, Bruxelles, 2007, p. 357-372

³⁰⁵² Voir également : TFUE, art. 11: « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable* » ; M. PRIEUR, "Commentaire de l'article II-97 du projet de Constitution européenne - protection de l'environnement", in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, *Traité établissant une constitution pour l'Europe : Partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.483-493 ; J.-

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

Le développement durable conforterait le principe d'intégration énergétique comme instrument juridique d'un rang suprême de par sa place au sein du droit originaire de l'Union, impliquant une valorisation des impacts énergétiques positifs dans les décisions publiques. Michel Prieur remarque que l'intégration s'oppose à la sectorialité, elle renvoie à l'idée de transversalité, d'incorporation, et de coordination³⁰⁵³. Son rang hiérarchique lui confère un caractère transectoriel nécessaire à l'effectivité des objectifs du droit de l'énergie. La CJUE reconnaît son caractère contraignant et un manquement à son égard est susceptible de conduire à des recours en annulation, en carence, voire en responsabilité³⁰⁵⁴. La Cour de justice de l'Union ajoute que conformément l'article 51§1, les dispositions de la Charte des droits fondamentaux s'appliquent aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, et conformément à l'article 47 : « toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal »³⁰⁵⁵. La responsabilité étatique pourrait donc être recherchée par la Commission européenne en cas de manquement à l'intégration énergétique³⁰⁵⁶.

En complément, le développement durable conforte le principe d'intégration énergétique en droit constitutionnel.

b) Un fondement constitutionnel

Le développement durable bénéficie d'une reconnaissance constitutionnelle, le préambule de la Charte de l'environnement disposant « *qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins* ». L'article 6 complète ces dispositions en précisant « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Au même titre que l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux, le développement durable est appréhendé par la doctrine environnementaliste comme le fondement du principe d'intégration³⁰⁵⁷. Son effectivité serait garantie par le fait que

M.FÉVRIER, "Développement durable", *préc.*, n°106 ; A. COMOLET ET A. DECONINICK, "Le principe d'intégration historique et interprétation", *préc.*, p.152 ; A. VAN LANG, "Développement durable, un défi pour le droit", *Répertoire du notariat Deffrénois*, n°11, 15/06/2008, p.1181; G. FIEVET, "Réflexion sur le concept de développement durable: prétention économique et protection des droits fondamentaux", *Revue belge de droit comparé*, n°1, 2001 ; M.-P. BLIN-FRANCHOMME, "Internormativité et réseau d'autorités : regards sur la méthode communautaire en droit de l'environnement", *LPA*, n°200, 06/10/2004, p.54 ; N. HERVÉ-FOURNEREAU, "Droit à l'environnement et ordre juridique communautaire - une alliance d'ombre et de lumière", *Pour un droit commun de l'environnement : Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, 2007, p.529-566

³⁰⁵³ M. PRIEUR, "La gestion intégrée des zones côtières, le défi méditerranéen", in J. MORAND-DEVILLER, *Confluences: mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER*, Montchrestien, fév. 2007, p.901-912

³⁰⁵⁴ CJCE, 29 mars 1990, aff. C 62/88, *Grèce c/ Conseil* ; confirmé par CJCE, 11 juin 1991, aff. C 300/89, *Commission c/ Conseil*, *Rec. Rec.* p. I-2867

³⁰⁵⁵ CJUE, ord., 12 nov. 2010, aff. C-339/10, *Estov, Ivanova et Kemko International EAD c/ Ministerski savet na Republika Bulgaria*, pt. 12, note A. RIGAUX, "Champ d'application de la Charte des droits fondamentaux", *Europe* n° 1, janv. 2011, comm. 1 ; CJCE, 11 oct. 2007, aff. C-117/06, *Möllendorf et Möllendorf-Niehuus*, *Rec.* 2007, I, p. 8361, pt 78

³⁰⁵⁶ CJCE, 19 nov. 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, *Francovich et a.* ; CJCE, 5 mars 1996, aff. C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du pêcheur et Factortame* ; CJUE, 26 janv. 2010, aff. C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, *Europe* 2010, comm. 100, obs. D. SIMON ; CJUE, 2e ch., 25 nov. 2010, aff. C-429/09, *Günter Fub c/ Stadt Halle*, note D. SIMON, *Europe*, n° 1, janv. 2011, comm. 3 , note L. DRIGUEZ, *Ibidem*, comm. 33

³⁰⁵⁷ M. PRIEUR, "Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement", *préc.* ; M. PRIEUR, "Les nouveaux

Le principe d'intégration énergétique

« l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement ont valeur constitutionnelle » et par la reconnaissance du caractère opérant de l'article 6 par les juges administratif et constitutionnel³⁰⁵⁸.

A l'instar du droit de l'UE, le développement durable complète le principe d'intégration énergétique parce qu'il précise le sens de cette prise en compte. En ce sens, David Deharbe qualifie le principe d'intégration de « *méthodologie juridique* » du développement durable³⁰⁵⁹. Cette complémentarité est renforcée par le caractère opérant du développement durable, Jean-Eric Schoettl affirmant en ce sens qu' « *il résulte clairement de la volonté du constituant telle qu'elle s'est exprimée le 1er mars 2005, que celui-ci a entendu donner une valeur juridique aux principes de la Charte, lesquels présentent une certaine analogie avec les principes économiques et sociaux du Préambule de 1946. Le Conseil constitutionnel a, dès lors attribué, à l'article 6 de la Charte la même valeur juridique qu'aux principes économiques et sociaux* »³⁰⁶⁰.

Bien que le caractère suprême du développement durable soit établi dans les systèmes juridiques européen et français, la mise en œuvre dont il fait l'objet tend à lui conférer une portée juridique ambiguë.

2) Une portée juridique incertaine

L'objectif de développement durable se caractérise par une certaine imprécision résultant de redondances excessives en droit positif (a). Cette caractéristique rend ses modalités opérationnelles imprécises (b).

droits", *préc.* ; M. PRIEUR, "Vers un droit de l'environnement renouvelé", *La Constitution et l'environnement, Cah. Cons. const.*, n° 15, 2003, p. 221 et s. ; M. PRIEUR, "Droit de l'homme à l'environnement et développement durable", actes du colloque de Ouagadougou: développement durable leçons et perspectives, du 1er au 4 juin 2004, www.francophonie-durable.org ; L. FONBAUSTIER, "Chronique de jurisprudence relative à la Charte de l'environnement", *préc.* ; J. MORAND-DEVILLER, "La Constitution et l'environnement", *préc.* ; J. MORAND-DEVILLER, "La Charte de l'environnement et le débat idéologique", *RJE*, n° spécial, 2006, p. 105 ; S. CAUDAL-SIZARET, *La protection intégrée de l'environnement en droit public français*, Université Jean Moulin Lyon 3, 1993 ; A. COMOLET et A. DEKONINCK, "Le principe d'intégration, historique et interprétation", *REDE*, n° 2, 2001, p. 152 ; J. CHIRAC, discours d'Orléans, 03/05/2001 et discours d'Avranches, 18/05/2002 ; A. COMOLET, "La mise en œuvre du principe d'intégration en France: premiers éléments pour un état des lieux, rencontre franco-allemande "développement durable et intégration des considérations environnementales à l'ensemble des secteurs politiques, quelles relations privilégiées souhaitons-nous établir?"", Berlin, 24-25 mai 2000 ; Y. AGUILA, "La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement", *Constitutions*, n° 3, sept. 2010, p. 433-435 ; A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, 2007, p. 197

³⁰⁵⁸ Respectivement: Cons. Const., déc. n° 2008-564 DC, du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *préc.*, consid. 18 ; CE, 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, *préc.*; Y. AGUILA, "Valeur de la Charte de l'environnement", *Constitutions*, n° 1, mars 2010, p. 140-143 ; sur le caractère opérant de l'article 6: CE, 17 mars 2010, n° 314114, *Alsace Nature e.a.* ; CE, 16 avril 2010, n° 320667, *Association Alcaly e.a.*; Y. AGUILA, "La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement", *préc.* p. 434

³⁰⁵⁹ D. DEHARBE, "Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable", *Env.*, n° 4, comm. 34, avril 2005

³⁰⁶⁰ Cons. Const., déc. n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *loi relative à la création du registre international français*, *Rec.*, p. 78 ; J.-E. SCHOETTL, "Commentaire de la décision 2005-514 DC du 28 avril 2005", *Cah. Cons. const.*, n° 19 ; "Première intégration de la Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité", *AJDA*, 2005, p. 975 ; "La création du registre international français conforme à la Constitution", *Liaison sociale/Quotidien*, 10/05/2005, 14377, p. 1 ; obs. L. FONBAUSTIER, note J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 19/07/ 2005, p. 3 ; A. CAPITANI, "La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?", *RFDC*, 2005, p. 504

a) Une redondance excessive

Le développement durable irrigue le droit par sa seule référence et la loi Grenelle 1 y fait référence à soixante-huit reprises. Il constitue un étalon bénéficiant d'une transcription dans une diversité de domaines sous la forme d'une « *croissance durable* » ; une « *consommation durable* » ; des « *pratiques agricoles durables* » ; une « *politique durable des transports* » ; la « *recherche sur le développement durable* » ; « *l'éducation au développement durable* » ; un « *institut dispensant des formations continues de très haut niveau en matière de développement durable* » ; « *des activités extractives durable* »... Ces exemples pourraient être multipliés et attisent la critique, le développement durable devenant « *une utopie consensuelle, dessinant les contours d'un monde idéal où le développement économique, la cohésion sociale et la protection de l'environnement se confortent mutuellement dans un cercle vertueux* »³⁰⁶¹. Il est qualifié de leurre, d'hérésie, voire de tartufferie³⁰⁶². Cet excès d'intégration dans le droit aurait paradoxalement pour incidence de ne plus rien vouloir dire et semble surtout caractériser un enthousiasme du législateur à son égard³⁰⁶³.

Abstraction faite de ces excès, le développement durable diffère peu de toute règle juridique substantielle constituant une norme générale qui fait office d'idéal à satisfaire³⁰⁶⁴. Dès lors, la critique trouve également sa source dans l'imprécision de ses modalités opérationnelles.

b) Des modalités opérationnelles imprécises

Le développement durable constitue un objectif et ne peut dès lors pas constituer son propre moyen d'action. L'intégration paraît donc tautologique lorsqu'elle se borne à rappeler l'objectif de développement durable. A l'inverse, elle s'avère créatrice lorsqu'elle précise les modalités de cette intégration. Par conséquent, la recherche d'identité et la quête d'effectivité du développement durable devraient conduire à une présence réduite de ce qualificatif en droit positif, au profit de précisions terminologiques reposant sur des moyens juridiques concrets.

Les imprécisions dont le développement durable fait l'objet portent essentiellement sur sa portée juridique. En revanche, les dispositions relatives à son contenu apportent des précisions éclairantes sur l'intégration énergétique.

B. Le développement durable comme moyen d'intégrer l'énergie

Le développement durable a pu être qualifié de concept ambigu à faible intensité juridique³⁰⁶⁵. Néanmoins, l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux le reconnaît comme un

³⁰⁶¹ S. PÉRIGNON, *Le nouvel ordre urbanistique*, Defrénois, 2004, p. 215

³⁰⁶² C. CANS, "Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences", *préc.* ; M. AUZANNEAU, "Les objecteurs de croissance", *Le Monde* 2, 25/03/2006, p.19 et s. ; M.J. DEL REY, "« Développement durable » : l'incontournable hérésie", *AJDA*, 2010, p.1493 ;

³⁰⁶³ S. MARKS, «The end of History? Reflections on Some International Legal Theses», *European Journal of International Law*, 1997, p.449 s.

³⁰⁶⁴ E. NAIM-GESBERT, "L'irrésistible ordre écologique - Risque et Etat de Droit", in *Pour un droit commun de l'environnement - mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, 2007, p.1323-1341 ; P. LASCOUMES, E. JOLY-SIBUET et P. BOUDRY, *Administrer les pollutions et nuisances*, Service des études du ministère de l'environnement, sept. 1985, p.103 ; V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", *JCLA*, fasc. 1440, 27/06/2010

³⁰⁶⁵ G. FIEVET, "Réflexion sur le concept de développement durable : prétention économique et protection des droits fondamentaux", *Revue belge de droit comparé*, n°1, 2001, p. 134

Le principe d'intégration énergétique

« *principe* » et la Charte de l'environnement comme un « *objectif* ». Il est mis en exergue par un ensemble de règles qualifié de « *droit du développement durable* », contribuant à préciser le contenu de l'intégration énergétique (1) et sa méthode (2)³⁰⁶⁶.

1) Une précision du contenu de l'intégration énergétique

L'étude du développement durable tend à considérer l'intégration des objectifs du droit de l'énergie comme inhérente à son contenu (a) et que cette signification pourrait être précisées par ses institutions d'orientation et de suivi (b).

a) Des finalités énergétiques inhérentes au développement durable

La pénétration du développement durable dans le système juridique national fut aussi prompte que spectaculaire. Elle se caractérise par un nombre impressionnant de lois au caractère indéfini, suscitant la critique doctrinale³⁰⁶⁷. Cette situation assure une régulation sociale mais engendre l'interrogation sur son potentiel et sa capacité à disposer d'une portée juridique autonome, la tentation étant forte de le considérer comme relevant du droit doux³⁰⁶⁸. Pourtant, le développement durable est également appréhendé par la doctrine comme une norme à l'« *incontestable dureté* »³⁰⁶⁹.

La Charte de l'environnement fut le premier instrument juridique national décrivant ses composantes principales³⁰⁷⁰. Elle est désormais complétée par l'article L.110-1-III du code de l'environnement précisant qu'il répond à cinq finalités : « *la lutte contre le changement climatique ; la préservation de la biodiversité, des milieux et des ressources ; la cohésion sociale et la solidarité entre les territoires et les générations ; l'épanouissement de tous les êtres humains ; une dynamique de développement suivant des modes de production et de consommation responsables* ». La loi Grenelle 1 met en exergue la place fondamentale de l'énergie, en précisant son concours à « *nouveau modèle de développement durable qui respecte l'environnement et se combine avec une diminution des consommations en énergie* »³⁰⁷¹. Ces précisions confirment la place essentielle de l'énergie dans le développement durable.

Les travaux parlementaires témoignent quant à eux de la volonté de consacrer le développement durable comme un objectif de valeur constitutionnelle³⁰⁷². Le manque de recul dans son application ne permet pas de relever avec précision sa portée juridique. Néanmoins, ces indications tendent à confirmer son caractère contraignant dans la mesure où la jurisprudence administrative et constitutionnelle s'assure d'une prise en compte équilibrée et effective des

³⁰⁶⁶ F.-G. TRÉBULLE, "Droit du développement durable", *préc.*

³⁰⁶⁷ C. CANS, "Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences", *AJDA*, 2003, p.210

³⁰⁶⁸ J.-M. FÉVRIER, "Développement durable", *préc.*

³⁰⁶⁹ F.-G. TRÉBULLE, "L'accroissement de la prise en compte du développement durable dans le secteur de la construction", *Revue de droit immobilier*, 2008, p.176

³⁰⁷⁰ J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et J.-P. LEBRETON, "Développement durable, urbanisme et droit", *préc.*

³⁰⁷¹ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 1

³⁰⁷² N. KOSCIUSKO-MORIZET, *Rapport relatif à la Charte de l'environnement*, AN n° 1595, 12 mai 2004, p. 116

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

dimensions économiques, sociales et environnementales du développement durable³⁰⁷³. De plus, des institutions qui lui sont dédiées concourent à sa réalisation.

b) Une signification pouvant être précisée par ses institutions d'orientation et de suivi

Les instances chargées du développement durable pourraient être investies d'une mission visant à préciser la signification de l'intégration énergétique. Cette remarque conduit à préciser la multitude d'organismes auxquels cette mission pourrait revenir. La dissémination des institutions impliquées dans le développement durable se manifeste dans l'administration centrale. Un ministre en charge du développement durable dispose d'une autorité conjointe avec le ministre chargé de l'énergie sur la direction générale de l'énergie et du climat³⁰⁷⁴. Il veille à l'intégration des objectifs de développement durable dans l'élaboration et la mise en œuvre de l'ensemble des politiques conduites par le Gouvernement ainsi qu'à leur évaluation environnementale³⁰⁷⁵. Son ministère comporte deux structures dédiées au développement durable : le Conseil général de l'environnement et du développement durable et le Commissariat général au développement durable. Le premier assure une mission d'information et de conseil dans des domaines où l'énergie revêt une place essentielle comme la construction, l'aménagement, l'urbanisme, la politique de la ville, la lutte contre le changement climatique, la prévention des risques majeurs, et la mer³⁰⁷⁶. Le second est chargé d'élaborer, d'animer, et de suivre la stratégie nationale du développement durable. A cet effet, le Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement assure le suivi de la SNDD, des engagements du Grenelle de l'environnement, et peut être saisi pour avis « *de toute question relative au développement durable, notamment des projets de textes législatifs et réglementaires ayant une incidence dans ce domaine, de tout schéma d'orientation ou de toute réforme ayant une portée nationale en matière d'environnement, d'aménagement et de développement durable* »³⁰⁷⁷.

Le Comité interministériel pour le développement durable adopte la SNDD et approuve les plans d'actions tendant à intégrer les objectifs du développement durable dans les politiques publiques³⁰⁷⁸. Le Conseil économique pour le développement durable est quant à lui enjoint d'une mission de conseil et d'évaluation des politiques publiques du ministre chargé du développement durable³⁰⁷⁹. Le Conseil économique, social et environnemental est obligatoirement consulté sur tout plan ou tout projet de loi de programmation à caractère économique, social ou environnemental, sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que sur les propositions de lois qui lui sont soumis, et sur tout problème de caractère économique, social ou environnemental. Il peut également être saisi par voie de pétition dans les conditions fixées par les lois organiques du 28 juin 2010³⁰⁸⁰.

³⁰⁷³ F.-G. TRÉBULLE, "Droit du développement durable", *préc.*, pts. clés 5

³⁰⁷⁴ Décret n°2010-1443 du 25 novembre 2010 relatif aux attributions du ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, *JORF* n°274 du 26 novembre 2010, p. 21057, art. 2

³⁰⁷⁵ *Ibidem*, art. 1

³⁰⁷⁶ Décret n° 2008-679 du 9 juillet 2008 relatif au Conseil général de l'environnement et du développement durable, *JORF* n°160 du 10 juillet 2008

³⁰⁷⁷ C. env., art. D. 134-1 à 7

³⁰⁷⁸ C. env., art. D. 134-8 à 11

³⁰⁷⁹ Décret n° 2008-1250 du 1er décembre 2008 portant création du Conseil économique pour le développement durable, *JORF* n°281 du 3 décembre 2008

³⁰⁸⁰ Loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010 relative au Conseil économique, social et environnemental, *JORF* n°148

Le principe d'intégration énergétique

Ces instances présentent un caractère pléthorique et peut-être conviendrait-il de les réunir. Cette rationalisation donnerait davantage de lisibilité et donc une portée renforcée à des travaux portant sur la signification de l'intégration énergétique.

En complément, l'étude du développement durable serait susceptible d'apporter des précisions quant à ses modalités opérationnelles.

2) Une précision de la méthode de l'intégration énergétique

L'analyse du principe d'intégration énergétique et de son adjuvant le développement durable laissent en suspens. La première concerne son champ d'application en précisant le sens de la notion de politique publique (a). La seconde est relative au seuil à partir duquel l'intégration devrait être mise en œuvre. En ce sens, les textes précisent le caractère systématique de l'obligation (b).

a) Une intégration dans les politiques publiques

Les dispositions de l'article 6 imposent aux pouvoirs législatif et réglementaire d'intégrer les trois piliers du développement durable dans les politiques publiques, dans leurs considérations énergétiques notamment³⁰⁸¹. Les autorités devraient donc s'adapter institutionnellement et matériellement pour assurer cette exigence³⁰⁸². Le terme de politique publique se réfère à l'action menée par une autorité, selon un programme coordonné de mesures visant à modifier l'environnement culturel, social ou économique, dans une logique sectorielle³⁰⁸³. Michel Prieur remarque que le terme de « *décisions publiques* » aurait été juridiquement plus approprié mais que l'on peut sans difficultés analyser le terme « *politiques publiques* » comme couvrant les décisions publiques de toutes natures³⁰⁸⁴. Par conséquent, l'intégration devrait s'appliquer à tous les supports normatifs, incluant les lois, les règlements et les décisions individuelles³⁰⁸⁵. Elle implique une exemplarité des autorités normatives dans leurs actions par une prise en compte des finalités économiques, sociales, et environnementales du droit de l'énergie.

L'intégration énergétique revêt également un caractère systématique.

b) Une intégration systématique

Le constituant précise que « *les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins* », que « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable* » et qu' « *elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Le recours du présent de l'indicatif signifie en légistique que

du 29 juin 2010, p. 11633 ; S. PINON, "Le Conseil économique, social et environnemental : entre évolution et révolution", *préc.*

³⁰⁸¹ J.-C. PISSALOUX, "La constitutionnalisation non sans risque du droit de l'environnement", *Gaz. Pal.*, n°12, 12/01/2005, p.3-17

³⁰⁸² A. TOUZET, "Droit et développement durable", *RDP*, n°2, 2008, p.5

³⁰⁸³ V. LEMIEUX, *Les acteurs et leur pouvoir*, Presses universitaires de Laval, 2è. éd., 2002

³⁰⁸⁴ M. PRIEUR, "Les nouveaux droits", *préc.*

³⁰⁸⁵ M. PRIEUR, "Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement", *préc.* ; J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et J.-P. LEBRETON, "Développement durable, urbanisme et droit", *RFDA*, 2006, p.750 ; F.-G. TRÉBULLE, "Droit du développement durable", *JCL env.*, fasc. 2400, 01/07/2010, p. 156 ; *A contrario*, peut-être conviendrait-il d'exclure les actes de gestion du domaine privé, assimilables à une gestion privative de patrimoine.

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

l'obligation est inconditionnelle. Par conséquent, l'intégration énergétique pourrait présenter un caractère systématique dès lors qu'une modification de l'ordonnancement juridique pourrait entraîner un impact significatif sur les besoins en énergie. Dans ce cas, les autorités devraient identifier les possibilités de contribuer aux objectifs du droit de l'énergie. L'exégèse développée par le Conseil d'État dans l'arrêt *commune d'Annecy* selon laquelle l'obligation ne vaut que pour les normes adoptées postérieurement à l'adoption de la Charte de l'environnement s'appliquerait au principe d'intégration par assimilation³⁰⁸⁶.

L'analyse du droit positif met en exergue un principe d'intégration énergétique en construction dont les modalités pourraient être précisées par le code de l'énergie et les institutions en charge du développement durable. Cet instrument participe à la prise en compte des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique pour renforcer son efficacité. Cette caractéristique conduit à s'interroger sur les finalités visées par cet instrument, unifiées sous le vocable de gestion intégrée de l'énergie.

2/ La gestion intégrée de l'énergie

La gestion intégrée est présentée par la Banque mondiale comme « *un processus de gouvernance qui consiste en un cadre juridique et institutionnel nécessaire pour garantir que les plans de développement et d'aménagement [...] sont intégrés avec les objectifs de protection de l'environnement (y compris les objectifs sociaux) et sont élaborés avec la participation de ceux qui sont concernés* »³⁰⁸⁷. Cette définition caractérise la nécessité d'assurer une mise en cohérence sur un même espace de plusieurs usages ou intérêts en conflits³⁰⁸⁸.

Appliquée à l'énergie, elle induit une réception des objectifs du droit de l'énergie dans les politiques publiques et peut recevoir deux acceptions. D'une part, elle s'entend comme un processus d'adaptation de l'ordonnancement juridique pour garantir l'application de ces objectifs (I). D'autre part, elle peut être appréhendée comme le résultat d'une prise en compte effective de ces objectifs (II).

I. La gestion intégrée comme processus

Réfléchir à la prise en compte des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique implique de compléter les réflexions sur l'intégration en s'intéressant au processus de réception (A) qui pourrait être facilité par une standardisation des instruments juridiques (B).

³⁰⁸⁶ CE, 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy, préc.*

³⁰⁸⁷ J.C. POST et C.G. LUNDIN, "Guidelines for integrated coastal management environmentally sustainable", *Development studies and monographs series*, n°9, World Bank, Washington, 1996, p.1

³⁰⁸⁸ M. PRIEUR, "La gestion intégrée des zones côtières, le défi méditerranéen", in J. MORAND-DEVILLER, *Confluences: mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER*, Montchrestien, fév. 2007, p.901-912 ; A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, 3è. éd., 2011, p. 360 et s. ; S. CAUDAL, "Les conditions juridiques de la gestion intégrée de l'environnement", in *Vers un nouveau droit de l'environnement*, Réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement, 2003, p.149-164, www.cidce.org

A. Un processus de réception des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique

La réception des objectifs du droit de l'énergie par le système juridique se réfère à deux processus complémentaires. Le premier est vertical et vise une prise en compte locale des objectifs nationaux du droit de l'énergie (1). Le second est horizontal et réside dans une prise en compte de ces objectifs dans les politiques sectorielles (2).

1) Une intégration locale des objectifs nationaux

Les objectifs du droit de l'énergie sont essentiellement fixés ou repris par le législateur et impliquent leur intégration locale. Cette particularité implique leur réception par des institutions chargées de les promouvoir localement (a) ainsi qu'une transposition dans des instruments de planification (b).

a) Des institutions chargées d'une adaptation locale

Des institutions assurent la fonction de « *couroï de transmission* » en accompagnant la transposition locale des objectifs nationaux du droit de l'énergie. En ce sens, les DREAL jouent un rôle essentiel dans cette mission en élaborant la politique énergétique de l'Etat au niveau territorial, ainsi qu'une coordination des actions avec les établissements publics de l'Etat concernés³⁰⁸⁹. Cette intégration est également assurée par sa mission de promouvoir la participation des citoyens dans l'élaboration des projets et une contribution à l'information, à la formation et à l'éducation sur les enjeux du développement durable et à leur sensibilisation aux risques.

L'action de l'ADEME est également essentielle dans la transposition locale des objectifs nationaux du droit de l'énergie³⁰⁹⁰. Cette fonction résulte de ses deux attributions principales sur le plan énergétique, à savoir favoriser les économies d'énergies et promouvoir les énergies renouvelables. Pour accomplir sa mission, elle soutient des programmes de recherche dans le secteur des transports propres et économes, l'efficacité énergétique des bâtiments, et les nouvelles technologies de l'énergie. Elle finance des études préalables de maîtres d'ouvrage pour orienter leurs choix vers l'efficacité énergétique. Elle développe également des programmes de sensibilisation dans le secteur de l'énergie telles que la campagne d'information de trois ans, sur le thème « *Faisons-vite, ça chauffe* ». Le lien entre les politiques énergétiques nationales et locales a été renforcé en avril 2012, puisque le préfet de région assure désormais la fonction de délégué territorial de l'ADEME³⁰⁹¹.

Cette mission vise à permettre la cohérence et la coordination des actions de l'Agence avec celles conduites par les administrations et les autres établissements publics de l'Etat en région, conformément au contrat d'objectifs à caractère pluriannuel signé avec le président de l'Agence. Le relai local est quant à lui opéré dans le cadre des Espaces info énergie, mis en place depuis 2001, en

³⁰⁸⁹ Décret n°2009-235 du 27 février 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement, *JORF* du 28 février 2009

³⁰⁹⁰ Les dispositions relatives à l'ADEME sont énoncées aux articles L. 131-3 à L. 131-7 et R. 131-1 à R. 131-26 du code de l'environnement.

³⁰⁹¹ C. env, art. R.131-16

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

partenariat avec les collectivités locales. Il constitue un réseau d'information et de conseil de proximité constitué de 230 agences et près de 400 conseillers chargés d'informer et de conseiller gratuitement le grand public, les petites collectivités, certains professionnels et associations dans les domaines de l'habitat, de la maîtrise des consommations électriques, des énergies renouvelables, de la mobilité. L'ADEME assure encore un appui méthodologique dans la réalisation des plans climat-énergie territoriaux par la gestion d'un observatoire national des PCET, des sessions de formation des élus et des services techniques et d'accompagnement financier de territoires retenus dans le cadre d'appel à projet régionaux (contrats d'objectifs territoriaux des contrats de projets Etat-région³⁰⁹². Enfin, elle compile les informations relatives aux diagnostics de performance énergétique transmises par les personnes chargées de les établir afin d'établir un « système d'information énergétique »³⁰⁹³.

La cohésion entre les objectifs nationaux et locaux s'opère également entre les autorités déconcentrées et décentralisées dans le cadre des SRCAE, approuvés dans chaque région par le Conseil régional puis arrêtés par le préfet de région, après consultation des collectivités territoriales concernées et de leurs groupements³⁰⁹⁴.

Des institutions spécifiques sont ensuite chargées d'assurer cette fonction d'accompagnement dans le cadre de suivis d'objectifs énergétiques sectoriels. En ce sens, la loi Grenelle 2 a institué un comité de suivi des énergies renouvelables au sein du Conseil supérieur de l'énergie, afin d'évaluer la progression vers l'objectif de 23% d'énergie renouvelable dans la consommation d'énergie finale en 2020³⁰⁹⁵. Dans le même sens, l'article 18 de la loi Grenelle 1 prévoit la pose de compteurs communicants afin d'offrir aux occupants une information en temps réel de leur consommation d'énergie et ainsi la maîtriser³⁰⁹⁶. Entre mars 2010 et mars 2011, le gouvernement a procédé à une expérimentation pour évaluer les coûts et les bénéfices d'un déploiement généralisé de ces installations et s'est pour cela appuyé sur le « comité Linky », du nom de l'appareil, pour tirer les enseignements de cette expérimentation et déterminer les conditions de sa généralisation à l'ensemble du territoire³⁰⁹⁷.

Une Table ronde nationale pour l'efficacité énergétique et son programme d'actions ont été institués en mai 2011 pour réduire la facture énergétique des ménages, améliorer la compétitivité

³⁰⁹² Circ. 23 déc. 2011, NOR : DEVR1132610C : *BO min. Écologie* n°2012/1, 25 janv. 2012 ; www.pcet-ademe.fr

³⁰⁹³ C. env., art. L.134-4-2 ; ADEME, PREMIER MINISTRE, MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE ET DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, MISSION INTERMINISTÉRIELLE DE L'EFET DE SERRE, MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE et RÉSEAU DES AGENCES RÉGIONALES DE L'ÉNERGIE ET DE L'ENVIRONNEMENT, Indicateurs régionaux d'efficacité en CO2 et de développement des énergies renouvelables, *Cahiers techniques*, n°3, fév. 2004 ; "Les systèmes d'information énergétiques", Liaison énergie-francophonie, n°59, 2003 ; AGENCE INTERGOUVERNAMENTALE DE LA FRANCOPHONIE et INSTITUT DE L'ÉNERGIE ET DE L'ENVIRONNEMENT DE LA FRANCOPHONIE, "Les indicateurs de viabilité des politiques énergétiques", Fiche technique Prisme, n°6

³⁰⁹⁴ C. env., art. L.222-1

³⁰⁹⁵ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *préc.*, art. 4, modifiée par la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *préc.*, art. 84

³⁰⁹⁶ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.* ; décret n°2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité en application du IV de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF* n°203 du 2 septembre 2010

³⁰⁹⁷ Communiqué du ministre chargé de l'énergie, 5 mai 2011

La gestion intégrée de l'énergie

des entreprises, et assurer un rôle moteur et l'exemplarité de l'État en matière d'efficacité énergétique. Un groupe de travail a été institué dans chacun de ces domaines, composés par des représentants de sept collèges : État, collectivités locales, organisations non gouvernementales, employeurs, salariés, consommateurs usagers et personnalités qualifiées. Ces travaux sont à l'origine d'un programme d'action national dans le domaine de l'efficacité énergétique³⁰⁹⁸.

Cette fonction est enfin assurée par la création volontaire d'instances telles que *Energycities*, association européenne regroupant des collectivités locales en vue de renforcer leurs compétences dans le domaine de l'énergie durable, influencer les politiques énergétiques et promouvoir l'échange d'expérience et élaborer des projets communs dans ce domaine³⁰⁹⁹.

Par conséquent, une diversité d'instances assure un rôle d'intégration locale des objectifs du droit de l'énergie. Cette diversité permet une transposition de chaque objectif dans une optique essentiellement descendante. Cette particularité conduit Didier Lenoir à proposer la création d'un observatoire de l'énergie indépendant dans lequel participeraient l'État, les représentants des collectivités, les producteurs, les consommateurs et des tiers intéressés. Son institution permettrait d'assurer un suivi des politiques énergétiques mais également d'assurer une fonction ascendante afin d'adapter les objectifs nationaux aux spécificités des territoires³¹⁰⁰.

En complément de cette action institutionnelle, la réception locale des objectifs du droit de l'énergie implique leur transcription dans des instruments de planification.

b) Une transposition par la planification

La réception locale des objectifs du droit de l'énergie se manifeste particulièrement dans le secteur des énergies renouvelables. En ce sens, la directive 2009/28/CE prescrit aux États membres l'obligation d'adopter un plan d'action national en faveur des énergies renouvelables fixant des objectifs nationaux concernant la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et consommée dans les transports, la production d'électricité, de chauffage et de refroidissement en 2020³¹⁰¹. Celui-ci doit également préciser les mesures de coopération entre les autorités locales, régionales et nationales, les transferts statistiques ou les projets communs prévus. Cette exigence s'est traduite en France par la publication d'un Plan d'action national en faveur des énergies renouvelables pour la période 2009-2020, prévoyant un objectif de consommation de 10 % de biocarburants à l'horizon 2020 ; la mise en circulation de 450 000 véhicules électriques d'ici 2015 et de 2 millions en 2020 ; une augmentation conséquente de la production d'électricité à partir d'énergie renouvelable ; l'implantation de plusieurs millions de dispositifs de chauffage et d'appareils de production d'énergie renouvelable ; l'accès prioritaire ou garanti au réseau d'électricité pour les énergies renouvelables ; et l'injection de biogaz dans le réseau de gaz

³⁰⁹⁸ MEDDTL, Programme d'action pour l'efficacité énergétique issu de la table ronde nationale sur l'efficacité énergétique, 16 déc. 2011

³⁰⁹⁹ www.energy-cities.eu

³¹⁰⁰ B. LAPONCHE, "Quel contenu pour la loi d'orientation de l'énergie ? ", *Les cahiers de Global Chance*, n°17, sept. 2003, 91-98

³¹⁰¹ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *préc.*, art 4

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

naturel³¹⁰².

Ces objectifs sont ensuite transcrits dans les instruments juridiques de programmation énergétique, et en premier lieu dans la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité, la programmation des investissements pour la production de chaleur, et la programmation des capacités d'approvisionnement en gaz naturel³¹⁰³.

Ces dispositions sont relayées dans la planification territoriale de l'énergie au niveau local dans le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie³¹⁰⁴. Le rapport de subsidiarité est précisé dans une instruction du 29 juillet 2011 indiquant que ces schémas n'ont pas pour vocation de fixer des objectifs généraux en termes de politique énergétique, ces derniers relevant de la politique nationale³¹⁰⁵. En revanche, ils fixent des orientations régionales permettant concourant à l'objectif de diviser par quatre ses émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050 ; définissent des objectifs régionaux en matière de maîtrise de l'énergie ; déterminent par zones géographiques les objectifs qualitatifs et quantitatifs à atteindre en matière de valorisation du potentiel énergétique terrestre, renouvelable et de récupération et en matière de mise en œuvre de techniques performantes d'efficacité.

Le plan climat-énergie territorial assure le volet opérationnel du dispositif en prévoyant notamment un programme des actions à réaliser afin notamment d'améliorer l'efficacité énergétique, d'augmenter la production d'énergie renouvelable et de réduire l'impact des activités en termes d'émissions de gaz à effet de serre, conformément aux objectifs issus de la législation européenne relative à l'énergie et au climat, en se fondant sur des données chiffrées³¹⁰⁶. La transcription des objectifs est assurée par son obligation de compatibilité avec le SRCAE³¹⁰⁷.

Le schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables (SRRER) complète le volet opérationnel des SRCAE dans la mesure où il doit également être compatible avec celui-ci³¹⁰⁸. Elaboré par RTE et arrêté par le préfet de région à compter de l'adoption du SRCAE, il définit les ouvrages à créer ou à renforcer pour atteindre les objectifs fixés par le SRCAE. La cohérence entre les instruments est également assurée par une obligation de compatibilité du SRRER avec le SRCAE.

Les instruments de planification assurent donc un rôle essentiel dans l'intégration locale des objectifs du droit de l'énergie. Cette harmonie est garantie par une complémentarité entre les instruments européens, nationaux et locaux, tandis que l'exigence d'un rapport de compatibilité en

³¹⁰² MEEDDM, *Plan d'action national en faveur des énergies renouvelables Période 2009-2020*, août 2010

³¹⁰³ Arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité, *préc.* ; MEEDAT, *Rapport au Parlement - Programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité - Période 2009 - 2020*, 2009 ; arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production de chaleur, *préc.* ; MEEDAT, *Programmation pluriannuelle des investissements de production de chaleur - Période 2009 - 2020*, 2009 ; MEEDAT, *Plan Indicatif Pluriannuel des Investissements dans le secteur du gaz - Période 2009-2020*, 2009

³¹⁰⁴ I. MICHALET, "Les fondements du développement des énergies renouvelables en droit interne", *Dr. Env.*, hors-série énergies renouvelables, avril 2012, p. 21-24

³¹⁰⁵ Instr. 29 juill. 2011, NOR : DEV1118472J : non publiée au BO

³¹⁰⁶ C. env., L. 229-26 et art. R. 229-51

³¹⁰⁷ C. env., art. L229-26-V

³¹⁰⁸ C. énerg., art. L.321-7

assure la cohérence. Celle-ci est renforcée par des institutions chargées d'adapter ces exigences localement.

La gestion intégrée se caractérise donc par une dimension verticale visant une adaptation locale d'objectifs généraux. En complément, elle présente également une dimension horizontale chargée d'assurer l'intégration des objectifs du droit de l'énergie dans les politiques sectorielles.

2) Une intégration des objectifs dans les politiques sectorielles

La réception constitue le corollaire de l'intégration et se manifeste sous la forme d'instruments de coordination (a) et dans un principe de progressivité (b).

a) Une intégration garantie par des instruments de coordination

La réception des objectifs du droit de l'énergie dans les politiques sectorielles est assurée les notions de « *compatibilité* » et de « *prise en compte* ». L'article L.122-1-12 du code de l'urbanisme dispose que le schéma de cohérence territoriale doit « *prendre en compte* » les PCET, et l'article L123-1-9 prévoit une disposition à l'égard du PLU. Pour rappel, l'article L.229-26-V du code de l'environnement prévoit une obligation de « *compatibilité* » du PCET avec le SRCAE³¹⁰⁹. Une obligation similaire est prévue concernant le plan de déplacements urbains qui détermine les principes régissant l'organisation du transport de personnes et de marchandises, la circulation et le stationnement dans le périmètre de transports urbains³¹¹⁰. En effet, l'article L.1214-7 du code des transports instaure une obligation de « *compatibilité* » à l'égard des SRCAE et des SCOT.

La notion de « *compatibilité* » est antérieure à la décentralisation et vise à assurer une cohérence entre des instruments de hiérarchie juridique différente³¹¹¹. Elle se caractérise par un rapport de non-contrariété, la norme inférieure ne devant pas contrevenir aux aspects essentiels de la norme supérieure³¹¹². En ce sens, le Conseil d'État considère que la contrariété entre un plan d'occupation des sols et un schéma directeur est acceptable « *si elle ne remet en cause, ni les options fondamentales du schéma, ni la destination générale des sols qu'il prévoit* »³¹¹³. Selon Henri Jacquot, la notion de compatibilité « *laisse donc à l'échelon inférieur une certaine liberté pour préciser et développer la norme supérieure et établir un projet d'aménagement adapté au territoire concerné* »³¹¹⁴. Elle impose une exigence au degré moindre de contrainte par rapport à la notion de « *conformité* » requérant un rapport d'adéquation de la norme inférieure sur la norme supérieure. La notion de « *prise en compte* » est plus laconique et établit un rapport extrêmement souple, se

³¹⁰⁹ C. env., art. L229-26-V

³¹¹⁰ Code transp., art. L.1214-1

³¹¹¹ C. PREBISSY-SCHNALL, "A la recherche d'une cohérence globale la multiplication des contrôles de compatibilité en droit de l'urbanisme", *LPA*, 04/08/2004, n°155, p.3

³¹¹² C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, E.D.C.E., n°1094, 1957, n°11, p. 25 ; C.E., 10 juin 1998, S.A. Leroy-Merlin, *Rec.*, p. 221 ; *DA*, 1998, n°294 ; *RFDA*, 1998, p. 897

³¹¹³ CE, ass., 22 février 1974, Adam, *Rec.*, p. 145 ; *AJDA.*, 1974, p. 197, chron. M. FRANC et M. BOYON ; *AJPI.*, 1974, p. 430, note R. HOSTIOU et P. GIROD ; *CJEG.*, 1974, p. 211, note J. VIROLE ; *D.* 1974, p. 430, note J.-P. GILLI ; *JC P.* 1975, n°18064, note B. ODENT ; *RDP*, 1974, p. 1780, note M. WALINE et 1975, p.486, concl. M. GENTOT

³¹¹⁴ H. JACQUOT, F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 4e éd., 2001, p. 98.

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

limitant généralement à « *ne pas ignorer l'acte* »³¹¹⁵³¹¹⁶.

En définitive, l'obligation de « *conformité* » apporterait l'assurance d'une mise en œuvre fidèle des objectifs du droit de l'énergie. Cependant, ceux-ci doivent être conciliés avec d'autres intérêts généraux, imposant une certaine souplesse dans leur transcription dans les politiques sectorielles. Cette exigence conduit le législateur à lui préférer la notion de « *compatibilité* » qui assure une articulation entre les instruments de planification, en conservant une certaine souplesse quant à la mise en œuvre des objectifs du développement durable, et en permettant la réalisation de leurs caractéristiques essentielle³¹¹⁷. En revanche, la notion de « *prise en compte* » n'assure qu'une intégration minimale des objectifs du droit de l'énergie, au risque d'une effectivité partielle³¹¹⁸. Ces trois notions assurent donc une fonction de vecteur en transcrivant les objectifs du droit de l'énergie dans les politiques sectorielles, selon une contrainte variable.

Ce processus peut être complété par une temporelle, la réception des objectifs du droit de l'énergie pouvant impliquer des investissements, et donc du temps. Des instruments juridiques assurent cette adaptation dans le temps selon un principe de progressivité.

b) Un principe de progressivité

La réalisation des objectifs du droit de l'énergie se traduit généralement par des mesures échelonnées dans le temps, accompagnées d'un suivi afin de procéder aux adaptations éventuelles. Le principe de progressivité s'applique en France en matière fiscale mais bénéficie d'une acception plus large dans des systèmes juridiques des droits de l'Homme ou en droit comparé³¹¹⁹. Il consiste à assurer une mise en œuvre croissante des moyens en les échelonnant dans le temps, en fonction des ressources disponibles, dans un cadre juridique généralement planifié. Bien qu'il ne soit pas explicitement reconnu dans le droit français de l'énergie, il bénéficie d'une application dans une série d'instruments juridiques.

Des manifestations de la progressivité apparaissent dans le cadre de la planification à long terme par étape fixée dans les SRCAE. En ce sens, les orientations des SRCAE sont établies à deux échelles de temps, à savoir les horizons 2020 et 2050³¹²⁰. La progressivité se manifeste également dans la réalisation de son évaluation aux termes d'une période de cinq ans, et sa possible révision à l'initiative conjointe du préfet de région et du président du conseil régional, lorsque les indicateurs de suivi des orientations font apparaître que des objectifs ne pourront être raisonnablement atteints à

³¹¹⁵ J.-C. BONICHOT, "Compatibilité, cohérence, prise en compte: jeux de mots ou jeu de rôle?", *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Presses Universitaires d'Orléans, 2006, p.49-60

³¹¹⁶ Le Conseil d'Etat a précisé les implications de cette notion dans un arrêt du 28 juillet 2004, Association de défense de l'environnement et autres, fédération nationale SOS Environnement et autres (no 256511, 256540, 256552 et 256554)

³¹¹⁷ P. ALBERTINI, "La codification et le Parlement", *AJDA*, sept 1997, p. 660.

³¹¹⁸ X. BRAUD, S. CHARBONNEAU, C. CANS, B. DROBENKO, A. FARO, A. GATET, M-L LAMBERT-HABIB, M. PRIEUR, R. ROMI, J. UNTERMAIER, "Les impostures du Grenelle de l'environnement", Rue 89, 04/06/2010, www.rue89.com

³¹¹⁹ F. DE SALLES CAVEDON-CAPDEVILLE, "L'obligation de développement progressif et le principe de non régression dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme : limites et possibilités en matière d'environnement", in M. PRIEUR et GG. SOZZO, *Le principe de non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012 ; M.V. BERROS et L. SBRESSO, "Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión", *Ibidem*

³¹²⁰ C. env., art. L.222-1

l'horizon retenu³¹²¹. Dans le même sens, le PCET comprend un dispositif de suivi et d'évaluation des résultats³¹²². La progressivité se manifeste ensuite dans les instruments de planification du territoire comme les DTADD, les SCOT et les PLU qui établissent des objectifs pour les aménagements futurs, et permettent ainsi de contribuer à une mise en œuvre planifiée des objectifs du droit de l'énergie.

Par conséquent, bien que la progressivité ne constitue pas un fondement juridique en droit de l'énergie, cette notion est mise en œuvre dans des instruments de planification stratégique visant à assurer l'effectivité des objectifs du droit de l'énergie, déclinés sur des termes variables auxquels s'adjoignent des mécanismes de suivi afin d'assurer de la pertinence des moyens mis en œuvre, et les adapter en cas de nécessité.

Le système juridique bénéficie donc d'un ensemble de moyens permettant de réceptionner les objectifs du droit de l'énergie tant au niveau local que dans les politiques sectorielles. Néanmoins, cette tâche s'avère généralement complexe de par la diversité des cas d'espèces. Dès lors, cette fonction pourrait être facilitée par un processus de standardisation du droit.

B. Un processus de standardisation du droit

La réception des objectifs du droit de l'énergie pourrait être facilitée en recourant à sa standardisation. Celle-ci pourrait s'appliquer tant aux référentiels (1) qu'aux instruments juridiques (2).

1) Une standardisation des référentiels

Disposer d'une information sincère sur les impacts énergétiques des biens, des services et des politiques est une condition préalable à la mise en œuvre des objectifs du droit de l'énergie. Cette exigence implique de disposer d'un fondement scientifique pertinent qui pourrait résider dans l'énergie grise (a) et servir de référence aux instruments juridiques (b).

a) L'énergie grise comme fondement pertinent

La notion d'énergie grise conduit à évaluer les consommations d'énergie d'un bien, d'un service ou d'une politique pour chacun des postes, de la conception, l'extraction, le transport, la transformation, la fabrication, la commercialisation, l'usage, l'entretien, le recyclage jusqu'à sa destruction. Appliquée au secteur de l'automobile, ces phases comprennent l'extraction des minéraux (sable, fer, pétrole...), leur transformation (vitres, carrosserie, plastiques...), le montage du véhicule, les transports successifs et le démontage en fin de vie³¹²³. Elle permet d'évaluer s'il est préférable de remplacer un véhicule ancien par un modèle plus récent, ou si la conservation de l'ancien modèle demeure souhaitable du fait des multiples coûts énergétiques engendrés par la création du nouveau bien et la destruction du précédent³¹²⁴.

³¹²¹ C. env., art. L. 222-2 et R.222-6

³¹²² C. env., art. L.229-26-I-3°

³¹²³ H. REEVES, "Énergie grise", *préc.*; de manière comparable les labels HPE se fondent en essentiellement sur les consommations énergétiques des bâtiments

³¹²⁴ J.-M. JANCOVICI, "Combien coûte l'énergie ?", *Manicore*, sept.2003, www.manicore.com

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

L'énergie grise permet également de déterminer le « *temps de remboursement énergétique* » des installations de production d'énergie, c'est-à-dire la durée pendant laquelle l'installation devra fonctionner pour rentabiliser son coût énergétique complet, et donc produire davantage d'énergie qu'elle n'en aura consommée au cours de son cycle de vie³¹²⁵.

L'énergie grise permet encore d'optimiser la décision en accordant une place essentielle à la valorisation énergétique. Ce procédé s'inspire selon Lichaël Braungart du cycle de la nature qui produit non pas des déchets mais des nutriments³¹²⁶. Il constitue l'élément premier de la notion d'économie circulaire développée dans le processus de Lisbonne II et définie comme « *une société de recyclage où la consommation des ressources naturelles est restreinte ou limitée et où la charge environnementale est réduite au maximum. Les produits ne doivent pas devenir des déchets et les procédés de recyclage appropriés sont promus* »³¹²⁷.

L'intégration du concept d'énergie grise en droit se présente comme une exigence afin d'assurer la sincérité des évaluations et de la compatibilité des projets au regard des objectifs du droit de l'énergie. Cependant, son appréhension demeure pour une large part méconnue des décideurs publics et privés, conduisant parfois à des choix irrationnels sur le plan énergétique. En effet, l'évaluation énergétique est généralement restreinte à la consommation des biens pendant leur durée d'utilisation. En ce sens, la politique européenne initialement fondée sur un développement univoque des biocarburants s'est ensuite nuancée lorsque l'impact énergétique global fut évalué, incluant l'usage d'intrants, la transformation des matières premières, le transport³¹²⁸... Cette appréhension a permis d'introduire des critères de durabilité fondés sur des rendements énergétiques et leur progression dans le temps³¹²⁹. Dans le même sens, certaines mesures telles que la « *prime à la casse* » concernant les véhicules de plus de dix ans posaient la question de leur pertinence au regard de l'énergie propre, les économies d'énergie résultant de la réduction de consommation du véhicule neuf n'étant pas prouvées au regard de la nécessité de produire un nouveau véhicule et de la destruction du précédent. Dès lors, le développement de technologies qui semble *a priori* propre pourrait *in fine* s'avérer contre productif sur le plan énergétique à défaut de reconnaissance par le droit du concept d'énergie grise³¹³⁰.

En intégrant de manière standardisée l'impact des biens et des services sur l'ensemble du cycle énergétique, l'énergie grise se présenterait donc comme un fondement scientifique pertinent dont le droit pourrait se saisir pour organiser son action.

³¹²⁵ J.-P. BOMMER, "Le remboursement énergétique du photovoltaïque", *Le temps*, 04/03/2009, p.18

³¹²⁶ www.braungart.com

³¹²⁷ T. RAES, B. LAVILLE, S. LAMBERT et G. SAINTENY, *Développement durable aspects stratégiques et opérationnels, préc.*, n°386

³¹²⁸ A. LANGLAIS, "Biocarburant et durabilité", *Droit de l'env.*, n°172, oct. 2009, p.3 ; A. CURZYDLO-MULLER, "Étude sur l'analyse du cycle de vie des biocarburants de première génération", *Env.*, n°6, alerte 65, juin 2010 ; ADEME, MEEDDM, DE L'AGRICULTURE ET DE LA PÊCHE MINISTÈRE DE L'ALIMENTATION et FRANCE AGRIMER, *Analyses de Cycle de Vie appliquées aux biocarburants de première génération consommés en France*, mars 2010 ; M. SAGE, "Agrocarburants européens : attention danger", *Univers-nature*, 09/11/2010, www.univers-nature.com

³¹²⁹ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *préc.*, art. 17

³¹³⁰ D. AB IAGO, "Les voitures électriques augmenteraient les émissions de CO2", *Europol. éner.*, n°767, 18/11/2009, p.7

b) L'énergie grise comme moyen juridique

Alors que l'énergie grise se présente comme un référentiel standardisé dont le droit pourrait se saisir pour faciliter son action, le système juridique national se caractérise par une série de référentiels caractérisés par une intégration partielle des impacts énergétiques. Le Livre blanc sur les énergies proposait l'instauration d'une obligation pour les opérateurs énergétiques d'intégrer dans leur stratégie de développement les effets et les conséquences liés à l'épuisement des ressources naturelles non renouvelables et à l'utilisation des ressources qu'ils distribuent³¹³¹. L'article 2 de la loi Grenelle 1 prolonge cette exigence en disposant que « *les dispositifs incitatifs économiques et les financements publics consacrés à des investissements de production ou de consommation d'énergie tiendront compte des économies d'énergie réalisées et du temps nécessaire à la rentabilisation des investissements concernés. L'efficacité de ces mécanismes et dispositifs sera évaluée notamment au regard de leur coût par rapport au volume d'émissions de gaz à effet de serre évitées* ». Ces considérations posent la problématique de la nécessité d'une standardisation de l'impact énergétique des biens et des activités afin de bénéficier d'une information pertinente sur la performance énergétique. Elles appellent plus précisément à étudier les instruments juridiques existants dans ce domaine, leur intégration dans le système juridique, et leur capacité à prendre en compte l'énergie grise.

Cette standardisation de l'information énergétique apparaît dans le cadre de l'« *étiquette énergie* » pour les produits ayant une incidence sur la consommation d'énergie³¹³². Le champ d'application concerne un ensemble de biens exposés à la vente, la location ou de la location-vente à un utilisateur final, directement ou indirectement par tout mode de vente, y compris à distance³¹³³. La directive du 13 décembre 1999 le complète en imposant d'informer les consommateurs sur la consommation de carburant et les émissions de CO₂ des voitures particulières neuves lors de leur commercialisation³¹³⁴. Cet instrument présente l'avantage d'offrir aux consommateurs une information standardisée de la performance énergétique des biens et des services³¹³⁵. Cet avantage est corroboré par la loi Grenelle 1 qui prévoit d'étendre son utilisation à tous les appareils de grande consommation³¹³⁶. Cet instrument est parfois utilisé comme une mesure incitative en faveur des biens présentant les meilleures performances énergétiques, notamment dans le secteur de l'automobile sous la forme d'un « *bonus-malus* »³¹³⁷. Cependant, cet instrument présente pour inconvénient de fonder son évaluation sur les consommations énergétiques du produit, et non sur

³¹³¹ N. FONTAINE, *Livre blanc sur les énergies*, Ministère de l'industrie, la documentation française, nov. 2003, p. 67:

³¹³² Directive 2010/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie, *préc.*

³¹³³ Décret n° 2011-1479 du 9 novembre 2011 relatif à l'étiquetage des produits ayant une incidence sur la consommation d'énergie, *JORF* n°261 du 10 novembre 2011, p.18910

³¹³⁴ Directive 1999/94/CE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 1999 concernant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et les émissions de CO₂ à l'intention des consommateurs lors de la commercialisation des voitures particulières neuves ; *JOCE*, L 12/16 du 18/01/2000

³¹³⁵ ADEME, *La nouvelle étiquette énergie*, juill. 2011

³¹³⁶ Loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 18

³¹³⁷ Décret n° 2007-1873 du 26 décembre 2007 instituant une aide à l'acquisition des véhicules propres, *JORF* n°303 du 30 décembre 2007, p. 21846

l'énergie grise.

Cette remarque conduit à s'intéresser à l' « *analyse du cycle de vie* », qui constitue un instrument d'évaluation complémentaire, et qui présente pour avantage d'identifier l'ensemble des flux énergétiques en se fondant sur le concept d'énergie grise, autrement dit : du « *berceau au tombeau* »³¹³⁸. Cet instrument présente également l'avantage de bénéficier d'une évaluation standardisée mise à disposition par la Commission européenne pour un ensemble d'activité³¹³⁹. Elle est utilisée dans le cadre de l'écoconception, la directive 2009/125 qui fixe des standards minimaux concernant la mise sur le marché de produits liés à l'énergie³¹⁴⁰. Elle sert enfin de base à l'élaboration du label écologique européen¹. Dès lors, l'analyse du cycle de vie pourrait intégrer l'étiquette énergie afin de disposer d'une information sur l'impact énergétique globale d'un bien ou d'une activité, tandis que cette dernière pourrait s'étendre à la mise sur le marché des biens et des services liés à l'énergie afin d'accroître sa fonction de standard de l'information énergétique.

Le droit français repose donc sur un ensemble de référentiels intégrant de manière plus ou moins fidèle les impacts énergétiques. En complément, cette standardisation se prolonge dans les instruments juridiques par des moyens applicables à une diversité de situation.

2) Une standardisation des instruments

La réception des objectifs du droit de l'énergie se standardise dans le cadre du contrat de performance énergétique (a) et pourrait s'étendre aux instruments d'évaluation (b).

a) Le contrat de performance énergétique

Le contrat de performance énergétique trouve sa source dans le droit de l'Union et a intégré le droit français dans un décret du 25 août 2011³¹⁴¹. Il est défini comme un « *contrat conclu entre le maître d'ouvrage d'un bâtiment et une société de services énergétiques visant à garantir, par rapport à une situation de référence contractuelle, une diminution des consommations énergétiques du bâtiment ou du parc de bâtiments, vérifiées et mesurées dans la durée, par un investissement dans les travaux, fournitures ou services* »³¹⁴². Ce rendement est garanti dans la mesure où le titulaire du contrat s'engage contractuellement à parvenir à un certain niveau d'amélioration de la performance énergétique, fondée sur des engagements mesurables. Sa rémunération est liée à

³¹³⁸ T. RAES, B. LAVILLE, S. LAMBERT et G. SAINTENY, *Développement durable aspects stratégiques et opérationnels*, préc., n°313

³¹³⁹ <http://lca.jrc.ec.europa.eu>

³¹⁴⁰ Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, préc.

³¹⁴¹ Directive 2006/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques, préc., art. 3 j) ; décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, *JORF* n°0197 du 26 août 2011 p.14453 ; D.-A. CAMOUS, "Les marchés globaux de performance - A propos de D. n° 2011-1000, 25 août 2011, NOR EFIM1104658D", *Dr. Env.*, n°196, p.362, déc. 2011

³¹⁴² O. ORTEGA, *Les contrats de performance énergétique*, Rapp. à Mme Nathalie Kosciusko-Morizet, ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement, mars 2011, p. 19, n°41, et p. 76, n°262 ; il est également défini par l'article 3 de la directive 22006/32/CE comme « *un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon lequel des investissements dans cette mesure sont consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini* ».

La gestion intégrée de l'énergie

l'atteinte de performances mesurées³¹⁴³. Dès lors, si le résultat est inférieur à l'objectif, et si l'exploitation des équipements, avec approvisionnement d'énergie, est confiée à l'opérateur de façon forfaitaire, il appartiendra à ce dernier d'approvisionner l'énergie nécessaires à l'obtention du service défini, sans possibilité de dédommagement. Si le contrat ne prévoit pas d'approvisionnement d'énergie, l'opérateur devra verser au client les sommes correspondant au dépassement de consommations.

Ce contrat s'inscrit dans un processus de standardisation de la méthode de réception des objectifs de l'énergie dans l'action publique en constituant un outil de référence pour parvenir à une réduction de 40% de la consommation d'énergie dans le parc immobilier de l'État et de ses établissements publics³¹⁴⁴. Cette caractéristique se révèle également dans son caractère globalisé, parce que l'amélioration de l'efficacité énergétique doit être garantie dans la durée par l'opérateur, sur l'ensemble de la chaîne des prestations depuis les études préalables jusqu'à l'exploitation des installations, puis faire l'objet d'un suivi. Elle est renforcée par la publication d'un guide spécifique par le Commissariat général au développement durable destiné à éclairer les décideurs publics³¹⁴⁵. Dans le même sens, un site internet spécifiquement dédié à ces contrats existe et contient des modèles pour la rédaction de ces contrats³¹⁴⁶. Elle s'observe enfin dans une jurisprudence tribunal administratif de Paris, ayant reconnu la validité pour la Ville de Paris de passer un contrat unique de performance énergétique se substituant aux trente-cinq contrats préexistants, afin de pouvoir satisfaire son objectif de réduire de 30% ses consommations d'énergie en 2020 par rapport à 2004³¹⁴⁷.

Le contrat de performance énergétique constitue donc un instrument de référence en matière d'intégration énergétique dans les politiques publiques. Son étude met en exergue l'importance de standardisation et conduit à prolonger l'analyse dans les moyens juridiques d'évaluation.

b) L'interopérabilité des instruments d'évaluation

Le droit national comprend une série d'instruments d'évaluation des impacts économiques sociaux, environnementaux, et énergétiques. La question porte sur les relations que ceux-ci entretiennent et sur l'intérêt d'opérer des rapprochements pour renforcer l'efficacité du système par une meilleure lisibilité. A ce titre, Sylvie Caudal remarque que « *quels que soient les supports d'évaluation, il s'agit toujours d'un document obligatoire, préparé au stade d'un projet de décision publique, et qui conditionne la légalité. L'idée est d'obliger le concepteur à réfléchir – en amont, c'est-à-dire à un moment où il est encore temps de renoncer au projet ou de le modifier – afin qu'il en éprouve le bien-fondé* »³¹⁴⁸. Cette convergence des évaluations conduit à se demander dans quelle mesure il serait envisageable de faire converger ces instruments afin de faciliter leur lisibilité,

³¹⁴³ G. CLAMOUR, " Les contrats de performance énergétique", *Contrats et Marchés publics*, n° 10, oct. 2011, dossier 2

³¹⁴⁴ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 5

³¹⁴⁵ CGDD, *Guide du contrat de performance énergétique*, juill. 2010

³¹⁴⁶ www.lecpe.fr

³¹⁴⁷ TA Paris, 1re ch., sect. 6, 10 juin 2011, no 1102796/6-1, Sté Citelum

³¹⁴⁸ S. CAUDAL, "Etudes d'impact législatives et études d'impact environnementales : éléments de comparaison", in M. PHILIP-GAY (DIR.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p.27

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

leur application et leur efficacité.

En ce sens, l'article 6 de la charte de l'environnement impose aux politiques publiques un devoir de conciliation de la protection et la mise en valeur de l'environnement, du développement économique et du progrès social, impliquant implicitement une conciliation des intérêts économiques, sociaux, et environnementaux du droit de l'énergie. Cette exigence est assurée par la réalisation d'une étude d'impact législative qui évalue au sein d'un même document les impacts économiques, sociaux, environnementaux, et énergétiques des projets de loi. Ce fonctionnement permet de disposer d'une vision globale du projet en appréhendant l'ensemble des impacts envisageables au sein d'un même document. Cette méthode présente l'avantage de la lisibilité et de l'efficacité. A l'inverse, l'évaluation des projets de décision de l'administration se fondent sur une série d'instruments juridiques d'évaluation des impacts.

Une première catégorie rassemble des instruments d'évaluation économique, à la dénomination variable. En ce sens, le décret du 16 juin 2009 impose à l'AFNOR la réalisation d'étude sur les impacts économiques liés à l'activité de la normalisation³¹⁴⁹. Un deuxième ensemble regroupe des études d'impact social. En ce sens, les articles L.1233-85 et L.1233-87 du code du travail prévoient la réalisation d'une étude d'impact social et territorial en cas de licenciement collectif affectant par son ampleur l'équilibre du ou des bassins d'emploi dans lesquels elle est implantée³¹⁵⁰. Cet instrument présente un caractère sectoriel mais Gérard Monédiaire envisage un développement de cet instrument qui pourrait à terme prendre la forme d'une étude d'impact social ayant pour objet d'évaluer les incidences d'un projet au regard des droits sociaux fondamentaux³¹⁵¹. Un troisième groupe réunit des évaluations environnementales. Or, bien que fondée sur une dénomination unique, Chantal Cans démontre la multiplicité des instruments comprenant les études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages et d'aménagements, auxquelles s'ajoutent l'évaluation environnementale des plans ayant une incidence notable sur l'environnement, des études d'impact environnemental « *innommées* », et des études d'incidences au titre de la loi sur l'eau et natura2000³¹⁵². Une quatrième division comprend les évaluations énergétiques exigées par de multiples champs juridiques. L'observation de ces instruments conduit à relever une multiplicité de régimes juridique entre ces catégories mais également au sein de chaque catégorie. La question est alors de savoir si le dispositif pourrait être simplifié par une appréhension globale du système.

Cette problématique conduit à se référer à la méthodologie du management développée dans la norme technique. En effet, au même titre que la norme juridique, le processus développé par la norme technique repose sur des catégories sectorielles. En ce sens, la norme ISO 9001 s'intéresse à

³¹⁴⁹ Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, *JORF* n°138 du 17 juin 2009 p.9860, art. 6c) ; A. PENNEAU, "La réforme de la normalisation : quel « système » pour quel « intérêt public » ? - À propos du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation", *JCP E*, n°44, 2038, 29/10/2009

³¹⁵⁰ "La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés", *Bulletin Joly Sociétés*, n°4, 01/04/2002, p.461

³¹⁵¹ G. MONEDIAIRE, "La probable utilité de l'étude d'impact social", *études foncières (ADEF)*, n°125, 01/01/2007, p.20-25 ; G. MONEDIAIRE, *L'efficacité des politiques de sauvegarde de la biodiversité conditionnée par l'introduction de l'étude d'impact social*, colloque SIFEE: biodiversité et évaluation environnementale, Paris, 22/09/2010 ; B. PETIT, "La dimension sociale du développement durable : le parent pauvre du concept", *LPA*, n°12, 16/01/2004, p.8

³¹⁵² Respectivement : C. env., art. L.122-4. ; L.214-2 ; L.414-4 ; C. CANS, "Variations autour d'une innovation environnementale - l'impact des études d'impact sur le droit public", *préc.*; L. FONBAUSTIER, "Etudes d'impact écologiques introduction générale", *JCL Env.*, fasc. 2500, 24/06/2006, n°49-64

la qualité des produits, tandis que les normes ISO 14001 et 50001 concernent respectivement l'environnement et l'énergie. Cependant, contrairement à la norme juridique, ces instruments ont été développés en vue de leur interopérabilité. En ce sens, elles reposent sur un langage commun, un plan similaire, et à de nombreuses correspondances de détail. De plus, elles reposent sur une méthodologie commune fondée sur la méthode PDCA (Plan : planifier, Do : mettre en œuvre, Check : vérifier, Act : agir). Ces instruments ont donc été adoptés afin d'être utilisés de manière complémentaire, dans le but de parvenir à un système de « *management intégré* »³¹⁵³. Dès lors, cette méthodologie pourrait servir de référence à la norme juridique par la poursuite d'un double objectif. D'une part, il consisterait à rassembler les diverses études d'impact d'une même catégorie, au même titre que le regroupement effectué concernant les enquêtes publiques par la loi Grenelle 2³¹⁵⁴. D'autre part, il viserait à rapprocher les instruments des quatre catégories d'évaluation d'impact afin de faciliter leur interopérabilité. Ce rapprochement pourrait être à l'origine de synergies pour le porteur de projet en cas d'évaluations multiples, et une source de lisibilité pour l'autorité décisionnaire et les tiers, grâce aux redondances évitées et à la possibilité de croiser les évaluations.

Des perspectives de standardisation du droit sont donc envisageables afin de faciliter la réception des objectifs du droit de l'énergie. Elles mettent en exergue une approche processuelle de la gestion intégrée de l'énergie visant un résultat.

II. La gestion intégrée comme résultat

La gestion intégrée de l'énergie peut être appréhendée comme le résultat d'un processus effectif de réception des objectifs du droit de l'énergie dans les politiques publiques. Celle-ci concerne tant l'action publique (A) que les activités économiques (B).

A. La gestion intégrée de l'énergie dans l'action publique

La gestion intégrée de l'énergie émerge dans la gestion des activités administratives (1) et dans les services publics (2).

1) Une gestion intégrée des politiques publiques

L'« *Etat exemplaire* » constitue le quatrième chantier du Grenelle de l'environnement et fait l'objet d'un rapport présentant les deux axes retenus par l'administration, à savoir les bâtiments publics et les achats publics durables³¹⁵⁵. Ces deux priorités orientent l'action publique dans le sens d'une gestion intégrée de l'énergie par une réduction des consommations énergétiques de l'Etat (a) et la conditionnalité énergétique dans les marchés publics (b).

a) La réduction des consommations d'énergie de l'Etat

La loi Grenelle 1 est à l'origine d'engagements visant à intégrer les objectifs du droit de

³¹⁵³ L. LEVEQUE et S. MATHIEU, *Les clés du management intégré*, AFNOR, oct. 2003

³¹⁵⁴ Y. JEGOUZO, "La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation", *AJDA*, 2010, p.1813 ; C. KROLIK, "Utilité et rôle de l'enquête publique : point sur la réforme en cours et le calendrier de sa mise en application", Journée d'information et d'échanges avec les commissaires enquêteurs, Paris, 07/10/2008, www.afpcn.org

³¹⁵⁵ C. MARTINAND et H. GISSEROT, *Grenelle de l'environnement - Chantier n° 4 « Etat exemplaire »*, La documentation française, mars 2008

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

l'énergie dans le fonctionnement de l'administration. Une première série concerne la méthode de production de la norme juridique³¹⁵⁶. En ce sens, l'article 48 dispose que l'Etat prendra les mesures nécessaires pour que les projets de loi soient présentés avec une étude de l'impact des dispositions législatives projetées, tant économique et social qu'environnemental. L'énergie étant un vecteur, les précédents développements ont démontré que cette évaluation doit également porter sur les considérations économiques, sociales et environnementales de l'énergie. Cependant, la portée de cette mesure demeure toute relative dans la mesure où elle constitue déjà une obligation de nature constitutionnelle³¹⁵⁷. En complément, ce même article prévoit la présentation par le Gouvernement au Parlement d'une évaluation de l'impact environnemental des aides publiques à caractère budgétaire ou fiscal, afin de réviser celles-ci progressivement de façon à s'assurer qu'elles n'incitent pas aux atteintes à l'environnement³¹⁵⁸.

Une deuxième série d'engagements portent sur une optimisation des consommations d'énergie de l'administration. De manière générale, l'article 48 de la loi Grenelle 1 prévoit la réalisation par les administrations de l'Etat, d'un bilan de leurs consommations d'énergie et de leurs émissions de gaz à effet de serre, au plus tard en 2009, et l'engagement d'un plan pour améliorer leur efficacité énergétique. De manière sectorielle, ce même article établit comme objectif de n'acquérir dès 2009, que des véhicules éligibles au « *bonus écologique* », sauf nécessités de service, s'agissant de véhicules particuliers neufs à l'usage des administrations civiles de l'Etat. Il prévoit également le développement de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication et les installations de vidéoconférence ; une réduction significative de la consommation de papier de ses administrations, une généralisation du recyclage du papier utilisé, et une utilisation exclusive du papier recyclé ou issu de forêts gérées de manière durable. Il prévoit de favoriser dans les administrations de l'Etat la mise en place du covoiturage. Dans les zones d'outre-mer, une attention particulière devra être portée à l'utilisation de produits fabriqués à proximité de la zone de consommation, de façon à réduire le coût écologique du transport. Enfin, une intégration de l'objectif d'adaptation au changement climatique est prévue dans la politique française de coopération.

Une troisième série d'engagements porte sur une amélioration de la performance énergétique des bâtiments. En ce sens, L'Etat se fixe comme objectif de réduire les consommations d'énergie du parc des bâtiments existants d'au moins 38 % d'ici à 2020. A cette fin, tous les bâtiments de l'Etat et de ses établissements publics ont dû faire l'objet d'un audit depuis 2010, et une rénovation de 400 000 logements devra être réalisée annuellement à compter de 2013.

Les premiers résultats témoignent d'avancées notables dans les actions entreprises avec une consommation énergétique en diminution de 6,6 % entre 2009 et 2010 ; un taux d'émission moyen par véhicule acheté en 2010 de 120,4 g de CO₂/km ; une réduction des achats de papier de 17 % en un an ; et une formation à l'achat public durable constituant jusqu'à 40 % de la formation de la

³¹⁵⁶ Circulaire n°5.102/SG, rôle exemplaire de l'Etat en matière d'économies d'énergie, 28/09/2005

³¹⁵⁷ Const., art. 15 ; loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *préc.* ; circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle, *préc.*

³¹⁵⁸ Loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 48

commande publique³¹⁵⁹. Ce constat met en exergue le rôle essentiel assuré par la délégation interministérielle au développement durable. Cependant, des difficultés pourraient se manifester dans le domaine de la performance énergétique des bâtiments à cause du caractère hétérogène du parc, comprenant des monuments historiques et des bâtiments préfabriqués, des commissariats, des bureaux, des laboratoires de recherche, des tours, et des trésoreries de campagne. Elles tiennent également à la nécessité d'engager des financements importants, or, les premiers résultats de la campagne d'audit des bâtiments de l'État démontrent que si les objectifs visés sont techniquement réalistes, les financements délégués à cet effet s'avèrent insuffisant pour les remplir³¹⁶⁰. Par conséquent, une réalisation effective des objectifs dans ce domaine impliquera une mise en œuvre rigoureuse du processus de gestion intégrée de l'énergie, en termes de planification, de coordination institutionnelle, et de financement.

Dans le même sens, les résultats d'une gestion intégrée de l'énergie dans la gestion publique s'observent par l'instauration d'une conditionnalité énergétique dans les marchés publics.

b) La conditionnalité énergétique dans les marchés publics

Le recours à une éthique dans l'énergie dans les marchés publics concourt à la gestion intégrée de l'énergie en incitant les acteurs économiques à prendre en compte les objectifs du droit de l'énergie dans leurs biens et services. Les premières sources juridiques trouvent leur origine dans la jurisprudence européenne reconnaissant la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de poser des critères écologiques dès lors que ceux-ci sont en rapport avec l'objet du marché et respectent le principe de non-discrimination³¹⁶¹. En ce sens, le règlement 1221/2009 encourage les États membres à adopter une politique d'incitation publique fondée sur une conditionnalité reposant sur des écolabels³¹⁶². La directive 2010/30/UE franchit un pas supplémentaire en matière de produits liés à l'énergie, en imposant aux pouvoirs adjudicateurs, qui passent des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services, de n'acquérir que des produits présentant les niveaux de performance les plus élevés et appartenant à la classe d'efficacité énergétique la plus élevée³¹⁶³.

En France, un Groupe permanent d'étude des marchés « *développement durable-environnement* » a alors été créé en 2004 pour évaluer et adapter le droit en ce sens. L'article 48 de la loi Grenelle 1 prévoit quant à lui un recours croissant aux critères environnementaux et aux

³¹⁵⁹ DELEGATION INTERMINISTERIELLE AU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Bilan des plans pour une administration exemplaire, exercice 2010*, oct. 2011 : Circ. n°5451/SG, 11 mars 2010, non publiée ; Circ. n°5523/SG, 5 avr. 2011, non publiée ; Circ. no 5585/SG, 2 mai 2012 : non publiée au BO ; Circ. 26 mars 2012, NOR : DEVK1207601C : BO min. écologie no 27/2012, 25 avr. 2012

³¹⁶⁰ CGEDD, *Audit thématique d'initiative nationale : plan bâtiments Grenelle, Économies d'énergie dans les bâtiments de l'État*, mars 2011

³¹⁶¹ Concernant l'exploitation de plusieurs lignes d'autobus fonctionnant au gaz naturel : CJCE, 4 déc. 2003, Concordia Bus Finland, *AJDA*, 2003, p.433, note BLAISE ; concernant un marché de fourniture d'électricité produite à partir d'énergie renouvelable affecté d'un coefficient de 45% : CJCE, 4 décembre 2003, EVN AG Wienstrom, *AJDA*, 2004, p.334, note GLIOZZO

³¹⁶² Règlement (CE) n°1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), *JOUE* L.342/1 du 22/12/2009

³¹⁶³ Dir.ective 2010/30/UE du Parlement européen et du Conseil 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie, *JOUE* n°L 153, 18 juin 2010, art. 9

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

variantes environnementales dans les marchés publics, pour les administrations et les services placés sous son autorité³¹⁶⁴. Ces évolutions figurent dans l'article 5 du code des marchés publics imposant une prise en compte des « *objectifs de développement durable* » et intégrées lors de l'appréciation des capacités techniques et financières des candidats, du choix de critère de sélection des offres, et dans les modalités d'exécution du marché³¹⁶⁵. A cette fin, l'article 6 du code des marchés publics donne la possibilité au pouvoir adjudicateur d'imposer des critères de performance énergétique en se référant à un écolabel³¹⁶⁶. La difficulté tient à la multiplicité de ces instruments concernant le secteur énergétique et à leur fiabilité variable. Cette réorganisation nécessaire fut reconnue par le Conseil européen le 4 décembre 2008, et partagée par la Commission européenne dans son plan d'action pour une consommation et une production durables³¹⁶⁷. Cependant, l'exigence de haute performance énergétique faite par la directive 2010/30 pourrait contribuer à une standardisation de ces critères, et un rapprochement des écolabels pour une lisibilité renforcée³¹⁶⁸.

Le régime juridique des marchés publics démontre la capacité de l'administration à réceptionner les objectifs du droit de l'énergie en droit de la commande publique. Elle peut plus largement se manifester dans le cadre des services publics.

2) Une gestion intégrée des services publics

La réception des objectifs du droit de l'énergie dans les services publics est essentielle pour parvenir à une gestion intégrée de l'énergie. Cette remarque conduit à présenter ces modalités dans le service public de l'éducation (a) ainsi qu'à la création d'un service public de la performance énergétique de l'habitat (b).

a) L'intégration énergétique dans le service public de l'éducation

Eduquer les individus aux enjeux de l'énergie revêt un rôle fondamental pour concourir à une gestion responsable des activités économiques, tant à l'égard des dirigeants que des consommateurs. Par conséquent, la transmission de cette connaissance devrait être assurée dès le plus jeune âge, et transmise tout au long de la vie. Tel est le sens de l'article 55 de la loi Grenelle 1 disposant que : « *l'éducation au développement durable est portée par toutes les disciplines et intégrée au fonctionnement quotidien des établissements scolaires. Elle contribue, à travers ses dimensions éthiques et sociales, à la formation citoyenne* ». En ce sens, le code français de l'éducation établit les bases de cette connaissance en disposant que tout élève à doit « *savoir que*

³¹⁶⁴ A. VAN LANG, *Droit de l'environnement, préc.*, p.209-210

³¹⁶⁵ Code des marchés publics, art. 45, 53 et 14 ; Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, NOR : EFIM1201512C, JO du 15 février 2012

³¹⁶⁶ P. COSSALTER, "La prise en compte de l'environnement dans le nouveau Code des marchés publics", *Dr. Env.*, mars 2004, n°116, p.38 ; M.-L. DE LA VILLE-BAUGE, "Le développement durable dans les marchés publics : une réforme ou un vœu pieux ?", *RLCT*, sept. 2006, p.20 ; L.-N. NARADA, "La boîte à outil de l'achat public écologique", *Rev. Lamy*, « terr. », sept. 2006, p.87 ; M.-P. LAVOILLOTTE, "L'affirmation du contrat au service de l'environnement", *AJDA*, 2004, p.2081

³¹⁶⁷ Plan d'action pour une consommation et une production durables et pour une politique industrielle durable, 16/07/2008, COM(2008) 397 final ; F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (1re partie) . - mai 2008 / mai 2009", *préc.*, n°29

³¹⁶⁸ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables, préc.*, p. 445 ; H. PONGÉRARD-PAYET, "Critères sociaux et environnementaux des marchés publics: droit communautaire et interne entre guerre et paix", *Europe*, oct. 2004, p.6 ; G. LLORENS, "Écolabels et marchés publics", *Env.*, n°5, comm. 63, mai 2011

l'énergie, perceptible dans le mouvement, peut revêtir des formes différentes et se transformer de l'une à l'autre ; connaître l'énergie électrique et son importance ; connaître les ressources en énergie fossile et les énergies renouvelables ; savoir que la maîtrise progressive de la matière et de l'énergie permet à l'Homme d'élaborer une extrême diversité d'objets techniques, dont il convient de connaître les conditions d'utilisation »³¹⁶⁹.

Cette exigence pourrait également se prolonger dans le cadre de la formation professionnelle, tant la connaissance de ces enjeux s'avère fondamentale dans des secteurs tels que l'architecture, la construction, l'ingénierie... En effet, sa connaissance contribue à systématiser la prise en compte de l'énergie et sa valorisation dans les projets. Par conséquent, des modules pourraient être consacrés à l'énergie dans de telles formations, voire nécessiter des mises à niveau régulières.

Ces dispositions montrent le rôle essentiel que les services publics peuvent avoir pour concourir à une gestion intégrée de l'énergie. Celle-ci peut également être à l'origine de nouveaux services publics, tel qu'en témoigne le projet de consacrer un service public de la performance énergétique de l'habitat.

b) L'intégration énergétique dans le service public de la performance énergétique de l'habitat

La proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie vise notamment à inscrire un nouveau chapitre dans le code de l'énergie consacré au service public de la performance énergétique de l'habitat³¹⁷⁰. Celui-ci a pour objet en substance, d'accompagner les ménages dans la rénovation thermique de leur logement. Cette élément démontre que l'intégration énergétique peut prendre des formes originales, au point de constituer un service public à part entière. Cependant, il convient de noter que si l'innovation mérite d'être soulignée sur le plan formel, sur le plan matériel, un ensemble de mesure concourt déjà à cet objectif³¹⁷¹.

Le résultat prend la forme d'un « *Plan bâtiment Grenelle* » piloté par le Ministère en charge de l'énergie et de l'environnement, en collaboration avec un large réseau d'acteurs du bâtiment et de l'immobilier en vue de réduire les consommations d'énergie et les émissions de gaz à effet de serre du secteur du bâtiment³¹⁷². L'intégration des objectifs du droit de l'énergie s'opère dans une réglementation thermique renforcée (RT 2012)³¹⁷³. A compter de la fin 2012, les constructions neuves devront présenter une consommation d'énergie primaire inférieure à un seuil de 50 kWh/m²/an en moyenne. L'article R.131-26 du code de la construction et de l'habitation la complète en prévoyant une amélioration de la performance énergétique des bâtiments lorsque le coût total prévisionnel des travaux de rénovation portant sur l'enveloppe d'un bâtiment de plus de 1 000 m² et ses installations en énergie représente plus de 25 % de la valeur du logement, ou portant sur la seule enveloppe du bâtiment dépasse 25 % de sa valeur. Le dispositif comprend également les

³¹⁶⁹ Code de l'éducation, article annexe

³¹⁷⁰ Proposition n°150 de loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre, 06/09/2012

³¹⁷¹ E. DARSANESING, *La performance énergétique des bâtiments : droit de la construction ou droit de l'urbanisme ?*, Mémoire de master professionnel 1^{ère} année, Université de la Réunion, 2011

³¹⁷² www.plan-batiment.legrenelle-environnement.fr

³¹⁷³ Arrêté du 26 octobre 2010 relatif aux caractéristiques thermiques et aux exigences de performance énergétique des bâtiments nouveaux et des parties nouvelles de bâtiments, *JORF* n°0250 du 27 octobre 2010 page 19260

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

moyens d'information et de sensibilisation étudiés relatif à la prise en compte de la réglementation thermique pour les bâtiments neufs et existants, étude de faisabilité des approvisionnements en énergie, et le diagnostic de performance énergétique³¹⁷⁴.

La conciliation entre les objectifs sociaux et environnementaux est quant à elle réalisée par des incitations fiscales et financières. Elles prennent la forme d'un crédit d'impôt permettant aux ménages de déduire de leur impôt sur le revenu, une partie des dépenses réalisées pour certains travaux d'amélioration énergétique³¹⁷⁵. Une réduction d'impôt en faveur de l'investissement locatif (dispositif « Scellier ») permet aux contribuables domiciliés en France acquérant, entre le 1er janvier 2009 et le 31 décembre 2012, un logement neuf ou en l'état futur d'achèvement de bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu à condition lorsqu'ils s'engagent à le louer nu à usage d'habitation principale pendant une durée minimale de neuf ans. Ce dispositif est étendu, à compter du 1er janvier 2012, aux logements remis à neuf, réhabilités ou transformés par le vendeur avant l'acquisition. Un taux de TVA réduit de 7% s'applique aux travaux effectués dans les résidences d'habitation achevées depuis plus de 2 ans³¹⁷⁶. Un « Prêt à taux zéro + » se traduit par un crédit d'impôt au profit des établissements de crédit émettant des prêts sans intérêts afin de financer l'acquisition ou la construction d'une résidence principale en première accession à la propriété, son montant et sa durée variant en fonction des caractéristiques du logement et des caractéristiques des bénéficiaires³¹⁷⁷. Enfin, des aides financières sont accordées par des collectivités territoriales, l'Agence nationale de l'amélioration de l'habitat, et l'ADEME sur des équipements de production d'énergie à partir de sources renouvelables solaires.

Des aides spécifiques sont également instituées en faveur des logements sociaux. En ce sens, l'article 5 de la loi Grenelle 1 prévoit la rénovation de 800 000 logements sociaux dont la consommation d'énergie est supérieure à 230 kWh/m²/an feront l'objet de travaux avant 2020, afin de ramener leur consommation annuelle à des valeurs inférieures à 150 kWh/m²/an. Un éco-prêt logement social a été institué pour financer l'amélioration de la performance énergétique des logements sociaux permettant depuis 2009, la rénovation de plus de 100 000 logements sociaux énergivores³¹⁷⁸. Un Dégrevement de la taxe foncière sur les propriétés bâties peut être accordé pour travaux d'économie d'énergie, sur les cotisations afférentes aux immeubles d'habitation appartenant aux organismes d'habitations à loyer modéré ou à des sociétés d'économie mixte ayant pour objet statutaire la réalisation ou la gestion de logements³¹⁷⁹. Des dispositions spécifiques sont enfin instituées à destination des 3 400 000 ménages en situation de précarité énergétique. Elles comprennent un Fonds national d'aide à la rénovation thermique des logements privés (FART), et une aide de solidarité écologique (ASE) permet la réalisation d'un diagnostic énergétique et technique, puis un accompagnement financier dans la réalisation des travaux³¹⁸⁰.

³¹⁷⁴ CCH, art. L. 111-9-1 et L. 111-10-2

³¹⁷⁵ CGI, art. 200 quater

³¹⁷⁶ CGI, art. 279-0 bis ; Instr. 8 déc. 2006, BOI 3 C-7-06 ; Instr. 8 févr. 2012, BOI 3 C-1-12

³¹⁷⁷ CCH, art. L. 31-10-1 et s

³¹⁷⁸ Communiqué de presse du ministère chargé de l'écologie, 25 janv. 2012

³¹⁷⁹ Instr. 9 avr. 2008 : BOI 6 C-2-08

³¹⁸⁰ Décret n°2012-447 du 2 avril 2012 relatif au règlement des aides du fonds d'aide à la rénovation thermique des logements privés (FART), *JORF*, n°81 du 4 avril 2012, p.6111

L'action publique se caractérise donc par une réception des objectifs du droit de l'énergie dans de nombreux domaines. Cependant, il convient de rappeler que si l'intégration énergétique vise les politiques publiques, les mesures adoptées peuvent également avoir un impact sur les activités économiques.

B. La gestion intégrée de l'énergie dans les activités économiques

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie dans l'action publique peut se traduire par ricochet dans des obligations afférentes aux opérateurs économiques. Cette intégration peut être appréhendée comme un moyen d'adapter les activités économiques aux enjeux de l'énergie (1) mais également servir de vecteur pour promouvoir les objectifs du droit de l'énergie (2).

1) Une adaptation aux enjeux de l'énergie

L'adaptation des activités économiques aux enjeux de l'énergie peut être appréhendée sous le prisme de la maîtrise de l'énergie dans les transports (a) et dans le développement des énergies marines renouvelables (b).

a) La maîtrise de l'énergie dans les transports

Le secteur des transports représente 17% de la consommation nationale d'énergie et 27% des émissions de gaz à effet de serre. Une particularité réside dans la pluralité des modes de transports : routiers, ferroviaires et aérien ; de personnes et de marchandises ; individuels et collectifs. Une seconde spécificité consiste dans la fonction de vecteur des transports qui au même titre que l'énergie ne constituent pas une fin en soi, mais un moyen de mettre en relation d'autres domaines³¹⁸¹. Cette originalité explique que les dispositions de la loi Grenelle 2 ont conduit, dans ce domaine, à la modification d'une dizaine de codes. Par conséquent, un enjeu de la politique des transports réside dans sa capacité à appréhender globalement cette diffusion, inscrite dans un processus de mutation technologique.

Dans ce sens, la « *politique globale des transports* » doit prendre en compte le développement régional, l'aménagement urbain, la protection de l'environnement, la limitation de la consommation des espaces agricoles et naturels, l'utilisation rationnelle de l'énergie, la sécurité et la réduction des émissions de gaz à effet de serre et d'autres polluants³¹⁸². Elle doit intégrer les coûts économiques, sociaux et environnementaux, monétaires et non monétaires, résultant de la création, de l'entretien et de l'usage des infrastructures, des équipements et des matériels de transport. Son concours aux objectifs du droit de l'énergie est basé sur un objectif est réduction des émissions de gaz à effet de serre, dans le domaine des transports, de 20 % d'ici 2020, afin de les ramener au niveau qu'elles avaient atteint en 1990³¹⁸³. A cet effet, un Schéma national des infrastructures de transport (SNIT) constitue un instrument de planification devant servir de référence à l'État et aux collectivités territoriales pour veiller à la cohérence globale des réseaux de transport, harmoniser la programmation de leurs investissements dans les infrastructures de transport, et évaluer leur impact

³¹⁸¹ L. FONBAUSTIER, "Les transports durables dans la loi Grenelle 2", *RJE*, n°spécial, 2010, p.67-79

³¹⁸² C. transp., art. L.1211-3

³¹⁸³ Loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *préc.*, art. 10

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

sur l'économie et l'environnement³¹⁸⁴. Il est décliné au niveau des territoires dans les schémas régionaux des infrastructures et des transports (SRIT), visant à rendre plus efficace l'utilisation des réseaux et des équipements existants et à favoriser la complémentarité des modes de transport et la coopération entre les opérateurs³¹⁸⁵.

Des mesures sectorielles complètent cette planification globale. Parmi les plus récentes, figurent la possibilité pour les collectivités de créer des infrastructures pour l'usage de véhicules électriques ou hybrides rechargeables, d'expérimenter des péages urbains³¹⁸⁶. Dans le même sens, la loi Grenelle 2 a institué un label d'autopartage, défini comme la « *mise en commun au profit d'utilisateurs abonnés d'une flotte de véhicules de transport terrestre à moteur* ». et ouvert la possibilité aux maires de réserver sur la voie publique ou dans tout autre lieu de stationnement ouvert au public des emplacements de stationnement aménagés aux véhicules (...) bénéficiant de ce label³¹⁸⁷. Les agglomérations de plus de 300 000 habitants dotées d'un plan de déplacements urbains approuvé prévoyant la réalisation d'un transport collectif en site propre ont la possibilité d'expérimenter des péages urbains³¹⁸⁸. Un recours accru au télépéage, ainsi qu'une modulation des péages autoroutiers en fonction de la classe d'émission EURO des poids lourds devra être instituée au plus tard le 1er janvier 2010 ou, pour les contrats de délégation de service public en cours, dès leur renouvellement³¹⁸⁹. Des dispositions techniques concernant les véhicules en matière d'énergie sont énumérées aux articles L. 318-1 et suivants du code de la route, tandis que des dispositifs de recharge de véhicules électriques doivent être installés dans les constructions neuves depuis 2012³¹⁹⁰. L'article L. 1513-1 du code des transports prévoit le déploiement de « *systèmes de transport intelligents* », de dispositifs utilisant des technologies de l'informatique et des communications électroniques pour assurer un meilleur usage des infrastructures de transport et ainsi réaliser des économies d'énergie.

La politique des transports comporte de nombreuses mesures sectorielles de ce type et les énoncer dans le détail s'avère impossible. Cette exigence conduit à faire état du rôle essentiel de l'évaluation quinquennale de la politique de réduction des pollutions et nuisances dans le secteur des transports fixée par l'article 10 de la loi Grenelle 1. Elle conduit également à mentionner que sa contribution aux objectifs du droit de l'énergie dépend de la capacité du droit à apporter une cohérence d'ensemble au système, par une coordination des acteurs et des instruments³¹⁹¹. Or, dans un avis du 28 février 2012 sur le projet de SNIT, le Conseil économique, social et environnemental considère que si l'instrument marque une rupture positive en termes de méthode, la concrétisation des objectifs environnementaux n'est pas avérée et le financement de la déclinaison opérationnelle du schéma pose question, et que par conséquent, le SNIT ne pourrait avoir qu'un impact très faible en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre³¹⁹². Ce risque d'ineffectivité est

³¹⁸⁴ C. transp., art. L. 1212-1 à 3.

³¹⁸⁵ C. transp., art. L. 1213-1 à 3

³¹⁸⁶ CGCT, art. L. 2224-37 ; CGI, art. 1609 quater A

³¹⁸⁷ CGCT, art. L.2213-2 3°

³¹⁸⁸ CGI, art. 1609 quater A, I

³¹⁸⁹ C. voirie routière, art. L.119-5 à 8

³¹⁹⁰ CCH, art. L. 111-5-2, R. 111-14-2 et s., art. R. 136-1 et s.

³¹⁹¹ L. FONBAUSTIER, "Les transports durables dans la loi Grenelle 2", *préc.*, p.74 et s.

³¹⁹² CESE, *Avis présenté par S. GENEST et P.-J. ROZET sur le projet de schéma national des infrastructures de*

corroboré par une part importante d'instruments au caractère essentiellement volontaire. Dès lors, ce constat conduit à remarquer qu'une prise en compte effective des objectifs du droit de l'énergie ne pourra être réalisée que dans la mesure où les instruments de la gestion de la gestion intégrée seront rigoureusement mis en œuvre³¹⁹³.

Dans le même sens, le droit relatif aux énergies marines renouvelables témoigne d'une mutation des règles applicables à ces activités économiques.

b) Le développement des énergies marines renouvelables

De part leur potentiel, les énergies marines renouvelables (EMR) sont amenées à constituer une composante essentielle du système énergétique. Cependant, elles ont vocation à se développer sur des territoires où s'exercent déjà des activités humaines et des règles doivent donc être établies afin de concilier les intérêts en concurrence. Ceux-ci concernent les activités de pêche, le transport maritime, le tourisme, la préservation du paysage, de l'avifaune et du patrimoine halieutique³¹⁹⁴. Le système juridique se caractérise ainsi par un régime de planification globale et spécifique par rapport à celui applicable aux installations terrestres³¹⁹⁵.

En ce sens, la stratégie nationale pour la mer et le littoral établit un cadre de référence pour la protection du milieu, la valorisation des ressources marines et la gestion intégrée et concertée des activités liées à la mer et au littoral, à l'exception de celles relatives à la défense et la sécurité nationale³¹⁹⁶. Elle fixe les principes et les orientations générales concernant, tant la métropole que l'outre-mer, l'espace aérien surjacent, les fonds marins et le sous-sol de la mer ainsi que les activités terrestres ayant un impact sur ces dits espaces. Elle est élaborée par l'Etat en concertation avec les collectivités territoriales, la communauté scientifique, les acteurs socio-économiques et les associations de protection de l'environnement, et dispose d'une valeur informative. Elle reconnaît que « *l'exploitation des mers comme source d'énergies nouvelles entièrement renouvelables n'en est qu'à ses balbutiements mais les connaissances actuelles font déjà entrevoir un potentiel immense* » et que « *le potentiel prodigieux associé à ces "énergies marines renouvelables" (EMR) sont susceptibles à moyen ou long terme de satisfaire une part notable des besoins énergétiques de la France, et même de l'Europe* ». Elle insiste sur la possible autosuffisance énergétique des territoires insulaires tels que La Réunion et sur les perspectives importantes de création ou de mutations d'emploi liées aux EMR. Elle met en exergue les « *conflits potentiels, incompatibilités et synergies éventuelles* » entre les activités marines et appelle l'adoption d'objectifs clairs pour chacune des politiques sectorielles ou transversales, jusqu'au niveau territorial. Elle revêt donc un

transport, 28/02/2012

³¹⁹³ M. PATY, "Le droit à l'énergie. Remarques d'introduction", *préc.*

³¹⁹⁴ K. N. SCOTT, "Tilting at offshore wind mills : regulating wind farm development within the renewable energy zone", *Journal of Environmental Law*, 2006, vol. 18, n°1, p. 89-118 ; O. WOOLLEY, "Trouble on the Horizon? Addressing Place-Based Values in Planning for Offshore Wind Energy", *Journal of Environmental Law*, vol. 22, n°2, 2010, p 223-250 ; D. LEARY, M. ESTEBAN, "Climate Change and Renewable Energy from the Ocean and Tides : Calming the Sea of Regulatory Uncertainty", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, n°24, 2009, p. 617-651

³¹⁹⁵ M. PRIEUR, "La gestion intégrée des zones côtières, le défi méditerranéen", in J. MORAND-DEVILLER, *Confluences : mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER*, Montchrestien, fév. 2007, p.901-912 ; A. VAN LANG, *Droit de l'environnement, préc.*, p.360-363

³¹⁹⁶ C. env., art. L.219-1 et 2 ; *Livre bleu : stratégie nationale pour la mer et le littoral*, décembre 2009

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

rôle essentiel en constituant un instrument de référence pour l'ensemble des usages marins métropolitain et d'outre-mer. Cependant, elle se caractérise par un contenu limité à des objectifs généraux nécessitant d'être précisés par des instruments spécifiques : les documents stratégiques de façade.

Ces documents définissent pour chaque façade les objectifs pour assurer une gestion intégrée des activités dans le respect des principes et des orientations définis par la stratégie nationale³¹⁹⁷. Les plans, programmes et schémas, les projets et les autorisations délivrées dans leur périmètre ainsi que les actes administratifs pris pour la gestion de l'espace marin doivent être compatibles avec cet instrument³¹⁹⁸. Dès lors, sur ces territoires, le potentiel énergétique marin n'est pas visé par le SRCAE mais par les documents stratégiques de façade³¹⁹⁹.

La planification stratégique est ensuite précisée par les schémas de mise en valeur de la mer (SMVM), qui fixe les orientations fondamentales de l'aménagement, de la protection et de la mise en valeur du littoral³²⁰⁰. Il assure une cohérence entre ses différents usages et détermine la vocation générale des zones soumises au développement industriel et portuaire, aux cultures marines et aux activités de loisirs et précise les mesures de protection du milieu marin. Il détermine la vocation des différents secteurs de l'espace maritime et les principes de compatibilité applicables aux usages correspondants, ainsi que les conséquences qui en résultent pour l'utilisation des divers secteurs de l'espace terrestre qui sont liés à l'espace maritime.

Le régime juridique applicable aux installations recourant aux énergies marines renouvelables témoigne d'un ensemble de moyens concourant à développer ce mode de production dans le respect de l'environnement, conformément aux objectifs du droit de l'énergie. Il confirme également un processus d'intégration énergétique impactant directement les activités économiques concourant *in fine* celles-ci à s'inscrire dans un cadre juridiques dans lequel les objectifs du droit de l'énergie bénéficient d'une prise en compte croissante. Dans certains cas, cette situation dépasse le stade de la prise en compte pour devenir de réels vecteurs des objectifs du droit de l'énergie.

2) Un moyen de promouvoir les objectifs du droit de l'énergie

L'encadrement juridique de certaines activités économiques témoigne de la volonté des autorités normatives de conférer à celles-ci une fonction vecteur des objectifs du droit de l'énergie. Ce phénomène se manifeste dans l'encadrement du discours publicitaire sur l'énergie (a). Il se matérialise également dans les règles relatives au management énergétique dont les exigences croissantes de transparence sont susceptibles d'inciter les opérateurs économiques à concourir aux objectifs du droit de l'énergie (b).

a) L'encadrement du discours publicitaire sur l'énergie

L'article 54 de la loi Grenelle 1 prévoit une régulation de la publicité en vue d'y intégrer le respect de l'environnement et le développement durable. Cette disposition vise à encadrer la

³¹⁹⁷ C. env., art. L.219-3

³¹⁹⁸ C. env., art. L.219-4

³¹⁹⁹ C. env., art. L. 219-1

³²⁰⁰ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, préc.*, p.436

La gestion intégrée de l'énergie

communication des entreprises afin de prévenir les phénomènes d'éco-blanchiment ou *Greenwashing*, procédé de marketing utilisé pour donner une image écologique de l'entreprise sans réelles actions en faveur de l'environnement. Dans cette optique, le droit intervient pour éviter la promotion d'un accroissement de la consommation d'énergie.

En ce sens, toute publicité comprenant des informations relatives à l'énergie, ou tout matériel promotionnel technique (manuels techniques, brochures de fabricants), qu'il soit imprimé ou disponible en ligne, doit donner à l'utilisateur final les informations nécessaires concernant la consommation d'énergie ou comporter une référence à la classe d'efficacité énergétique de ce produit³²⁰¹. La mention de la classe énergétique des produits doit être aussi visible, lisible et intelligible que l'indication de leur prix de vente³²⁰².

L'article L.121-15-4 du code de la consommation transpose la directive 2010/30 en imposant l'obligation pour toute publicité présentant des produits soumis à l'étiquetage énergétique européen de comporter « *la mention de la classe énergétique de ces produits de façon aussi visible, lisible et intelligible que l'indication de leur prix de vente* »³²⁰³. L'article L.214-1 du même code envisage la publication de décrets en Conseil d'État afin d'encadrer les allégations à caractère environnemental ou utilisant les termes de développement durable ou ses synonymes³²⁰⁴. Un arrêté du 28 novembre 2006 règlemente les messages publicitaires des fournisseurs d'énergie en les obligeant à promouvoir un usage rationnel de l'énergie, à inciter aux économies d'énergie et à mentionner le message « *l'énergie est notre avenir, économisons-la !* » de manière lisible, audible ou intelligible³²⁰⁵. Ces mesures sont complétées par des recommandations de l'autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) stipulant que les références au développement durable doivent nécessairement porter sur les trois piliers et être fondées sur des arguments vérifiables³²⁰⁶. L'article 54 de la loi Grenelle 1 prévoit également d'associer les associations de protection de l'environnement à la préparation de la réglementation relative à l'encadrement des messages publicitaires. En complément, l'article L.142-2 du Code de l'environnement leur reconnaît la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile concernant des faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre, en cas d'infraction aux dispositions législatives sur les pratiques commerciales et les publicités trompeuses³²⁰⁷.

Ces dispositions ont conduit les sociétés Areva, BMW, GDF et Total à réviser leurs slogans publicitaires car contraires aux règles professionnelles, et à la Charte d'engagements et d'objectifs

³²⁰¹ Décret n° 2011-1479 du 9 novembre 2011 relatif à l'étiquetage des produits ayant une incidence sur la consommation d'énergie, *JORF*, n°261 du 10/11/2011, p.18910

³²⁰² C. conso., art. L. 121-15-4

³²⁰³ Directive 2010/30/UE du Parlement européen et du Conseil 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie, *JOUE* L.153/1 du 18/06/2010

³²⁰⁴ Cette disposition complète les actions entreprises par le ministère du Développement durable dans ce domaine : "Une publicité éco-responsable...", *Env.*, n° 5, alerte 29, mai 2008.

³²⁰⁵ Arrêté du 28 novembre 2006 relatif à la publicité dans le domaine de l'énergie, *JORF* n°277 du 30 novembre 2006 p. 18025

³²⁰⁶ F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (2e partie) . - juin 2009 / juillet 2010", *Env.*, n°1, chron. 1, janv. 2011, n°18

³²⁰⁷ Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757, F-D : JurisData n° 2009-050171 ; Cass. 2e civ., 25 mars 2010, n° 09-12.78

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

pour une publicité éco-responsable³²⁰⁸. Le slogan « *énergie d'avenir* » fut considéré de nature à induire le public en erreur quant au caractère durable du gaz naturel³²⁰⁹. A l'inverse, le Jury de déontologie publicitaire reconnaît dans la décision *Direct Énergie* du 21 décembre 2009, la validité de l'expression « *construire ensemble une énergie d'avenir* » à propos d'une centrale électrique à combiné gaz « *dont l'efficacité énergétique et les qualités environnementales sont supérieures aux autres centrales utilisant des énergies fossiles* ». La société Poweo fut condamnée dans une décision du 12 février 2009 pour avoir minimisé dans une publicité, la consommation d'un ordinateur en veille, le Jury considérant que « *cette présentation fallacieuse qui minimise cette économie, n'incite pas à un comportement responsable en ce qui concerne la protection de l'environnement en ce qu'il dissuade l'utilisateur d'éteindre son ordinateur lorsqu'il n'en a plus besoin et, donc, de modérer sa consommation d'énergie* »³²¹⁰. Dans une affaire du 18 mars 2009, le Jury estime que la mention du logo d'Areva et la formule « *l'énergie est notre avenir, économisons-la !* » dans un livret séparé de la publicité ne permet pas à un lectorat jeune et inexpérimenté de comprendre la nature publicitaire du livret en cause.

L'encadrement du discours publicitaire participe à l'intégration sociale des objectifs du droit de l'énergie. Un phénomène similaire s'observe dans les règles concernant le management énergétique.

b) La transparence dans le management énergétique

L'extension de la comptabilité aux considérations sociales et environnementales s'inscrit dans le prolongement du rapport Stiglitz sur l'intégration de l'environnement et du progrès social, en sus de la performance économique³²¹¹. Les systèmes normatifs se caractérisent par un contenu croissant en faveur de la transparence des sociétés dans le management énergétique, et la jurisprudence et la doctrine s'orientent vers leur portée juridique croissante. Ce constat revêt une place essentielle concernant la gestion intégrée de l'énergie parce qu'elles éclairent les consommateurs, les investisseurs, et les ONG sur la politique énergétique des entreprises concurrent, incitant les opérateurs et les concommateurs à un comportement s'inscrivant dans le sens des objectifs du droit de l'énergie.

La classification retenue par Isabelle Desbarats et Gérard Jazottes distingue deux catégories de normes, à savoir les « *normes subies* » et les « *normes choisies* »³²¹². Les premières sont issues de règles impératives du système juridique national établissant des exigences croissantes en termes de *reporting* à l'égard des sociétés par un accroissement des sociétés visées mais également dans le

³²⁰⁸ ARPP, communiqué du 8 janv. 2009, "Suite à l'intervention de l'ARPP, AREVA change sa signature", www.arpp-pub.org

³²⁰⁹ F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (2e partie) . - juin 2009 / juillet 2010", *préc.*, n°22

³²¹⁰ F. HANSE et C. GRENLIER-LENAIN, "Les règles déontologiques du développement durable ", *Gaz. Pal.*, 06/12/2008, p.3

³²¹¹ J.E. STIGLITZ, A. SEN et J.P. FITOUSSI, *Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social*, 2009, www.stiglitz-sen-fitoussi.fr ; F. JOIGNOT, "Il nous faut inventer une nouvelle économie s'appuyant sur le capital naturel", *Le Monde*, 23/10/2010, www.lemonde.fr

³²¹² I. DESBARATS ET G. JAZOTTES, "La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ?", *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2012, dossier 13

La gestion intégrée de l'énergie

contenu des informations à transmettre³²¹³. En ce sens, les sociétés soumises à cette obligation ont l'obligation de mentionner dans leur rapport « *la consommation d'énergie, les mesures prises pour améliorer l'efficacité énergétique et le recours aux énergies renouvelables* »³²¹⁴. Ces données doivent porter sur la société elle-même ainsi que sur ses filiales et les sociétés qu'elle contrôle³²¹⁵. Cependant, un tiers des entreprises satisfont actuellement pleinement à ces obligations réglementaires³²¹⁶. L'obligation d'une vérification par un organisme tiers indépendant désigné par le directeur général ou le président du directoire, accrédité par le COFRAC ou par tout autre organisme d'accréditation signataire de l'accord de reconnaissance multilatéral établi par la coordination européenne des organismes d'accréditation, chargé de délivrer ainsi qu'une attestation relative à la présence de toutes les informations requises et donnera un avis motivé sur la sincérité des informations figurant dans le rapport de gestion³²¹⁷.

Cette exigence d'effectivité s'impose avec d'autant plus d'acuité que ces obligations de transparences sont susceptibles d'entraîner leur responsabilité³²¹⁸. La responsabilité du dirigeant semble ainsi pouvoir être engagée à l'égard de la société sur le fondement de l'article L.225-251, alinéa 1 du Code de commerce en cas de transmission d'informations erronées dans les rapports de gestion³²¹⁹. En complément, la responsabilité à l'égard des actionnaires pourrait être retenue en cas de préjudice personnel, distinct de celui de la société dès lors que des informations inexacts auraient incitées à investir dans les titres émis par la société³²²⁰.

La communication de fausses informations pourrait également constituer un manquement boursier sanctionné par l'AMF et la commission des sanctions sur le fondement de l'article 632-1 du règlement général de l'AMF disposant que « *toute personne doit s'abstenir de communiquer ou de diffuser sciemment des informations, quel que soit le support utilisé, qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications inexacts, imprécises ou trompeuses sur des instruments financiers* ». La sanction pourrait présenter un caractère pénal être pénale sur le fondement du délit de fausse information du marché en cas de preuve d'une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé en induisant autrui en erreur³²²¹.

³²¹³ C. MALECKI, "Le Grenelle II et la gouvernance d'entreprise sociétale", *Bull. Joly société*, 2010, p.704 ; G. MARTIN, "Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite Grenelle II", *Rev. sociétés*, 2011, p. 75 ; V. MERCIER, "La loi Grenelle II étend le champ d'application de l'obligation de présenter un bilan social et environnemental", *Bull. Joly sociétés*, 2011, n° 14, p.69

³²¹⁴ C. com., art. R. 225-105-1-I

³²¹⁵ G. NOTTÉ, "Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement Aperçu rapide", *JCP E*, act. 411, 2010 ; M. TELLER, "Développement durable et comptabilité", *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°3, doss. 15, 2010

³²¹⁶ F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (1re partie) . - juin 2009 / juillet 2010", *Env.*, n°12, chron. 1, déc. 2010, n°13

³²¹⁷ C. com., art. L. 225-102-1 et R.225-105-2-I

³²¹⁸ A. PIETRANCOSTA et J.-B. POULLE, "Le principe « appliquer ou expliquer » ", in *Les concepts émergents en droit des affaires*, E. LE DOLLEY (DIR.), LGDJ Lextenso éditions, 2010, n°21, p.384

³²¹⁹ B. FAGES, "Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise", *Bull. Joly sociétés*, 2009, p. 430

³²²⁰ Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.793 : JurisData n° 2010-001500.

³²²¹ C. mon., art. L.465-2, al. 2 ; B. FASTERLING et J.-C. DUHAMEL, "Le comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés", *RIDE*, 2009, n°2, p.129 et s, n° 45 et s. ; V. MAGNIER, "Les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité", *JCP E*, 2010, 1234, n° 16 et s.

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie

Les dispositions légales en faveur de la transparence dans le management énergétique sont complétées par des normes d'application volontaire prenant la forme de chartes éthiques, de codes de bonne conduite, de certification... En ce sens, la société Wall-Mart demande à ses fournisseurs d'évaluer l'impact environnemental de leurs produits en vue de parvenir à une labellisation de l'ensemble des biens commercialisés³²²². Dans le même sens, les dirigeants de seize grandes entreprises françaises membres du groupement *Entreprises pour l'environnement* se sont engagés à déployer dans les 3 ans un plan d'action sur le long terme afin d'optimiser l'efficacité énergétique de leurs bâtiments³²²³. Cette mesure s'inscrit dans le cadre du Manifeste du Conseil Mondial des entreprises pour le Développement Durable (WBCSD) pour l'efficacité énergétique des bâtiments³²²⁴. Ces engagements conduisent à s'interroger sur la portée juridique.

La réponse a longtemps consisté à considérer ces actions comme des engagements moraux, dont la violation ne pouvait engendrer que des sanctions de nature économique ou sociale telles que le boycottage ou la rupture des relations commerciales³²²⁵. Cependant, des réponses juridiques se manifestent désormais, sous le fondement de la responsabilité civile, en considérant la norme éthique comme un engagement unilatéral de volonté³²²⁶. De fausses allégations pourraient ainsi être regardées comme des manœuvres dolosives et mobiliser la théorie des vices du consentement³²²⁷. En prolongeant la jurisprudence conférant une valeur contractuelle aux documents émis publicitaires émis par les professionnels, Isabelle Desbarats et Gérard Jazottes suggèrent la possibilité de considérer ces instruments comme des engagements sociétaux ayant une valeur contractuelle, avec les conséquences qui en résultent sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. La responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil est également envisagée, ainsi que celle pour de la faute de gestion des dirigeants sociaux en cas de dommage subi par la société, sur la base des articles L. 223-22 et L. 225-251 du Code de commerce³²²⁸. La responsabilité civile des administrateurs fut ainsi reconnue par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 mars 2010 pour avoir « *délibérément retenu les informations qui auraient été susceptibles de remettre en cause l'image de la société telle qu'elle se présentait au regard des comptes communiqués* »³²²⁹. Le juge précise « *que la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des*

³²²² F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (2e partie) . - juin 2009 / juillet 2010", *préc.*, n°10

³²²³ Entreprises pour l'environnement, *Mettre en œuvre et faire vivre l'efficacité énergétique des bureaux*, sept. 2010

³²²⁴ WBCSD, *Manifeste pour l'efficacité énergétique dans le bâtiment*, sept. 2010

³²²⁵ L. DUBIN, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, PUAM, 2003, p. 321.

³²²⁶ M.-P. BLIN, I. DESBARATS, G.JAZOTTES, V. VIDALENS, *Entreprise et Développement durable*, Lamy Axe Droit, 2011, p.120.

³²²⁷ F.-G. TRÉBULLE, *Responsabilité sociale des entreprises, Rép.sociétés Dalloz*, 2003, n° 4

³²²⁸ P. DEUMIER, "La réception du droit souple par l'ordre juridique", in *Le droit souple*, Association Henri Capitant, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 122 ; M.-P. BLIN, I. DESBARATS, G.JAZOTTES, et V. VIDALENS, *Entreprise et Développement durable, préc.*, p.120

³²²⁹ Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, n° 08-21.793, *Bull. Joly Bourse*, 2010, p. 316, note N. RONTCHEVSKY ; *JCP E*, 2010, 1483, note S. SCHILLER ; *Rev. Sociétés*, 2010, p. 230, note H. LE NABASQUE ; *Dr. Sociétés*, 2010, comm. 109, obs. M.L. COQUELET ; PH. MERLE, "Attention, Madame Chirac, prudence !", *Bull. Joly Sociétés* 2010, p.436 ; D. MARTIN et O. TAT TIEU, "La responsabilité civile des administrateurs de sociétés. - Évolutions jurisprudentielles", *JCP G*, 2010, p.740

La gestion intégrée de l'énergie

fonctions sociales ». Le droit de la consommation est enfin susceptible d'être invoqué sur la base des pratiques commerciales trompeuses³²³⁰.

La valeur juridique contraignante croissante des normes en faveur de la transparence du management énergétique concourt à une gestion intégrée de l'énergie en constituant un référentiel supplémentaire pour le consommateur. Elle est ainsi susceptible de marginaliser des décisions telles que le refus des administrateurs de BP, Royal Dutch Shell et Exxon Mobil de demander une analyse des conséquences environnementales de l'exploitation des sables bitumineux canadiens³²³¹. Elle témoigne aussi de la possibilité de recourir aux agents économiques comme des promoteurs des objectifs du droit de l'énergie afin de parvenir à une gestion intégrée de l'énergie.

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie constitue un moyen complémentaire à l'évaluation pour renforcer l'efficacité de son droit. Sa systématisation prend la forme d'un principe d'intégration énergétique dont les modalités opérationnelles renforcées par l'objectif de développement durable revêtent des formes variées. Elle génère une adaptation du système juridique pour faciliter sa réception et concourir à une gestion intégrée de l'énergie caractérisant une situation juridique dans laquelle le système juridique tiendrait pleinement compte des objectifs du droit de l'énergie.

Cette progression des objectifs du droit de l'énergie doit cependant être nuancée par la nécessité de les concilier avec d'autres intérêts. Dès lors, cette prise en compte ne peut être que partielle. Cette spécificité conduit à prolonger l'étude en s'intéressant à la conciliation des objectifs du droit de l'énergie.

³²³⁰ C. consom., art. L. 121-1-1

³²³¹ 85 % des actionnaires de BP ont voté contre de rapport : F.-G. TRÉBULLE, "Entreprise et développement durable (1re partie), juin 2009 / juillet 2010", *préc.*, n°48 ; M. SAGE, "Greenpeace maintient la pression sur Total", *Univers-nature*, 28/10/2009, www.univers-nature.com

Chapitre 3: La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

« *Je crois aux vertus de l'obstination imaginative et de la rigueur* »³²³².

Pour être efficace, le droit de l'énergie recourt aux mécanismes de l'évaluation et de l'intégration des objectifs du droit de l'énergie. Cependant, cette entreprise se heurte à des limites inhérentes à la portée de ces moyens, à la valeur juridique des normes qu'ils génèrent et à la nécessité de concilier celles-ci avec des intérêts divergents. Dans certains cas, ces normes s'imposeront, dans d'autres elles devront s'harmoniser voire s'effacer face à des intérêts supérieurs. Ce postulat invite à déterminer la priorité accordée par le système juridique objectifs du droit de l'énergie et à leurs instruments de transcription en situation de conflit de normes.

La difficulté de l'exercice réside dans le fait que les règles générées sont susceptibles de prendre des formes et des valeurs juridiques variées allant du code de bonne conduite au droit fondamental. Par conséquent, une réponse univoque ne peut être retenue impliquant de systématiser les cas de figures selon les circonstances. Cette exigence invite à s'intéresser au contrôle juridictionnel applicable à ces conflits normatifs et à considérer que si rien n'exclut *a priori* la possibilité que les intérêts du droit de l'énergie puissent ponctuellement primer, aucune suprématie générale ne semble se dégager. En effet, la nature même des normes à concilier et les moyens à la disposition du juge dirigent le contrôle juridictionnel vers l'équilibre (1/). En revanche, une série de règles complémentaires orientent l'activité des autorités normatives en leur fixant un cap. Or, nombre d'entre elles concourent aux objectifs du droit de l'énergie et participent dès lors à la consolidation de son droit (2/).

1/ Un contrôle juridictionnel orienté vers l'équilibre

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique prend la forme d'une variété d'instruments juridiques qui devront s'harmoniser à d'autres règles en vigueur. Cette situation invite à préciser le sens de la décision juridictionnelle en cas de conflits normatifs en identifiant les normes prioritaires (I) et le contrôle de légalité afférent à cette intégration (II).

I. L'identification des normes prioritaires

La résolution des conflits de normes en droit français est classiquement résolue dans le cadre de la hiérarchie des normes dans laquelle la règle de rang supérieur supplante celle de valeur juridique inférieure. Dès lors, lorsqu'un juge est confronté à un différend impliquant un intérêt énergétique, il tranchera le litige en se fondant sur cette hiérarchie (A). Néanmoins, le sens à donner à sa décision pourra être nuancé en présence d'un intérêt général, conduisant à préciser la place de cette notion matière énergétique (B).

A. Un contrôle fondé sur la hiérarchie des normes

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique national est à

³²³² M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2è ed, 2005, p. 132

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

l'origine d'une multitude de normes aux formes et valeurs variées. Dès lors, une classification exhaustive de celles-ci s'avère impossible et d'un intérêt limité du fait de leur vocation à évoluer et à se développer. Elle conduit à s'en remettre au contrôle traditionnel de la hiérarchie des normes pour la détermination des priorités en cas de conflit. En revanche, une attention particulière peut être accordée aux droits fondamentaux au motif qu'ils bénéficient d'une valeur suprême dont les manquements sont en principe assortis d'une sanction juridictionnelle et que leur nombre demeure limité (1). Cependant, ceux-ci peuvent également générer des conflits de normes entre eux, conduisant à préciser les modalités de la conciliation (2).

1) La priorité accordée aux droits fondamentaux

Il n'existe pas un droit fondamental d'accéder à l'énergie. En revanche, le *corpus* existant peut bénéficier d'interprétations pouvant servir ou desservir les intérêts énergétiques. Cette remarque invite à s'intéresser aux droits fondamentaux favorables aux objectifs du droit de l'énergie (a) avant de déterminer ceux qui leur sont défavorables (b).

a) Des droits fondamentaux favorables aux objectifs du droit de l'énergie

Le concours des droits fondamentaux aux objectifs du droit de l'énergie conduit à se référer aux droits de la Convention européenne des droits de l'Homme dans leur dimension sociale. En ce sens, dans l'affaire Van Volsem contre Belgique, la Commission a considéré que la question peut se poser de savoir si la suspension des fournitures d'électricité peut être considéré comme un acte imputable à l'Etat, et par voie de conséquence constituer un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention ou une atteinte au droit à la vie familiale garanti par l'article 8³²³³. Cette disposition participe à l'objectif garantir la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie³²³⁴.

La dimension environnementale des objectifs du droit de l'énergie peut être appréhendée sur le fondement de prérogatives reconnues par la Convention, telles que le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la vie, le droit au respect des biens et de la propriété, le droit à un procès équitable et la liberté d'expression. Cette possibilité conduit à se remémorer les affaires relatives aux centrales nucléaires de Mühleberg et de Beznau ayant mis en exergue la possibilité des requérants de condamner un Etat en cas de « *lien direct entre les conditions d'exploitation de la centrale nucléaire et leur droit à la protection de leur intégrité physique* »³²³⁵. Elle invite également à se référer à l'affaire Marangopoulos devant le Comité européen des droits sociaux ayant conduit à la condamnation de la Grèce sur le fondement de l'article 11 de la Charte reconnaissant le droit de toute personne de bénéficier de toutes les mesures lui permettant de jouir du meilleur état de santé qu'elle puisse atteindre en cas des troubles des voies respiratoires causés par une mine de lignite grecque affectée à la production d'électricité³²³⁶. Ces jurisprudences concourent à l'objectif de

³²³³ Comm. EDH, déc. du 9 mai 1990, req. n° 14641/89, Francine VAN VOLSEM c/ Belgique, *RUDH*, 1990, p. 384

³²³⁴ C. éner., art. L.100-1

³²³⁵ CEDH, Balmer-Schafroth et autres contre Suisse, n° 67/1996/686/876, 26/08/1997 ; CEDH, Athanassoglou et autres c/ Suisse, n° 27644/95, 06/04/2000

³²³⁶ CEDS, Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme (FMDH) c/ Grèce, décision sur le bien fondé, *RJE*, n°3, 2007, p. 335-345

préservant la santé humaine et l'environnement³²³⁷.

En s'inscrivant au sommet de la hiérarchie des normes, les droits fondamentaux peuvent donc concourir aux objectifs du droit de l'énergie par une interprétation sous un prisme énergétique. Une multiplication des situations s'avèrerait donc propice à la réalisation de ces objectifs. L'exégèse doit cependant être nuancée par le fait que cette interprétation demeure épisodique parce qu'à l'inverse, ces prérogatives peuvent également desservir ces objectifs.

b) Des droits fondamentaux défavorables aux objectifs du droit de l'énergie

Les droits fondamentaux peuvent également servir de fondements pour limiter l'effectivité des objectifs du droit de l'énergie. En ce sens, le Conseil d'Etat a reconnu le bien fondé du principe du respect de la dignité humaine à l'encontre d'une autorisation d'exploiter un centre de traitement et de valorisation énergétique de déchets, au motif que ce site conservait encore plusieurs centaines de dépouilles de soldats morts au combat³²³⁸. Cette décision limite les objectifs du droit de l'énergie relatifs en matière de production à partir de sources renouvelables³²³⁹.

Les censures constitutionnelles de la fiscalité incitatives sur l'énergie s'inscrivent dans cette voie. En ce sens, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions relatives au « *bonus-malus* » sur les consommations domestiques d'énergie sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques, prolongeant les précédentes décisions sur la fiscalité incitative de l'énergie (TGAP énergie, « *contribution carbone* », taxe communale sur l'électricité)³²⁴⁰. Celles-ci se heurtent aux objectifs de maîtriser la demande d'énergie et favoriser l'efficacité ainsi que la sobriété énergétiques³²⁴¹, et de développer une fiscalité visant à un traitement équilibré des différents types d'énergie³²⁴².

Les droits fondamentaux sont donc également susceptibles d'entraver la réalisation des objectifs du droit de l'énergie. La mise en exergue de ces orientations contradictoires tend à considérer que si les objectifs du droit de l'énergie peuvent être appréhendés par les droits fondamentaux, aucune priorité générale ne semble s'affirmer en leur faveur. Dès lors, ces normes fondamentales contradictoires au regard des objectifs du droit de l'énergie peuvent se rencontrer et poser la question de la solution juridictionnelle en l'absence de hiérarchie. Ce conflit de norme sera en principe résolu dans le cadre d'une conciliation juridictionnelle dont les modalités peuvent être précisées.

2) Les modalités de la conciliation

Lorsque des intérêts énergétiques contradictoires se rattachent à des droits fondamentaux, le juge ne peut en principe évincer l'un d'entre eux en l'absence de hiérarchie formelle. Par

³²³⁷ C. énerg., art. L.100-1

³²³⁸ CE, 26 nov. 2008, n° 301151, *Syndicat mixte de la Vallée de l'Oise* ; D. GILLIG, "Du lancer de nains à l'autorisation d'exploiter un centre de traitement et de valorisation de déchets : le principe du respect de la dignité humaine à l'épreuve du droit des installations classées", *Env.*, n° 1, comm. 5, janv. 2009

³²³⁹ C. énerg., art. L. 100-2

³²⁴⁰ Cons. const., 11 avr. 2013, n° 2013-666 DC, Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre ; note C. KROLIK, *RJE*, n° 3, 2013

³²⁴¹ C. énerg., art. L.100-2

³²⁴² C. énerg., art. L. 100-3

conséquent, il sera amené à appliquer le principe de proportionnalité (a). La tentation est alors grande de déterminer *in abstracto* une échelle de valeur matérielle de ces prérogatives. Cependant, cette entreprise se heurte à des résultats très incertains (b).

a) Une application du principe de proportionnalité

Tout système juridique générant un conflit de norme rend séduisant l'idée d'une théorie qui permettrait de prédéterminer dans l'abstrait l'issue d'une solution. Cependant, le rattachement des prérogatives énergétiques à des droits fondamentaux rend impossible la prédétermination dans l'abstrait de l'issue d'un conflit normatif. Sa résolution implique de recourir au principe de proportionnalité qui autorise la concession partielle d'un droit fondamental, à condition d'en conserver la substance, au risque de censure en cas d' « atteinte disproportionnée »³²⁴³. Instrument commun à tout juge, sa mise en oeuvre implique l'adéquation entre les fins poursuivies et les moyens employés³²⁴⁴. Selon Michel Fromont, le principe de proportionnalité permet de constater qu'un rapport raisonnable est établi entre la gravité des effets produits par une mesure restrictive et l'objectif d'intérêt général³²⁴⁵. Il habilite le législateur à apporter des limitations à des intérêts légitimes mais divergents, pour les concilier entre eux, le but étant de conserver un dispositif aux mesures compatibles et convergentes³²⁴⁶.

Manuel Gros compare la conciliation des droits fondamentaux à un phénomène de vase communicant, la reconnaissance d'un droit empiétant sur d'autres droits et des libertés³²⁴⁷. Dès lors, la concession constituerait le corollaire de la conciliation³²⁴⁸. Celle-ci repose sur l'intuitionnisme, « doctrine selon laquelle il y a une famille irréductible de principes premiers que nous devons mettre en balance les uns par rapport aux autres en nous demandant, par un jugement murement réfléchi, quel équilibre est le plus juste »³²⁴⁹. La conciliation des droits et des libertés est inhérente à la justice qui a pour objet de « préciser les droits et les devoirs de base et de déterminer la

³²⁴³ Cons. const., déc. 2000-436 DC, 7 déc. 2000, *Rec. Cons. const.* 2000, p. 176 ; M. GROS, "Un droit peut-il en chasser un autre", *AJDA*, 03/05/2004, p.897

³²⁴⁴ Cons. Const., déc. n°2000-439 du 16 janvier 2001, *loi relative à l'archéologie préventive* ; CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, *Nold*, *Rec. CJCE* 1974, p. 491. - CJCE, 11 juill. 1989, aff. 265/87, *Schröder*, *Rec. CJCE* 1989, p. 2237, pt 15 ; CJCE, 13 juill. 1989, aff. 5/88, *Wachauf*, *Rec. CJCE* 1989, p. 2609, pt 18 ; CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec. CE* 1933, p. 541 ; *GAJA*, 2005, n° 47 ; R. BOUSTA, "Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes", *RFDC*, 2011/4, n° 88, p. 913-930 ;

""

³²⁴⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 1268 ; M. FROMONT, "Le principe de proportionnalité.", *AJDA*, 1995, p.156

³²⁴⁶ C.-A. MORAND, *La pesée globale des intérêts*, Helbing et Lichtenhan, Genève, 1996. ; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, 1988, n°342 ; M. GROS, "L'environnement contre les droits de l'homme", *RDP*, 01/11/2004, p.1583-1595

³²⁴⁷ M. GROS, "Un droit peut-il en chasser un autre?", *AJDA*, 03/05/2004, p.897 ; M. GROS, "L'environnement contre les droits de l'homme", *RDP*, 01/11/2004, p.1583-1595 ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Ed. Odile Jacob, fév. 1997, p. 147: « Aussi vivons-nous en situation de pluralisme normatif parce que nous devons en permanence choisir de respecter telle norme au détriment de telle(s) autre(s) »

³²⁴⁸ L. FONBAUSTIER, "Conseil constitutionnel, liberté d'entreprendre et protection de l'environnement : concilier, toujours concilier !", *droit de l'env.*, n°124, déc. 2004, p.232-236 ; R. DUMAS, "La diffusion d'informations économiques sur Internet, nouvelle illustration des conflits de droits fondamentaux ", *Bulletin Joly Sociétés*, n°10, 01/10/2004, p.1184

³²⁴⁹ *Ibidem*, p. 59

Un contrôle juridictionnel orienté vers l'équilibre

répartition adéquate » pour parvenir à un « *équilibre réfléchi* »³²⁵⁰. Le juge est alors chargé de « *déterminer l'équilibre adéquat entre des revendications concurrentes* »³²⁵¹. A cette fin, il établit des critères de rationalité, distinguant le bien du mal, le juste de l'injuste³²⁵².

L'œuvre prétorienne se fonde en principe sur la méthode du « *triple test* » de proportionnalité³²⁵³. Dans un premier temps, le juge opère un contrôle de l'adéquation consistant à vérifier si la mise en cause d'un droit ou d'une liberté est justifiée par un lien causal avec l'intérêt général poursuivi³²⁵⁴. Il poursuit dans un contrôle de la nécessité, sanctionnant la contrainte non nécessaire à un droit constitutionnel³²⁵⁵. Il clôture l'exercice par un contrôle de la proportionnalité *stricto sensu* visant à concilier les diverses catégories de droits protégés (droits-libertés, droits-créances, objectifs de valeur constitutionnelle...) ³²⁵⁶.

Au regard de la jurisprudence, le contrôle de proportionnalité appliqué aux intérêts énergétiques « *ressemble plus à un jardin chinois qu'à un jardin à la française* »³²⁵⁷. Par conséquent, à défaut de pouvoir prédéterminer une solution sur des éléments formels, il serait intéressant de pouvoir se référer à une hiérarchisation fondée sur des critères matériels

b) Une hiérarchie matérielle incertaine

La fundamentalité caractérisant le caractère prioritaire du droit, le juge pourrait privilégier certains droits sur d'autres, non sur le plan formel, mais d'un point de vue matériel. Bien que le Constituant renonce à toute hiérarchisation des droits, Jean Yves Chérot remarque que « *le fait que les libertés soient protégées par la Constitution ne signifie pas nécessairement qu'elles soient toutes également protégées* »³²⁵⁸. Cette origine pourrait trouver une source dans les droits relevés d'office par le juge constitutionnel, qui témoigneraient d'un caractère prioritaire et pourraient être la source d'un « *ordre public constitutionnel* »³²⁵⁹. Bien que séduisante, cette idée ne peut obérer le principe

³²⁵⁰ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, point, 1970, p. 32 ; E. NAIM-GESBERT, "Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement", *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 54

³²⁵¹ *Ibidem*, p. 36 et 74

³²⁵² X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica et PUAM, 1990, p.118 ; F.-G. TRÉBULLE, "Droit du développement durable", *préc.*

³²⁵³ G. DRAGO, "La conciliation entre principes constitutionnels", *D*, 1991, p.265

³²⁵⁴ Le contrôle d'adéquation repose notamment sur les documents législatifs préparatoires et l'exposé des motifs: Cons. const., 27 février 2007, *loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, déc. n°2007-550 DC, cons. 4 ; Cons. Const., 25 janvier 2007, *loi ratifiant l'ordonnance no 2005-1040 du 26 août 2005 et modifiant le Code de la santé publique*, déc. n°2007-546 DC, cons. 13 ; Cons. const., déc. du 7 avril 2005, *relative au référendum sur le projet de loi autorisant la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 6 et 9.

³²⁵⁵ Cons. const., 8 décembre 2005, *loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, déc. n°2005-527 DC, cons. 16 à 21. ; Cons. const., 6 décembre 2001, *loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, déc. n° 2001-452 DC, cons. 6.

³²⁵⁶ R. FRAISSE, "Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité", *préc.*; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *préc.*; V. GOESEL-LEBIHAN, "Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Présentation générale", *LPA*, n°46, 05/03/2009, p.62

³²⁵⁷ R. FRAISSE, "Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité", *LPA*, n°46, 05/03/2009, p.74

³²⁵⁸ J.-Y. CHEROT, "Intervention orale au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel", in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989, p.71

³²⁵⁹ G. VEDEL, "La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité »", in Colloque des 25 et 26 mai 1989, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p.49

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

selon lequel le Conseil n'a en principe pas le choix et devrait relever toute atteinte au bloc de constitutionnalité³²⁶⁰.

La Cour européenne des droits de l'Homme invoque « *le principe de la prééminence du droit* » pour justifier la primauté d'un droit sur un autre³²⁶¹. Selon Bruno Genevois, cette prééminence pourrait reposer sur trois critères fondés sur le degré de précision des droits considérés, le degré d'attachement de l'opinion dominante à leur égard, et l'étendue du contrôle que le juge peut exercer³²⁶². A cet effet, le droit au respect de la dignité de la personne humaine pourrait s'inscrire au sommet de cette hiérarchie, Bertrand Mathieu précisant qu'il serait également le seul principe constitutionnel de caractère absolu, au motif qu'il engendre « *d'autres droits de portée et de valeur différentes [...] dont la protection est nécessaire pour assurer le respect du principe lui-même* »³²⁶³. Cette analyse est partagée par Mireille Delmas-Marty qui le classe dans la catégorie des « *droits à protection absolue* », qui ne souffre d'aucune limitation, dérogation, exception ou restriction³²⁶⁴. Or, le droit à l'énergie a notamment vocation à s'exercer par le truchement du droit au respect de la dignité de la personne humaine, ce qui pourrait conduire à lui accorder un rang particulièrement élevé dans une échelle matérielle des valeurs.

Un raisonnement similaire peut être retenu à l'égard du droit à un environnement sain qui pourrait également bénéficier d'une priorité dans cette hiérarchie, au motif que son effectivité conditionne la réalisation d'autres droits fondamentaux. En ce sens, Jacqueline Morand-Deville se rapporte à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et le renvoi aux principes de 1946 dans le préambule de la Constitution de 1958, qui traduisent un attachement de la Constitution au passé tandis que la référence à la Charte « *l'entraînerait vers l'avenir comme une nouvelle et troisième étape du pacte républicain, selon l'orgueilleuse proclamation de l'exposé des motifs* »³²⁶⁵. Par conséquent, les droits fondamentaux à vocation environnementale pourraient disposer d'une prééminence ponctuelle sur d'autres en raison de leur caractère spécifique, à la fois universel et transversal, individuel et collectif, et du fait de la place de l'environnement dans l'opinion publique³²⁶⁶.

Mireille Delmas-Marty poursuit le raisonnement en remarquant que des droits économiques

³²⁶⁰ G. DRAGO, "La conciliation entre principes constitutionnels", *D*, 1991, p.265

³²⁶¹ CEDH, 21 février 1975, *Golder*, A. n. 18, § 37 ; CEDH, 3 juin 1976, *Engel*, A. n. 22, § 69 ; CEDH, 2 août 1984, *Malone*, A. n. 82, § 67 ; CEDH, 24 sept. 1992, *Herczegfalvy*, A. n. 244 ; CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis*, A. n. 301-B

³²⁶² B. GENEVOIS, "La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel", *EDCE*, La documentation française, n°.40, 1988, p.181

³²⁶³ B. MATHIEU, "Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme", *D*, 1995, p.211 ; M.L. PAVIAT, "La découverte de la dignité de la personne humaine", in M.L. PAVIAT et T. REVET (DIR.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p.22 ; F. FERNANDEZ SEGADO, "La dignité de la personne humaine en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits", *RFDC*, 2006/3 n° 67, p.451-482

³²⁶⁴ M. AUGÉ, M. DELMAS-MARTY, R.P. DROIT et H. ATLAN, *Le clonage humain*, Seuil, 1999, p.75 ; M. DELMAS-MARTY, "Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain", *Rev. sc. crim.*, 1994, p.477 ; S. LIVINGSTONE, "Non derogable rights, the interests of the nation and the international order", in S. MARCUS-HELMON (DIR.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs. Les limites irréductibles*, Academia Bruylant, 1999, p.59-85

³²⁶⁵ J. MORAND-DEVILLER, "La Constitution et l'environnement", *Cah. Cons. Const.*, n°.15, 2005, p.120

³²⁶⁶ M. PRIEUR, "Les nouveaux droits", *AJDA*, n°.21, 06/06/2005, p.1157-1163

tels que le droit de propriété pourraient être relégués dans la catégorie des « *droits de second rang* », au motif qu'ils doivent parfois s'effacer devant l'intérêt général et bénéficient de garanties atténuées telles que la possibilité de recourir au mécanisme de l'autorisation préalable, le législateur bénéficiant d'une marge d'action étendue à leur rencontre³²⁶⁷.

Néanmoins, toute systématisation d'une « *échelle de fondamentalité* » *in abstracto* demeure hasardeuse³²⁶⁸. De plus, une telle priorité est difficilement perceptible en l'état de la jurisprudence. En revanche, la notion d'intérêt général est susceptible de nuancer la portée des droits fondamentaux. Or, celle-ci fait l'objet de multiples usages en matière énergétique et invite à préciser ses effets dans ce domaine.

B. Un contrôle nuancé par l'intérêt général

La notion d'intérêt général constitue la finalité ultime de l'action publique³²⁶⁹. Elle est utilisée par le législateur et par le juge pour favoriser le développement de certaines activités qui bénéficient d'un régime juridique dérogeant au droit commun. Une particularité en matière énergétique réside dans le fait qu'elle peut servir tant comme un moyen de développement (a) que comme un instrument de limitation des activités énergétiques (b).

1) L'intérêt général favorable aux activités énergétiques

La notion d'intérêt général s'applique en faveur de multiples activités du secteur de l'énergie. Cette caractéristique conduit à identifier comment celles-ci sont saisies par cette notion (a) et à préciser la portée juridique afférant à cette qualification (b).

a) L'identification des activités d'intérêt général

En premier lieu, il convient de remarquer que l'intérêt général constitue le but du service public. Dès lors, il est possible d'inclure parmi les activités énergétiques, celles chargées d'une mission de service public. Cette caractéristique conduit à se rapprocher du chapitre de la thèse afférant à cette notion.

En deuxième lieu, la notion d'intérêt général est nécessairement inhérente l'ouvrage public, cette qualification se référant à un bien immeuble faisant l'objet d'une intervention humaine et d'une affectation à un intérêt général ou à une mission de service public³²⁷⁰. Celle-ci porte notamment sur les postes de transformation d'électricité³²⁷¹, l'ensemble des ouvrages de production d'énergie hydroélectrique concédés conformément à la loi du 16 octobre 1919, et les ouvrages de

³²⁶⁷ L. FAVOREU, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789", in colloque des 25/26 mai 1989, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989, p.123 ; J. TREMEAU, "Propriété - Fondement constitutionnel du droit de la propriété" *JCL civil code*, fasc. 20, 26/03/2009 ; N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, n°19 et s. ; R. DUMAS, "Les droits fondamentaux: source nouvelle pour la matière commerciale", *préc.*, n°53

³²⁶⁸ E. PICARD, "L'émergence des droits fondamentaux en France", *préc.*; C. GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit: Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Publications de la Sorbonne, 2010

³²⁶⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999*, EDCE, n° 50, 1999

³²⁷⁰ CE, 10 juin 1921, Commune de Monségur ; T. Confl., 28 mars 1955, Effimief

³²⁷¹ T. confl., 12 avr. 2010, n° C3718, Électricité réseau distribution de France (ERDF) c/ Michel

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

production d'électricité d'une puissance supérieure à 40 MW dans les zones interconnectées du territoire métropolitain et toute la production d'électricité destinée à alimenter les réseaux publics dans les zones non interconnectées (Corse et Outre-mer)³²⁷².

En troisième lieu, la qualification d'activité d'intérêt général peut résulter de dispositions législatives ou prétorienne. Dans cette matière, le législateur et le juge sont essentiellement intervenus pour y inclure la production d'énergie renouvelable³²⁷³ ainsi que les réseaux publics d'énergie pour imposer leur établissement et leurs accessoires, ainsi que des servitudes pour accéder au terrain et effectuer des travaux d'entretien et de réparation³²⁷⁴.

Quelle qu'en soit la source, l'intérêt général présente par nature un caractère évolutif. En ce sens, la libéralisation des secteurs électriques et gaziers a marqué un tournant dans la notion d'intérêt général appliqué à l'énergie et des interventions permettent de redéfinir les contours de la notion dans ce domaine. Celles-ci témoignent également que celle-ci est sujette à évolution selon le contexte historique, politique, économique, technologique ou social et que son appréhension par les pouvoirs publics présente un caractère intrinsèquement subjectif³²⁷⁵.

La place essentielle de l'intérêt général en matière énergétique amène à s'interroger sur sa portée juridique.

b) La portée juridique liée à l'intérêt général

L'intérêt général afférent à la continuité du service public de l'énergie est en mesure de limiter la portée de droits fondamentaux tels que le droit de grève. En ce sens, le Conseil d'Etat a pu considérer à l'égard des exploitants de centrales nucléaires dans le prolongement de la jurisprudence Dehaene³²⁷⁶ : « *qu'il appartient à l'autorité administrative responsable du bon fonctionnement d'un service public de fixer elle-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue de ces limitations pour les services dont l'organisation lui incombe ; que dans le cas [...] d'un organisme de droit privé responsable d'un service public, seuls [ses] organes dirigeants, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, sont, sauf dispositions contraires, compétents pour déterminer les limitations à l'exercice du droit de grève* »³²⁷⁷. La haute juridiction a notamment relevé qu'EDF, « *qui en l'état actuel du système de production électrique exploite la totalité [des centres nucléaires de production d'électricité], est chargée, à ce titre, d'une mission d'intérêt général répondant à un besoin essentiel du pays* ». Elle en a déduit que « *les dirigeants [d'EDF] avaient compétence pour édicter les règles applicables, en cas de poursuite de la grève, aux agents dont la présence à leur poste était*

³²⁷² CE, Ass., avis, 29 avr. 2010, n° 323179, M. et Mme Béligaud, RFDA, 2010, p.557, Concl. M. GUYOMAR

³²⁷³ GRENELLE DE L'ENVIRONNEMENT, COMITE OPERATIONNEL N° 10, Plan de développement des énergies renouvelables à haute qualité environnementale 2008 - 2012 - 2020, p.17

³²⁷⁴ C. éner., art. L. 323-4 à 7 et L.712-1 et s.

³²⁷⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur l'intérêt général*, préc., p. 245 ; D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse droit Bordeaux, 1975 ; J.-M. PONTIER, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D., 1998, jurispr. p. 327. - D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, BDP, t. 125, 1977

³²⁷⁶ CE, 7 juill. 1950, req. n° 01645

³²⁷⁷ CE, 12 avril 2013, n° 329570, note D. POUPEAU, AJDA, 2013 p. 766 ; JCP E, n° 17, 25 Avril 2013, act. 319 ; Gaz. Pal., 25 avril 2013 n° 115, p. 31

Un contrôle juridictionnel orienté vers l'équilibre

indispensable au redémarrage des réacteurs dont l'interruption prolongée du fonctionnement aurait porté atteinte aux besoins essentiels du pays ».

La qualification d'ouvrage public aux immeubles susmentionnés permet de retenir un régime juridique dérogatoire au droit commun relatif tant au régime de responsabilité qu'à l'intangibilité de son implantation³²⁷⁸ bien que celle-ci soit désormais relativisée³²⁷⁹.

L'application de la notion d'intérêt général aux activités de production d'énergie renouvelable permet de bénéficier d'un régime juridique dérogatoire à la constructibilité en continuité en zone de montagne. Le Conseil d'Etat juge ainsi que « *les dispositions du III de l'article L. 145-3 du code de l'urbanisme sont opposables à la construction d'éoliennes ; qu'il ressort des pièces du dossier que, eu égard au lieu d'implantation des éoliennes faisant l'objet des permis de construire attaqués, cette construction n'est pas réalisée en continuité avec les bourgs, villages, hameaux, groupes de constructions traditionnelles ou d'habitations existants ; que toutefois, en vertu du premier alinéa du III de l'article L. 145-3, il peut être dérogé à la règle d'urbanisation en continuité pour les installations ou équipements publics incompatibles avec le voisinage des zones habitées ; que, dans les circonstances de l'espèce, eu égard à son importance et à sa destination, le parc éolien en cause doit être regardé comme pouvant bénéficier de la dérogation prévue par ces dispositions* »³²⁸⁰. En revanche ce dispositif n'est pas applicable aux projets situés sur le littoral, compte tenu de la rédaction plus restrictive de l'article L.146-I du Code de l'urbanisme³²⁸¹. Néanmoins, le législateur est venu assouplir cette restriction en permettant de déroger au principe d'extension de l'urbanisation en continuité dans les communes littorales de Guadeloupe, Guyane, Martinique, La Réunion et Mayotte lorsque ces installations seraient incompatibles avec le voisinage des zones habitées³²⁸².

Dans le prolongement, le Conseil d'Etat considère qu'un parc éolien constitue un équipement collectif qui peut être implanté en zone A d'un PLU³²⁸³. la circonstance que ce projet n'est pas directement affecté à l'exécution même du service public de l'électricité est indifférente à cette qualification, la Haute assemblée retenant pour condition suffisante un intérêt public tiré de sa

³²⁷⁸ CE, 7 juill. 1853, Robin de Grimaudière

³²⁷⁹ Cf : les développements de la thèse sur la protection des ouvrages publics du secteur énergétique dans le chapitre consacré au service public de l'énergie ; CE, 20 mai 2011, communauté d'agglomération du Lac du Bourget ; CE, 29 janv. 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-maritimes et commune de Clans, Rec., p. 21 ; N. ACH, "L'intangibilité de l'ouvrage public, un principe ébranlé mais loin d'être enterré", *RDP*, 2003, p.1633 ; D. BAILLEUL, "L'ouvrage public: de l'intangibilité de droit à l'intangibilité de fait?", *AJDA*, 2009, p.1057

³²⁸⁰ CE, 16 juin 2010, n° 311840, M. Leloustre, note DROBENKO, *RJE*, n° 3, 2012, p. 549-560 ; M. SOUSSE, *Env.*, n° 7, 2011, p. 25-26 ; I. MICHALLET, *AJDA*, 2010, p. 1892-1895 ; M.-C. ROUAULT, 25/10/2010, p. 7-28 ; C.-A. DUBREUIL, *DA*, n° 11, 2010, p. 51-55 ; J.-L. MAILLOT, *JCP A*, 02/11/2010, p. 45-52 ; Constr.Urb., 01/04/2011, p. 11-18 ; D. GUIHAL, *RJEP*, 01/01/2011, p. 21-24 ; R. BONNEFONT et E. LACROIX, *LPA*, 05/10/2010, p. 7-15 ; J. TREMEAU, *BJDU*, 01/05/2010, p. 173-181 ; J.-L. PISSALOUX, *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, 01/12/2010, p. 31-32 ; dans le même sens : CE, 16 juill. 2010, *Association pour la protection des paysages et ressources de l'Escandorgue et du Lodevois, SCI du domaine de Lambeyran et SCA de Lambeyran*, n°324515 ; également : CAA Lyon, 30 oct. 2012, n° 11LY03045, *Association de défense de l'environnement du Barrès et du Coiron et autres* ; T. GARANCHER et J.-N. CLEMENT, " Rubrique de jurisprudence de droit de l'énergie (Oct. 2012 – Mars 2013)", *BDEI*, 2013, 45 Perspectives - jurisprudence

³²⁸¹ CE, 14 nov. 2012, n° 347778, Société Neo Plouvien

³²⁸² C. urb., art. L. 156-2

³²⁸³ CE 13 juil. 12, Sté EDP Renewables France, note A. FOURMON, *Env.*, n° 1, 2013, p.43-44

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

contribution à la satisfaction d'un besoin collectif par la production d'électricité vendue au public. De même, un permis de construire peut être délivré pour l'implantation de panneaux photovoltaïques au sein d'une exploitation si elle est compatible avec l'activité agricole³²⁸⁴. Ces mesures s'inscrivent dans le prolongement de la suppression des zones de développement de l'éolien et de la règle des « cinq mâts » par la loi du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre³²⁸⁵.

L'intérêt général en lien avec l'objectif de « *maintenir un prix de l'énergie compétitif* » peut justifier des atteintes à la compétitivité de l'économie. En l'espèce, le Conseil d'Etat a reconnu la légalité d'un décret suspendant l'obligation d'achat d'électricité à partir d'énergie solaire en « *considérant que si le décret contesté est susceptible d'entraîner pour les entreprises concernées par la suspension un préjudice économique, pouvant revêtir pour certaines un caractère de gravité, ce préjudice doit être mis en balance avec l'intérêt public qui s'attache au réexamen d'un système incitatif dont les effets, dans son équilibre actuel, risquent de soumettre les consommateurs d'électricité à des prélèvements compensatoires en forte hausse* »³²⁸⁶.

L'intérêt général est donc susceptible de prendre des formes variables pour favoriser le développement des activités énergétiques. Dès lors, le « *droit de produire de l'énergie* » peut être assimilé à un « *droit de limiter d'autres intérêts généraux* ». Cependant, cette application n'est pas univoque au motif qu'il peut également constituer un instrument permettant de limiter le développement des activités énergétiques.

2) L'intérêt général limitant les activités énergétiques

L'intérêt général peut constituer un facteur limitant pour le développement des activités énergétiques. En ce sens, l'article 19-III de la loi de Grenelle 1 précise que « *le développement des énergies renouvelables ne peut se faire au détriment des autres objectifs du développement durable* »³²⁸⁷. Cette caractéristique invite à identifier des cas de figure dans lesquels l'intérêt général constitue un obstacle aux objectifs du droit de l'énergie (a). Cette analyse conduit à préciser que les intérêts publics énergétiques peuvent également se contredire entre eux et ainsi ne permettre qu'une application partielle desdits objectifs (b).

a) L'identification d'intérêts généraux conflictuels

D'une manière générale, l'article L. 121-1 du code de l'énergie dispose que « *le service public de l'électricité a pour objet de garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national* ». L'article 2 de la loi POPE précise que « *dans le domaine énergétique, l'Etat veille à la recherche permanente, grâce à des procédures de concertation, d'un consensus le plus large possible prenant en compte la nécessaire*

³²⁸⁴ CAA Bordeaux, 4 oct. 12, SARL SECP Chemin Canal ; T. GARANCHER et J.-N. CLEMENT, " Rubrique de jurisprudence de droit de l'énergie (Oct. 2012 – Mars 2013)", *préc.*

³²⁸⁵ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, *JORF* n°0089 du 16 avril 2013 p. 6208

³²⁸⁶ CE, ord. 28 janv. 2011, n° 344973, Société Ciel et Terre et autres, *AJDA*, 2011 p. 188

³²⁸⁷ P. BILLET, "Le « juste équilibre » des droits au service de la protection de l'environnement", *Env.*, n°6, alerte 63, juin 2010 ; M. PRIEUR, "Droit à l'environnement", *JCA*, n°360, 21/05/2007 ; F.-G. TRÉBULLE, "Du droit de l'homme à un environnement sain", *Env.*, comm. 29, 2005

Un contrôle juridictionnel orienté vers l'équilibre

conciliation entre le respect des intérêts locaux et les impératifs liés à l'intérêt général ».

Des intérêts généraux peuvent donc s'imposer aux activités énergétiques. En ce sens, le Conseil d'État reconnaît la validité d'un refus de permis de construire d'une éolienne lorsque l'installation est susceptible de porter atteinte à la sécurité publique³²⁸⁸. Les juges du Palais Royal se sont ainsi prononcés à plusieurs reprises sur la nécessité d'une distance suffisante entre les installations et les habitations pour faire face aux risques de rupture de pales³²⁸⁹.

Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a validé l'article L.214-4-II du code de l'environnement prévoyant que l'autorisation d'exploiter des ouvrages hydrauliques peut être retirée ou modifiée, sans indemnité de la part de l'État dans l'intérêt de la salubrité publique, pour prévenir ou faire cesser les inondations, en cas de menace majeure pour le milieu aquatique, ou lorsque les ouvrages ou installations sont abandonnés ou ne font plus l'objet d'un entretien régulier³²⁹⁰. Les sages de la rue de Montpensier ont ainsi pu considérer que les limitations apportées au droit de produire de l'énergie s'avèrent strictement proportionnées aux buts d'intérêt général de la préservation du milieu aquatique et de la protection de la sécurité et de la salubrité publiques.

Le juge opère donc un contrôle de proportionnalité entre les intérêts généraux en présence. Le Conseil d'État fut ainsi amené à se prononcer sur la légalité d'une circulaire du 25 janvier 2010 dans laquelle une conciliation devait être réalisée entre la production d'énergie issue d'ouvrages fondés en titre et l'intérêt général relatif à la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau³²⁹¹. Le juge a reconnu la légalité de la possibilité offerte aux autorités publiques de supprimer les ouvrages abandonnés lorsque celle-ci s'avère nécessaire pour rétablir la continuité écologique des cours d'eau dès lors que le maintien de l'ouvrage ne se justifie pas pour d'autres usages. Ce même arrêt valide le droit de l'État de s'opposer à la remise en exploitation d'un ouvrage fondé en titre en cas de menace majeure pour le milieu aquatique au motif que cette préconisation est strictement encadrée. A l'inverse, le Conseil a estimé « *qu'en interdisant, de manière générale, la réalisation de tout nouvel équipement, alors que la loi prévoit que l'interdiction de nouveaux ouvrages ne s'applique que sur les cours d'eau en très bon état écologique figurant sur la liste établie en application de l'article L. 214-17 du code de l'environnement et uniquement si ces ouvrages constituent un obstacle à la continuité écologique, l'auteur de la circulaire a méconnu les dispositions législatives applicables* ».

La conjonction de multiples intérêts énergétiques ne peut parfois suffire à compenser les atteintes à des intérêts supérieurs. En ce sens, le tribunal administratif de Montpellier a refusé de faire droit à une demande de suspension d'opposition d'une déclaration préalable portant sur la rénovation d'une toiture à l'aide d'une solution photovoltaïque³²⁹². Les requérants invoquaient

³²⁸⁸ CE, 27 juill. 2009, *Sté Boralex Avignonet SAS*, n° 317060, JurisData n° 2009-006576

³²⁸⁹ CE, 6 nov. 2006, *Assoc. pour la préservation des paysages exceptionnels du Mezenc*, n° 281072, JurisData n° 2006-070985 ; *Rec.* p. 1104 ; *JCP A* 2006, 1296, concl. Y. AGUILA, note P. BILLET ; *Droit de l'aménagement de l'urbanisme et de l'habitat*, 2007, p. 708, n° 850

³²⁹⁰ Cons. Const., décision n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France*, *JO* du 25 juin 2011, p. 10842

³²⁹¹ CE, 14 nov. 2012, n° 345165, Fédération française des associations de sauvegarde des moulins ; T. GARANCHER et J.-N. CLEMENT, " Rubrique de jurisprudence de droit de l'énergie (Oct. 2012 – Mars 2013)", *préc.*

³²⁹² TA Montpellier, 2 juill. 2009, *Sté Electrosol France*, n°0902775, note M. SOUSSE, *Env.*, n°1, janv. 2010

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

l'urgence à assurer l'indépendance énergétique, un préjudice économique important lié à la l'impossibilité de produire de l'énergie renouvelable, et la contribution de l'installation à la réduction des gaz à effets de serre, conformément au préambule de la Charte de l'environnement relatif à la nécessité pour toute personne de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. Le juge des référés rejeta la requête en privilégiant « *l'intérêt public de préservation des paysages* ».

Le développement des activités énergétiques peut donc être limité par des intérêts généraux poursuivant des objectifs qui leurs sont extérieurs. Ceux-ci sont donc susceptibles de se heurter aux intérêts publics énergétiques, conduisant une conciliation fondée sur le principe de proportionnalité. Or, parmi ces intérêts généraux peuvent également figurer d'autres intérêts publics énergétiques.

b) La conciliation des « *intérêts publics énergétiques* »

Une même norme peut très bien concourir à l'ensemble des objectifs du droit de l'énergie. Jean-Philippe Brouant, Henri Jacquot et Jean-Pierre Lebreton prennent l'exemple de la maîtrise de l'énergie qui contribue à renforcer la sécurité d'approvisionnement, les droits à l'énergie et à l'énergie propre³²⁹³. Cependant, la jurisprudence enseigne que dans de nombreux cas, des intérêts contradictoires doivent généralement être conciliés.

Tel est le sens de la jurisprudence fondatrice de la Cour de justice de l'Union concernant les SIEG dans le secteur énergétique. Dans l'arrêt *Commune d'Almelo*, la Cour a validé une clause interdisant aux distributeurs locaux établis aux Pays-Bas de s'approvisionner en électricité auprès de distributeurs ou producteurs d'autres États membres³²⁹⁴. Dans le même sens, la Cour a admis la légalité des droits exclusifs d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz dès lors que l'accomplissement de cette mission ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits et pour autant que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté³²⁹⁵. En validant ces mesures, le juge admet la possibilité de limiter les droits de produire et de commercer de l'énergie au nom de la sécurité des approvisionnements énergétiques.

Dans un autre registre, le Conseil d'État fut amené à se prononcer sur la conventionalité du IV de l'article 88 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement au regard de l'article 6§1 de la CEDH et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel³²⁹⁶. La mesure législative avait pour objet de valider les dispositions d'un arrêté du 16 mars 2010 fixant rétroactivement les conditions d'achat de l'électricité produite à partir d'énergie radiative du soleil. La légalité de cette validation législative fut reconnue au motif qu'elle répond à « *un impératif motif d'intérêt général* » dès lors qu'elle avait pour but d'éviter de faire peser une charge financière

³²⁹³ J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et J.-P. LEBRETON, "Développement durable, urbanisme et droit", *RFDA*, 2006, p.750

³²⁹⁴ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, *Rec. CJCE* 1994, I, p. 1477

³²⁹⁵ CJCE, 23 oct. 1997, *Commission européenne c./ République française*, aff. C-159/94, *CJEG* févr. 1998, p. 39 à 87 ; S. RODRIGUES, "Marché unique et services publics: la Cour de justice poursuit sa quête de l'équilibre", *LPA*, n°20, 16/02/1998, p.9-16 ; sur les aménagement de ce monopole: recommandation n°70-128 du 22 décembre 1969 à la République française, *JOCE*, n°L.31 du 9 février 1970 ; accord intervenu entre la France et la Commission, *Bull. des Communautés européennes*, 11/1979 pt 2.1.3.6 ; Cf : CJUE, 2e ch., 21 déc. 2011, aff. C-242/10, ENEL Produzione SpA, note F. GAZIN, *Europe*, n° 2, Février 2012, comm. 102

³²⁹⁶ CE, 12 avril 2012, n° 337528, Syndicat national des producteurs d'énergie photovoltaïque et autres

très importante sur les consommateurs d'électricité. Cette exégèse a conduit le juge administratif à confronter l'objectif de « *diversifier les sources d'approvisionnement énergétique, réduire le recours aux énergies fossiles et augmenter la part des énergies renouvelables dans la consommation d'énergie finale* »³²⁹⁷ avec celui de « *maintenir un prix de l'énergie compétitif* »³²⁹⁸. Elle conforte l'analyse selon laquelle les intérêts publics énergétiques peuvent également présenter un caractère antinomique impliquant la concession en cas de confrontation.

Ces décisions mettent en lumière la pluralité de contradiction des « *intérêts publics énergétiques* » et la conciliation de les concilier. Elles démontrent également que si les objectifs du droit de l'énergie sont susceptibles de bénéficier d'une place prépondérante dans la hiérarchie des normes, aucune priorité générale n'apparaît manifestement. Néanmoins, leur mise en exergue invite à étudier à leurs conditions d'effectivité en s'intéressant au contrôle de légalité.

II. Le contrôle de légalité de l'intégration des objectifs du droit de l'énergie

La prise en considération des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique prend une diversité de forme et peut bénéficier des plus hauts rangs dans la hiérarchie des normes. Cependant, celle-ci ne pourra être pleinement effective que si le juge est en mesure d'en sanctionner les manquements. Cette condition invite à étudier les possibilités de recourir en excès de pouvoir pour apprécier la légalité de la transposition de ces objectifs.

Les avantages du recours pour excès de pouvoir tiennent à la possibilité d'être intenté par toute personne présentant un intérêt suffisant pour agir³²⁹⁹. Ils résident ensuite dans l'autorité absolue de la chose jugée et à l'effet rétroactif de l'acte annulé, même si « *il n'appartient à aucune puissance humaine d'empêcher que ce qui a existé n'ait existé et d'effacer les inévitables effets qu'ont produits des actes annulés pendant toute la durée précédant leur annulation* »³³⁰⁰. Cette question conduit à analyser les moyens de contrôle garantissant une prise en compte des objectifs du droit de l'énergie (A) ainsi que ceux permettant une conciliation de ceux-ci en cas de conflit de norme (B).

A. Le contrôle de la prise en compte des objectifs du droit de l'énergie

Le contrôle de la prise en compte des objectifs du droit de l'énergie se réfère aux moyens dont dispose le juge pour s'assurer de la prise en compte directe des principes d'évaluation et d'intégration énergétiques. Eu égard à la différence des fondements juridiques et de leurs effets, cette problématique peut successivement être étudiée en s'intéressant au contrôle de l'évaluation énergétique (1) puis de l'intégration énergétique (2).

1) Le contrôle de l'évaluation énergétique

Le contrôle juridictionnel de l'évaluation énergétique s'opère à l'égard des situations dans

³²⁹⁷ C. énerg., art. L. 100-2

³²⁹⁸ C. énerg., art. L. 100-1

³²⁹⁹ J. MORAND-DEVILLER, *Cours droit administratif, préc.*, p. 704-706

³³⁰⁰ CE, 26 déc. 1925, *Rodière, Rec.*, p. 1065 ; et conclusions de R. ODENT à propos de l'arrêt CE, 27, mai 1949, *Véron-Réville, Gaz. Pal.*, 1949, II, p. 34

lesquelles le droit requiert la réalisation d'un bilan énergétique dans le cadre d'une procédure d'autorisation préalable. La situation conduit à distinguer deux temps dans l'œuvre prétorienne comprenant d'une part un contrôle de l'existence de l'évaluation énergétique (a), et d'autre part un contrôle de la prise en compte de cette évaluation par l'autorité administrative amenée à se prononcer sur l'autorisation (b).

a) Le contrôle de l'existence de l'évaluation énergétique

Eu égard à son fondement constitutionnel, le juge administratif pourrait censurer toute illégalité substantielle aux obligations d'évaluation et d'intégration énergétique³³⁰¹. Il lui reviendrait de savoir si l'omission de la formalité a eu une incidence sur la décision à prendre et sur les garanties dont bénéficient les destinataires de cette décision. A défaut de présenter ce caractère substantiel, elle sera considérée comme accessoire et exonérée de la censure³³⁰².

Ce premier contrôle vise à s'assurer de la réalisation effective d'un bilan énergétique tel que prescrit par le législateur et à tirer des conséquences en cas de manquement à ces prescriptions. Bien que fondé sur une multitude de bases légales, celles-ci ne précisent généralement pas le régime juridique applicable dans ce domaine. Ce silence n'a cependant pas pour effet de dessaisir le juge qui pourrait s'inspirer de la jurisprudence applicable à l'évaluation environnementale.

En ce sens, le défaut de production d'un bilan énergétique pourrait être censuré lorsqu'il est rendu obligatoire, au même titre que pour l'étude d'impact³³⁰³. Pour faciliter ce contrôle, une disposition comparable à l'article L.122-2 du code de l'environnement pourrait intégrer le code de l'énergie, afin de faire systématiquement droit à une demande de référé suspension en cas d'autorisation dépourvue d'évaluation³³⁰⁴. Cette absence peut être formelle mais également matérielle, dans la mesure où aucun des éléments d'information requis ne figurerait dans l'étude, ou lorsque le manquement présenterait une importance telle que l'évaluation pourrait être considérée comme inexistante³³⁰⁵. Le juge reconnaît que la quantité d'information requise varie selon les projets et que son insuffisance peut justifier l'annulation de la décision publique³³⁰⁶. En ce sens, le Conseil d'État énonce le principe selon lequel « *les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude de dangers ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de*

³³⁰¹ CE, 20 oct. 1982, Duffourg : D. 1983, jurispr. p. 112, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; CAA, Nancy, 13 avril 2000, *Société routière et de dragage de l'Est*, req. n°96NC02450, note M. PRIEUR, *RJE*, 2002, n°2, p. 112 ; CAA Paris, 16 mars 2000, *Association de défense et de sauvegarde de l'environnement de la Pomponnette*, *préc.*

³³⁰² J. MORAND-DEVILLER, *Cours droit administratif, préc.*, p. 711

³³⁰³ CAA, Nancy, 13 avril 2000, n°96 NC 02788, note M. PRIEUR, *RJE*, n°1, 2002, p. 112-113 ; CAA Bordeaux, 20 mars 2007, n° 04BX01119, *Juris-Data* n° 2007-342199, B. PACTEAU, "Cour administrative d'appel de Bordeaux - Décisions de mars à juillet 2007", *JCP A*, 2257, 15/10/2007

³³⁰⁴ CE 5^e et 7^e sous-sect., 14 mars 2001, *Cne de Goutrens*, note M. PRIEUR, *RJE*, 2002, n°1, p. 116 ; CAA Nantes, 10 mai 2000, *Association « Urbanisme ou Environnement ? »*, req. n°99 NT 0091, *RJE*, 2002, n°1, p. 120 ; R. BABADJI, "Le sursis à exécution pour absence d'étude d'impact : évolution et perspectives", *RJE*, n°3, 1992, p. 313 et s.

³³⁰⁵ CE, 29, juill. 1983, *Cne de Roquevaire*, *Rec.*, p. 353

³³⁰⁶ CAA Paris, 16 mars 2000, *Association de défense et de sauvegarde de l'environnement de la Pomponnette*, note M. PRIEUR, *RJE*, n°1, 2002, p. 114

l'autorité administrative »³³⁰⁷. Un contenu incomplet du bilan énergétique pourrait donc fonder l'annulation de la décision publique dès lors que la carence constituerait un vice substantiel³³⁰⁸. La quantité d'information à fournir devrait dans tous les cas être proportionnée aux incidences envisageables³³⁰⁹. De plus, les effets devraient tenir compte de l'ensemble du projet, notamment lorsque celui-ci est échelonné dans le temps ainsi que des impacts cumulés³³¹⁰. Par conséquent, un grave déficit d'information dans un bilan énergétique pourrait conduire à une censure juridictionnelle de l'autorisation administrative³³¹¹.

Le juge administratif reconnaît que l'illégalité résultant d'une évaluation environnementale insuffisante est susceptible d'entraîner la responsabilité de l'État³³¹². Un raisonnement *a pari* conduirait à retenir une même solution à l'égard de l'évaluation énergétique. Cependant, il précise que si toute illégalité est fautive, elle n'ouvre droit à réparation qu'à condition d'apporter la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité, ajoutant que le montant de la réparation doit tenir compte de l'importance de la nature et de la gravité de l'illégalité relevée³³¹³.

Ce contrôle de l'existence de l'évaluation constitue un préalable de l'entreprise prétorienne qui a vocation à se poursuivre en abordant la prise en compte de son contenu dans la décision administrative.

b) Le contrôle de la prise en compte de l'évaluation énergétique

L'évaluation énergétique interpelle dans le sens où elle est essentiellement présentée comme un moyen d'information du porteur de projet, contrairement à l'évaluation environnementale qui constitue un instrument d'aide à la décision publique. Pour mémoire, l'étude d'impact environnemental fut introduite en droit français comme un instrument de prévision, d'information et de prévention des incidences environnementales susceptibles d'être générées par certains projets

³³⁰⁷ CE, 25 juin 2012, n° 346395, Collectif antinucléaire 13 et autres

³³⁰⁸ CE, 2^e et 6^e sous-sect., 26 déc. 1999, *Association de défense de la perspective de l'Avenue de la Paix*, req. n°200336, note M. PRIEUR, *RJE*, 2002, n°1, p. 117 ; CE 10^e et 7^e sous-sect., 30 déc. 1998, *Cne de Cabries*, req. n°191425, *Ibidem*, p. 118 ; C. HUGLO, "Études d'impact écologique. Contenu et responsabilité", *JCP E*, fasc. 190-2, n°s 34 et 35

³³⁰⁹ TA Caen, 12 déc. 2000, *La Grape de Basse Normandie*, req. n°001315, note M. PRIEUR, *RJE*, 2002, n°1, p. 120 ; CAA Bordeaux, 27 juin 2002, *Cne de Manses*, req. n°99BX02617, note M. PRIEUR, *RJE*, 2003, n°1, p. 132 ; TA Nice, 4 juin 2002, *SARL NardelliTP*, req. n°01-1191, *Ibidem* ; CAA Douai, 23 mai 2002, *Sté Royer*, req. n°99DA10488, *Ibidem*

³³¹⁰ CE 2^e et 2^e sous-sect., 23 fév. 2001, *Cne de Villecresnes*, eq. n°208965, TA Bordeaux, 25 mai 2001, *Association Aquitaine-alternatives*, note M. PRIEUR, *RJE*, 2002, n°1, p. 115 ; CE, 10^e et 9^e sous-sect., 30 mai 2001, *M. et Mme Kolb*, req. n°223344, *Ibidem*, p. 117 ; sur les effets cumulés : TA Clermont Ferrand, 7 mai 2002, *Association pour la protection et l'étude de la nature en Allier*, req. n°002130, note M. PRIEUR, *RJE*, 2003, n°1, p. 131

³³¹¹ J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et J.P. LEBRETON, "Développement durable, urbanisme et droit", *RFDA*, 2006, p.750

³³¹² CE, 31 mars 1989, *Coutras*, *Juris-Data* n° 1989-641843 et n° 1989-600201 ; *RJE*, n°4, 1989, p. 455 ; CE, 28 juill. 1993, *Juris-Data* n° 1993-045398 ; *RFDA*, mars-avr. 1994 p. 323, note R. HOSTIOU ; R. ROMI, "Etudes d'impact", *JCLA*, fasc. 362, 14/01/2005 ; M. PRIEUR, ""Etudes d'impact" Panorama de jurisprudence" ", *RJE*, n°3, 2005, p. 369 et 373

³³¹³ CE Sect., 8 nov. 2000, *Thévenet*, n°200835 ; CE Sect., 6 nov. 2000, *Grégory*, n°189398 ; F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, L'Harmattan, 2003, p. 368 ; C. BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 236, Paris, 2003 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général, préc.*, p.1380

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

publics ou privés³³¹⁴. Si sa portée juridique posait problème du fait de sa « *vocation informative* », elle s'est progressivement renforcée puisque l'article L.122-1-IV du code de l'environnement prévoit désormais l'obligation pour l'autorité décisionnaire de la « *prendre en considération* »³³¹⁵. Par conséquent, la portée normative du bilan énergétique pourrait suivre cette voie à l'égard de l'administration dans un rapport de « *prise en compte* » ou de « *prise en considération* », de « *compatibilité* », voire de « *conformité* ». Le bilan énergétique constituerait alors autre chose qu'« *une simple justification d'un projet* »³³¹⁶.

L'évaluation énergétique participe donc à une prise en compte des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique et sa portée pourrait être renforcée, ce qui conduirait à accroître les pouvoirs du juge dans ce domaine. Le contrôle juridictionnel de l'intégration énergétique concourt à ce même objet.

2) Le contrôle de l'intégration énergétique

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique est en pleine expansion et le précédent chapitre a démontré qu'elle pourrait bénéficier d'un fondement constitutionnel. Dès lors, le contrôle juridictionnel pourrait au même titre que pour l'évaluation comprendre deux temps, distinguant l'existence (a) et la prise en compte de l'intégration énergétique (b).

a) Le contrôle de l'existence de l'intégration énergétique

Le principe d'intégration énergétique exige de valoriser les impacts énergétiques positifs potentiels des décisions publiques. En vue de faciliter sa mise en œuvre et son contrôle, le précédent chapitre proposait de recourir à une obligation de motivation et d'inscrire ce régime spécifique dans le code de l'énergie. En l'absence d'une telle médiation, le juge pourrait sortir de sa réserve en reconnaissant cette obligation constitutionnelle au même titre que l'obligation de motivation qu'il impose à l'égard de certains organismes professionnels « *en raison de la nature, de la composition et des attributions de cet organisme* »³³¹⁷. Le juge administratif pourrait alors appliquer la jurisprudence développée concernant la motivation des actes administratifs en considérant que l'absence de motivation entraîne la censure de la norme pour vice de forme³³¹⁸.

La motivation devrait être écrite, sérieuse, et motivée par référence, le Conseil d'État précisant qu'elle doit indiquer clairement les considérations de droit et de fait qui fondent la décision. Elle mentionnerait également les éléments du raisonnement permettant de passer des

³³¹⁴ P. COLIN et Y. RAZAFINDRATANDRA, "L'eau. Un nouveau champ d'expansion pour l'étude d'impact", *Dr. env.*, oct.-nov. 1993, p.22

³³¹⁵ L. FONBAUSTIER, "Etudes d'impact écologiques introduction générale", *JCL Env.*, fasc. 2500, 24/06/2006, n°35-36 ; B. LAMORLETTE, "Études d'impact. Nécessité écologique ou nid à contentieux ?", *Droit de l'env.*, n°21, 1993, p.108

³³¹⁶ J. MORAND-DEVILLER, "Le "système expert". Expertise scientifique et gestion de l'environnement", *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p.367

³³¹⁷ CE Ass., 27 nov. 1970, *Agence maritime Marseille-Fret*, *RDP*, 1971, p. 987, concl. M. GENTOT ; CE, 13 nov. 1974, *Guizelin*, *AJDA*, 1975, p. 32 ; CE. Ass., 29 juin 2001, *Goullier et Sté Jetline Inc. Et Association Jetline AAA, Rec.*, p. 291 ; J. WALINE, *Droit administratif, préc.*, p. 395

³³¹⁸ CE Sect., 24 juill. 1981, *Belasri*, *AJDA*, 1981, p. 473 ; CE, 3 nov. 1982, *Mugler*, *AJDA*, 1983, p. 328 ; CE, 9 fév. 2001, *Michel*, *Rec.* p. 51

Un contrôle juridictionnel orienté vers l'équilibre

considérations de droit et de fait à la décision prise, de sorte que le destinataire puisse en connaître et comprendre les motifs à la seule lecture de la décision³³¹⁹. Elle devrait également être précise, l'article 3 de la loi du 11 juillet 1979 disposant qu'elle « *doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision* », le Conseil d'État indiquant que l'intéressé doit en avoir connaissance à la seule lecture de la décision³³²⁰. A défaut, celle-ci serait entachée d'illégalité et susceptible d'engager la responsabilité de son auteur³³²¹.

La responsabilité étatique pourrait également s'appliquer en cas de motivation insuffisante d'une décision publique au regard de l'intégration énergétique, à condition que cette omission présente le caractère d'une irrégularité grave³³²². Elle serait encore envisageable à l'occasion du déféré préfectoral³³²³. Certes le déféré constitue une « *faculté* » que le préfet peut engager dans le délai de deux mois à compter de la date de réception de l'avis en préfecture et le « *refus de déférer est une décision insusceptible de recours* »³³²⁴. Cependant, cette omission peut engager la responsabilité du préfet lorsqu'elle est constitutive d'une faute lourde³³²⁵. Cette exégèse conduit à penser que la responsabilité administrative pourrait être recherchée dès lors que le préfet ne saisirait pas le juge administratif pour des manquements graves aux obligations de motiver les actes administratifs au regard de l'énergie. L'exégèse pourrait sembler prospectrice, néanmoins la consolidation rapide du droit de l'énergie ne peut entièrement exclure cette possibilité dans un futur proche.

Par conséquent, l'absence de médiation législative concernant le principe d'intégration énergétique pourrait ne pas constituer un obstacle dirimant à l'obligation de motiver de la décision publique sur le plan énergétique. Cette interprétation conduit à préciser la marge de manœuvre du juge dans ce domaine.

b) Le contrôle de la prise en compte de l'intégration énergétique

Un contrôle de proportionnalité aurait vocation à s'appliquer à l'intégration énergétique dès lors que cette obligation devrait présenter un caractère systématique. La proportionnalité est intrinsèquement liée à l'idée de justice, Aristote considérant que « *la proportion est un moyen et le*

³³¹⁹ Sur le caractère écrit: CE, 23 déc. 1994, n° 151631, *Hôpital rural Sainte-Maure-de-Touraine* ; TA Lyon, 19 févr. 1992, n° 9101764, *Boukharta*, JurisData n° 1992-043040 ; sur le caractère sérieux: CE, 17 nov. 1982, *Kairenga, préc.*; CE, 13 juin 2005, P., *AJDA*, 2005, p. 1750 ; sur la motivation par référence: CE, 9 févr. 1979, *min. Trav. c/ Verger-Pratoucy, Rec.* 1979, tables, p. 598 ; CE, 14 oct. 1996, n° 146907, *Figuet*, JurisData n° 1996-051351, *Rec.* 1996, tables, p. 683 ; CE, 26 mai 2009, n° 291568, *Macquart*, JurisData n° 2009-075508 ; CE, 27 nov. 2002, n° 221871, *Wanecque* JurisData n° 2002-064688, *Rec.* 2002, p. 410 ; *AJDA*, 2003, p. 405 ; *RFDA*, 2003, p. 195 ; *DA*, 2003, comm. 3, note CASSIA

³³²⁰ CE, 17 nov. 1982, *Kairenga, Rec.*, p. 385

³³²¹ J.-Y. VINCENT, "Motivation de l'acte administratif", *JCLA*, fasc. 107-30, 28/10/2010, n° 115-120

³³²² CE, 30 juill. 1997, n° 160968, *Cne Montreuil-sous-Bois*, JurisData n° 1997-050730 ; *DA*, 1997, comm. 367 ; CAA Nantes, 12 juin 1997, *Fedrigo, L'Actualité Juridique Fonctions publiques*, n° 2, 1998, p. 41 ; J.-Y. VINCENT, "Motivation de l'acte administratif", *préc.*, n° 120

³³²³ J. WALINE, *Droit administratif, préc.*, p. 173

³³²⁴ Cons. Const., 25 fév. 1982, déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, *loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* ; CE, 25 janv. 1991, *Brasseur* ;

³³²⁵ CE, 6 oct. 2000, *Cne de Roquebrune Saint Martin* ; CE, 6 oct. 2003, *Cne de Saint Florent* ; CAA Paris, 2 déc. 2004, *Cne d'Athis-Mons* ; C. BRANQUART, "Contrôle de légalité : un réel renouveau ? Analyse de la réforme menée par les pouvoirs publics depuis 2004", *AJDA*, 2011, p.198

juste une proportion »³³²⁶. Elle constitue un standard commun à tout système juridique sur le modèle de l'État de droit, elle est inhérente au raisonnement juridictionnel et « *innervent tout le droit* »³³²⁷. Ce contrôle aurait pour objet d'examiner l'adéquation entre les impacts énergétiques positifs pouvant être mis en œuvre par le projet et la décision retenue. Il implique l'idée de cohérence entre la décision et les objectifs du droit de l'énergie³³²⁸. Cette situation pourrait donc exiger des précisions sur la forme de la motivation de l'intégration dans le code de l'énergie.

Le contrôle de l'évaluation et de l'intégration repose donc principalement sur des instruments formels mais ne peut se limiter à ces aspects, sous peine d'aboutir à une vision « *étroite et formaliste* » de la prise en compte des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique³³²⁹. En effet, la mise en œuvre de ces principes est à l'origine de normes juridiques aux formes variées devant à leur tour être conciliés à des intérêts parfois contradictoires.

B. Le contrôle de la conciliation des objectifs du droit de l'énergie

L'intégration des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique peut générer des conflits de normes avec des intérêts étrangers à ceux du droit de l'énergie. Or, lorsque ces règles bénéficient d'une même valeur juridique, le juge sera contraint d'opérer une conciliation entre ces intérêts. Cette conséquence conduit à s'intéresser à la méthode de conciliation en distinguant les situations selon que le juge opère un contrôle restreint ou approfondi des règles litigieuses. Ce postulat invite à distinguer le contrôle de la réglementation et des autorisations individuelles à l'égard desquelles il applique un contrôle minimum (1) des déclarations d'utilité publiques pour lesquelles l'analyse s'avère plus approfondie (2).

1) Le contrôle de la réglementation et des autorisations individuelles

Dans un contentieux objectif, le juge se limite essentiellement au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation³³³⁰. Le caractère limité de ce contrôle trouve sa source dans le fait que l'adoption de politiques publiques se fonde sur des questions d'opportunités sur lesquelles le juge n'est pas compétent et qu'en exerçant un contrôle entier sur les choix du législateur, le juge substituerait son appréciation à ce dernier³³³¹. Il se traduit dans l'expression du Conseil

³³²⁶ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Librairie philosophique Jacques Vrin, livre V. Paris, 1990, p. 230

³³²⁷ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001, p. 256 ; D. SIMON, "Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes", *LPA*, n°46, 05/03/2009, p.17 ; F. TERRÉ, "La proportionnalité comme principe ?", *JCP*, n°25, 15/06/2009, p.52-57 ; V. GOESEL-LEBIHAN, "Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Présentation générale", *LPA*, n°46, 05/03/2009, p.62 ; L. SERMET, "Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : Présentation générale", *LPA*, n°46, 05/03/2009, p.26

³³²⁸ R. BOUSTA, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011/4 n° 88, p. 913-930

³³²⁹ M. PRIEUR, ""Etudes d'impact" Panorama de jurisprudence" ", *RJE*, n°3, 2005, p. 366 ; sur la possibilité de se fonder sur des données non mises à jour: CE 2è et 1ère sous-sect., 26 sept. 2001, *Asso. Circulons autrement*, note M. PRIEUR, *RJE*, 2001, n°1, p. 116 ; sur l'absence de nécessité de prendre en compte les impacts à long terme: CE 2è et 1ère sous-sect., 21 mars 2001, *Asso. Contre l'extension et les nuisances de l'aéroport de LyonSatolas*, req. n°211461, *Ibidem*, p. 115

³³³⁰ G. VIDALENC, "Le développement durable : regards sur un droit en construction, et sur ses bâtisseurs", *LPA*, n° 1, 22/04/2008, p.8

³³³¹ R. FRAISSE, "Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité", *préc.*

constitutionnel selon laquelle « *la Constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* »³³³². L'erreur manifeste d'appréciation résulte alors du caractère excessif ou manifestement disproportionné d'une mesure et conduit à préciser ses conditions de mise en œuvre³³³³. La pratique démontre l'efficacité de l'instrument pour assurer le respect des intérêts énergétiques au motif que le juge fonde sa décision sur une analyse *in concreto* (b).

a) Un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation

Le contrôle de la réglementation et des autorisation individuelles en matière énergétique s'avère souvent restreint pour l'erreur de fait à l'erreur manifeste d'appréciation définie comme « *une erreur évidente, invoquée par les parties et reconnue par le juge, et qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé* »³³³⁴.

La recevabilité de ce moyen implique qu'il soit dirigé contre un acte administratif faisant grief. En ce sens, le Conseil d'état rejette le recours formé contre une prétendue décision ministérielle de généraliser la mise en place des compteurs électriques communicants, aux motifs que « *si le ministre chargé de l'énergie a indiqué, dans un discours du 28 septembre 2011, la volonté du Gouvernement de retenir les dispositifs de comptage de type « Linky » pour opérer le déploiement prévu par le décret du 31 août 2010, les fonctionnalités et spécifications de ces dispositifs de comptage n'ont été fixées (...) que par un arrêté du 4 janvier 2012 ; que le discours du 28 septembre 2011 n'a ainsi révélé aucune décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; que les conclusions de l'association requérante tendant à l'annulation de cette décision sont, par suite, irrecevables* »³³³⁵.

Le juge ne se limite pas à la dénomination de l'acte pour opérer un contrôle. Un jugement du tribunal administratif d'Amiens illustre le propos concernant des schémas paysagers départementaux éoliens, préfigurant les zones de développement de l'éolien³³³⁶. Bien que ces instruments constituaient un cadre de référence pour les élus, les opérateurs, et les associations de protection de l'environnement, ses dispositions mentionnaient expressément leur absence de valeur prescriptive. Le tribunal ne s'est cependant pas limité à la lettre du texte et a opéré une distinction entre les dispositions ne faisant pas grief et celles présentant un caractère impératif, susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir, transposant ainsi la jurisprudence *Duvignières* du

³³³² Cons. const., 15 janvier 1975, *loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, préc.*, cons. 1 ; Cons. Const., 27 février 2007, *loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, préc.*, cons. 5 ; A. BOCKEL, "Le pouvoir discrétionnaire du législateur", *Mélanges Léo Hamon*, Economica, 1982, p.43 et s.; G. KOUBI (DIR.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques* PUF, 1996 ;

³³³³ J. MORAND-DEVILLER, *Cours droit administratif, préc.*, p.292 ; V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", *préc.* ; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs, préc.*, n° 28, § 475 ; sur l'application du contrôle restreint dans le cadre du principe constitutionnel de conciliation: N. HUTEN et M.A. COHENDET, "La Charte cinq ans après: chronique d'un réveil en fanfare", in *RJE*, vol. n°1, 2010, p.37-60 ; G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Seuil, 7è. éd., 2005, p.427 ; C. CANS, "Le principe de conciliation : vers un contrôle de la "durabilité" ?", in *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo*, 2009, p.547-572

³³³⁴ Braibant, concl. sur CE 13 novembre 1970, Lambert

³³³⁵ CE, 20 mars 2013, n° 354321, Association « Robin des toits » et autres

³³³⁶ TA Amiens, 1^{er} juin 2010, Association France énergie éolienne, n°0802458 ; S. GANDET, D. DEHARBE et P. DEMAYE-SIMONI, "Energies renouvelables (1/2)", *Droit de l'env.*, n°187, fév. 2011, p.64-72

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

Conseil d'Etat à la problématique énergétique³³³⁷. L'illégalité du refus administratif fut retenue sur ce fondement.

Il convient ensuite de préciser que plus la marge d'appréciation laissée aux pouvoirs publics est grande et plus le juge s'en tiendra à un contrôle restreint³³³⁸. Inversement, plus les éléments des débats seront précis et plus le Conseil les prendra en considération³³³⁹. Le Conseil d'Etat estime dans l'arrêt *Ciel et Terre* à propos de la suspension de l'obligation d'achat d'électricité produite à partir d'énergie solaire, que le premier ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation au regard de l'article 2 de la loi Grenelle 1 prévoyant de porter la part des énergies renouvelables à au moins 23 % de sa consommation d'énergie finale d'ici 2020, ni de son article 19 disposant que l'Etat favorisera le développement de l'ensemble des filières d'énergies renouvelables dans des conditions économiquement et écologiquement soutenables³³⁴⁰. L'exégèse repose sur une mise en perspective de ces objectifs au regard de la capacité des installations mises en service ou ayant fait l'objet d'une demande de raccordement au réseau, et sur l'intérêt de concilier ces objectifs avec les contraintes économiques et sociales.

Dans le prolongement, le Conseil d'Etat a reconnu la légalité décret du 23 août 2011 modifiant la nomenclature des installations classées pour soumettre à autorisation les éoliennes terrestres constituant des unités de production composées d'un nombre de machines électrogènes au moins égal à cinq et dont la hauteur des mâts dépasse cinquante mètres³³⁴¹. Les griefs des requérants portaient sur l'inclusion d'un critère complémentaire de puissance absent des dispositions législatives. Le Conseil d'Etat a validé cette adjonction considérant que l'auteur du décret n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans l'évaluation des risques pouvant découler de l'implantation et du fonctionnement de ces installations.

L'efficacité du recours pour excès de pouvoir à l'égard des intérêts énergétiques résulte également de la capacité du juge administratif à faire usage de ses pouvoirs d'injonction issus de l'article L.911-1 et 2 du code de justice administrative. A cet effet, l'annulation des arrêtés concernant les tarifs réglementés de vente du gaz naturel impliquaient l'adoption d'un nouvel arrêté, conduisant le juge à prescrire aux ministres concernés de prendre, dans le délai d'un mois, un nouvel arrêté fixant une évolution des tarifs conforme aux principes énoncés par la Haute Assemblée³³⁴².

Même restreint à l'erreur manifeste d'appréciation, le contrôle des réglementations et autorisations individuelles en matière énergétique présente une certaine efficacité. Celle-ci résulte notamment d'une analyse prétorienne *in concreto*.

³³³⁷ CE, 18 déc. 2002, *Madame Duvignières*, n°233618 ; dans le même sens, CE sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c/ Melle Gaupillat et Dame Ader*, *Rec.*, p. 750, concl. BERTRAND ; *AJDA*, 1971, p. 196 ; *RDP*, 1971, p. 1224, note M. WALINE ; *D.*, 1971, p. 674 note LOSCHAK ; *JCP G*, 1972, II, 17232, note FROMONT

³³³⁸ Y. AGUILA, "Valeur de la Charte de l'environnement", *préc.*

³³³⁹ G. DRAGO, "L'environnement saisi par la Constitution", 2004, www.ffsa.fr

³³⁴⁰ CE, 16 novembre 2011, n°344972, *Sté Ciel et terre e.a.*, *AJDA*, 2011 p. 2262, note R. GRAND ; *Code permanent environnement et nuisances*, bull. n°407, janv. 2012, p.22, note G. GUYARD ; *RJE*, n°1/2012, note C. KROLIK

³³⁴¹ CE, 13 juill. 2012, n° 353565, *Société Volkswind France, SAS Innovent* ; T. GARANCHER et J.-N. CLEMENT, "Rubrique de jurisprudence de droit de l'énergie", *BDEI*, 2012, 42

³³⁴² CE, ord. réf., 28 nov 2011, n° 353554, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, *BDEI* n° 39/2012, n° 1413

b) Un contrôle fondé sur une analyse *in concreto*

L'analyse *in concreto* du contrôle juridictionnel s'observe à l'égard des arrêtés tarifaires du secteur énergétique. Saisi d'une requête tendant à l'annulation d'un arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par des éoliennes, le Conseil d'Etat devait se prononcer sur la légalité d'un niveau de prime dont les requérants invoquaient sa surévaluation³³⁴³. Le juge rejeta l'argumentaire en se fondant sur la durée annuelle de fonctionnement des installations et la diversité des caractéristiques du financement des projets, concluant à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation³³⁴⁴. Cette exégèse approfondie qui se retrouve dans de nombreux recours contre des arrêtés tarifaires met en exergue le contrôle minutieux du juge administratif dans le contrôle de la légalité. _

Cependant, l'un domaines dans lesquels l'analyse *in concreto* est particulièrement mise en évidence concerne les différends confrontant des intérêts énergétiques et environnementaux. Il se manifeste dans les contentieux opposant la construction d'éoliennes et la préservation des paysages³³⁴⁵. Pour déterminer sa solution, le juge procède à une évaluation de la qualité paysagère et du degré de l'atteinte portée par le projet³³⁴⁶. La Cour administrative d'appel de Marseille a ainsi pu considérer que « *la réalisation d'un ensemble de sept aérogénérateurs implantés au sein du massif de Truc de l'Homme situé entre le plateau de l'Aubrac et de la Mageride, dans un paysage dont il ressort des consultations recueillies et des études menées lors de l'étude du projet, qu'il ne présente pas un intérêt patrimonial ou esthétique remarquable ; que par ailleurs, il ressort des simulations graphiques au dossier que la visibilité des éléments du parc éolien de points proches ou éloignés, est réduite compte tenu notamment de l'orientation des pentes et qu'ainsi les conséquences inévitables de la présence des éoliennes dans leur environnement ne sont pas excessivement dommageables* »³³⁴⁷.

La Cour administrative de Lyon complète l'exégèse en relevant que « *ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation le Préfet qui accorde un permis de construire des éoliennes dont la hauteur modifiera l'aspect de certains paysages de très grande qualité mais dont le nombre et la disposition, eu égard à la topographie des lieux, en atténuent la perception* »³³⁴⁸. Dans le même sens, le juge censure le refus d'un permis de construire du préfet fondé sur des perturbations engendrées par la propagation des ondes sur les radars de météo-France situés à une distance de 18,5 kilomètres, au motif que les études étaient dépourvues de fondement scientifique³³⁴⁹.

³³⁴³ CE, 15 mai 2012, n° 324852, Association Vent de Colère ! Fédération Nationale et autres

³³⁴⁴ T. GARANCHER et J.-N. CLEMENT, " Rubrique de jurisprudence de droit de l'énergie", *BDEI*, 2012, 42

³³⁴⁵ CAA Lyon, 3 fév. 2004, *Min. équipement*, n°03LY01697 ; CAA Douai, 16 nov. 2006, *Sté française éolienne c/ SA Innovent*, n°05DA480 et n°05DA140, *Droit de l'env.*, n°187, fév. 2011, p. 69

³³⁴⁶ TA Lille, 25 juin 2009, n°0708057, n°0708068, n°0708072 ; CAA Bordeaux, 22 janv. 2009, *Min. Ecologie et Développement et Aménagement durable c/ Sté éolienne du Puy de la Blanche*, n°07BX01137

³³⁴⁷ CAA Marseille, 21 oct. 2010, n°08MA00500

³³⁴⁸ CAA Lyon, 5 avril 2005, *Association pour la préservation des paysages exceptionnels du Mezenc*, n° 04LY00431, note L. FONBAUSTIER, *RDI*, 2006 p. 112

³³⁴⁹ TA Amiens, 19 déc. 2006, n°0602114 ; confirmé par CAA Douai, 16 oct. 2008, *Ministère des transports c/ Sté Innovent*, n°07DD00318 ; confirmé par CE, 1^{er} déc. 2010, *Ministre de l'écologie c/ Sté Innovent*, n°323498 et 323499 ; dans le même sens, CAA Bordeaux, 2 novembre 2011, *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement*, req. n°10BX02174, *Code permanent environnement et nuisances*, bull. n°407, janv. 2012, p.21-22, note G. GUYARD ; *RJE*, 1/2012, note C. KROLIK

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

Un même constat s'observe concernant des projets d'implantation de panneaux solaires. Dans un jugement du 30 novembre 2010, le tribunal administratif de Strasbourg annulait le permis de construire d'un hangar agricole couvert de panneaux photovoltaïques en retenant que le but réel de l'opération était d'édifier une centrale de production d'électricité d'origine photovoltaïque, en se fondant sur la taille disproportionnée du hangar qui était de 3 192 mètres carrés que la surface moyenne des hangars agricoles dans le département s'élevait à 800 mètres carrés³³⁵⁰. La solution se fonde sur un faisceau d'indices au sein duquel figure l'étude d'impact, les résultats de la consultation publique, les avis émis par les services de l'État et la commission départementale des sites³³⁵¹.

Pour reconnaître la légalité d'un permis de construire à des installations photovoltaïques délivré en zone A d'un PLU, la cour administrative d'appel de Bordeaux a pu considérer que : « *sur la superficie totale de la parcelle, qui est de 5 hectares, la moitié doit être affectée à la culture du géranium pour la production d'huiles essentielles ; que l'autre moitié, recouverte par les panneaux solaires, doit être affectée à l'entreposage du géranium à l'abri des intempéries, d'autant plus nécessaire compte tenu du temps requis pour la récolte, faiblement mécanisée, de cette plante ; (...) que la conjonction de cette culture avec la production d'énergie renouvelable par l'entremise des panneaux solaires doit assurer la rentabilité de l'exploitation agricole ; que dans ces conditions, en accordant tacitement le permis de construire sollicité, le préfet de la Réunion n'a pas commis d'erreur d'appréciation au regard de l'exigence, prévue par le règlement d'urbanisme, que le projet n'altère pas la production agricole* »³³⁵².

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation appliqué aux intérêts énergétiques présente donc une certaine précision résultant notamment d'une analyse *in concreto* du juge. Cette profondeur de champ a vocation à s'appliquer *a fortiori* au contrôle des déclarations d'utilité publique.

2) Le contrôle des déclarations d'utilité publique

Le juge administratif exerce en principe un degré de contrôle maximum en matière de déclaration d'utilité publique en se fondant sur la technique du bilan coût-avantages (a). Bien que plus approfondi concernant l'erreur de fait, son application parfois timorée en matière énergétique a pu conduire à sa qualification de « *pseudo-bilan* »³³⁵³. Cette appréciation conduit une partie de la doctrine juridique à voir dans l'article 6 de la Charte de l'environnement « *un gradient supérieur de la théorie du bilan coût-avantages* »³³⁵⁴.

³³⁵⁰ TA Strasbourg, 30 nov. 2010, *Préfet Haut-Rhin c/ Cne Rustenhart*, n° 1001138, note F. MACAGNO, *DA*, n° 2, fév. 2011, comm. 24 ; dans le même sens : CE 13 juill. 2012, *Association Engoulevent et autres*, req. n° 345970, *AJDA*, 2012 p. 1431 ; CE, 28 févr. 1996, *De la Cropte de Chanterac*, n° 124016, *JurisData* n° 1996-051398 ; CAA Nancy, 7 oct. 2010, *Spiess*, n° 09NC01474

³³⁵¹ TA Lille, 15 janv. 2009, *Sté Innovent, Droit de l'env.*, n°187, fév. 2011, p. 69 ; CAA Douai, 15 déc. 2005, *Sté d'exploitation du parc éolien Mont d'Hezecques*, n° 05DA00438, note J. LEPERS, *Env.*, n° 4, avril 2006, étude 7

³³⁵² CAA Bordeaux, 4 oct. 2012, n° 11Bx01853, *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement c/ SARL SECP Chemin Canal*

³³⁵³ F. ROUVILLOIS, obs. sous CE Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute trans-chablaisienne*
³³⁵⁴ C. CANS, "Le principe de conciliation : vers un contrôle de la "durabilité"?", *préc.*, p.547-572 ; E. NAIM-GESBERT, "Maturité du droit de l'environnement", *préc.* ; F.-G. TRÉBULLE, "Droit du développement durable", *préc.* ; E. NAIM-GESBERT, "Maturité du droit de l'environnement", *RJE*, n° 2, 2010, p.231-240

a) Un contrôle fondé sur la technique du bilan coût-avantages

La technique du bilan coût-avantages trouve son origine dans la jurisprudence du Conseil d'État, qui considère que si une mesure de police administrative peut avoir pour objet de restreindre des droits et des libertés, celle-ci doit être adaptée aux motifs de fait et nécessaire au regard du but poursuivi³³⁵⁵. Elle est explicitement consacrée dans l'arrêt *Ville nouvelle Est*, le juge vérifiant si la gravité des atteintes de l'opération n'est pas excessive par rapport aux avantages que la collectivité peut en retirer³³⁵⁶. Selon une formule devenue classique : « *une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* »³³⁵⁷. Le juge peut alors exercer un « *plein contrôle de proportionnalité* » entre une situation, un moyen et une finalité³³⁵⁸.

Ce contrôle maximum du juge administratif a pu conduire à l'annulation de projets énergétiques. Il est à l'origine de l'annulation d'un projet de barrage pour atteinte excessive à la biodiversité³³⁵⁹. Le juge administratif a également annulé un projet de ligne électrique à haute tension un site classé exceptionnel dans les Gorges du Verdon au motif que « *les atteintes graves portées par le projet à ces zones d'intérêt exceptionnel excèdent l'intérêt de l'opération et sont de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique* »³³⁶⁰.

Cependant, les projets de grande envergure font rarement l'objet d'une annulation de la DUP³³⁶¹. La prudence du contrôle se manifeste particulièrement dans un domaine technique comme l'énergie. Christian Huglo rappelle ainsi l'absence délibérée de volonté des arrêts du Conseil d'État de procéder à un contrôle de fond des décisions administratives touchant à l'énergie nucléaire³³⁶². A ce titre, le Conseil d'État se limite généralement à une application stéréotypée du bilan coût-avantages sans appréciation de l'acceptabilité du risque³³⁶³. A l'inverse, l'autorité suprême s'est parfois lancée dans un argumentaire d'opportunité en considérant que « *le déséquilibre entre les besoins en énergie et les ressources disponibles rendait nécessaire le développement de la*

³³⁵⁵ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec. CE*, 1933, p. 541 ; *GAJA*, n° 47 ; CE, ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, req. n°00590 02551, *Lebon*, p. 362 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 2001, t. 1, n° 1268

³³⁵⁶ CE Ass., 28 mai 1971, *Min. de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »*, *Lebon*, p.409, concl. G. BRAIBANT, *GAJA*, 14è. éd., 2003, n°97 ; CE, 10 oct. 1972, *Sté Ste-Marie de l'Assomption*, *AJDA*, 1972, p.390 ; J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 22è. éd., 2008, n°641

³³⁵⁷ CE Ass., 28 mai 1971, *Min. de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »*, *préc.*

³³⁵⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 1088 B ; G. BRAIBANT, "Le principe de proportionnalité", *Mélanges M. Waline*, Tome II, Paris, LGDJ 1974, p. 208

³³⁵⁹ CE, 22 octobre 2003, *Association SOS-rivières et environnement*, *JCP A*, 2003, p. 1639, note Ph. Billet.

³³⁶⁰ CE, 10 juillet 2006, *Association pour la protection du lac de Sainte-Croix*, n°288108, 289396, 289777, 288968 *Dr. env.*, 2007, p. 15, note VEROT, *JCP A*, 2006, p. 1421, note BILLET, *RFDA*, 2006, p. 990, note DELHOSTE ; *Env.*, 2007, étude 2, concl. VEROT, *RDI*, 2006, p.367 ; obs. L. FONBAUSTIER

³³⁶¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 2, Paris, Montchrestien, 15^e édition, 2001, n° 911, 3^o

³³⁶² C. HUGLO, "Fukushima : le droit nucléaire et le droit du développement durable en question", *Env.*, n° .5, repère 5, mai 2011

³³⁶³ CE, 29 fév. 1975, *Herr, Retting et Boss*, *RDP*, 1975, p.1424n note SOTO, *CJEG*, 1975, p. 80, concl. R. DENOIX DE SAINT-MARC, note CARON ; E. NAIM-GESBERT, "L'irrésistible ordre écologique - Risque et Etat de Droit", *préc.*

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

production d'énergie électrique d'origine nucléaire »³³⁶⁴. Lorsque une association antinucléaire plaidait la surproduction électrique, le Conseil adaptait sa perception de l'utilité publique en considérant que « *les conditions d'équilibre entre les besoins en énergie et les ressources disponibles doivent s'apprécier non seulement au regard de la consommation intérieure d'électricité mais aussi en tenant compte des possibilités d'exportation* »³³⁶⁵.

Ce contentieux est parfois appréhendé comme proche de la raison d'État³³⁶⁶, Eric Naim-Gesbert considérant que « *le contrôle de proportionnalité conduit le juge administratif à considérer que l'expropriation est, dans les circonstances de l'espèce, justifiée par l'intérêt public, qu'elle est nécessaire en ce qu'elle est un élément primordial d'une politique publique servant l'intérêt général, abaissant d'autant le seuil d'acceptabilité des inconvénients (atteinte à la propriété privée, coût financier, humain, environnemental, social)* »³³⁶⁷.

Or, de par leur impact énergétique les projets de grande envergure (autoroute, TGV, etc...) pourraient contrevenir à des objectifs du droit de l'énergie tels que « *assurer la sécurité d'approvisionnement* », « *préserver la santé humaine et l'environnement, en particulier en luttant contre l'aggravation de l'effet de serre* »³³⁶⁸ ou encore « *maîtriser la demande d'énergie et favoriser l'efficacité ainsi que la sobriété énergétiques* »³³⁶⁹.

Dans un commentaire consacré aux centrales nucléaires de « *Gravelines, Cattenom, Tchernobyl et les autres* », Jean-Philippe Colson relevait qu'« *après la catastrophe nucléaire de Tchernobyl, [le Conseil d'État] avait souligné l'insuffisance du contrôle de légalité interne et l'inadaptation de la théorie du bilan au sujet* »³³⁷⁰. Une possible pédagogie de la catastrophe amena dix ans plus tard le doyen Vedel à remarquer que l'intensité du contrôle tendait à se renforcer, perdant progressivement son caractère de technique de secours, pour un contrôle modulé entre le caractère strictement nécessaire et l'opportunité³³⁷¹. Le contrôle s'est également enrichi d'une pesée « *hors bilan* » d'intérêts concernant le respect de l'article L. 146-6 du code de l'urbanisme sur l'inconstructibilité dans les espaces remarquables³³⁷², l'article L. 1111-1 du code des transports sur la nécessité de satisfaire les besoins des voyageurs au coût socio-économique collectif le plus avantageux³³⁷³, ou plus récemment avec le principe de précaution³³⁷⁴.

³³⁶⁴ CE, 16 oct. 1991, n°64708 ; également CE, 7 juin 1985, n°40188 ; CE, sect., 4 mai 1979, *département de la Savoie e. a.*, note J.P. COLSON, *RJE*, n°3, 1979, p. 188 ; J.P. COLSON, "Chronique de la jurisprudence nucléaire", *RJE*, n°1, 1981, p.36 ; C. LEPAGE et C. HUGLO, "Chronique: droit nucléaire", *RJE*, n°3, 1982, p.275 ; J. MORAND DEVILLER, "Les centrales de La Hague et de Cruas-Meysses devant le Conseil d'État", *RJE*, n°3, 1983, p.226 ; J.P. COLSON, "Gravelines, Cattenom, Tchernobyl et les autres ...", *RJE*, n°2 et 3, 1986, p.179-187

³³⁶⁵ CE, 26 fév. 1996, n°142893

³³⁶⁶ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, préc.*, n° 904

³³⁶⁷ E. NAIM-GESBERT, "Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement", *préc.*

³³⁶⁸ C. éner., art. L.100-1

³³⁶⁹ C. éner., art. L.100-2

³³⁷⁰ J.-P. COLSON, "Gravelines, Cattenom, Tchernobyl et les autres ...", *préc.*

³³⁷¹ G. VEDEL, "Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif", *Cah. cons. const.*, n°1, p. 80 et n°2, p. 114, 1996 ; dans le même sens : J. MORAND-DEVILLER, "Les déchets radioactifs en Limousin : le pot de terre contre le pot de fer", *LPA*, n°119, 15/06/2004, p.5

³³⁷² CE 20 mai 2011, Communauté d'agglomération du lac du Bourget, req. n° 325552, Lebon 248 ; *AJDA*, 2011, p. 1891, note G. EVEILLARD

³³⁷³ CE 10 juin 1992, Association indépendante pour un réseau de circulation libre [CIRCULE], req. n° 128246, Lebon T. 717 et a. ; *D.* 1993, p. 372, obs. P. BON

Un contrôle juridictionnel orienté vers l'équilibre

Cependant, malgré ces évolutions, la technique du bilan-coût avantages conserve des limites, le Conseil d'État considérant par exemple qu'il ne lui revient pas d'apprécier l'opportunité du tracé d'une ligne électrique de très haute tension, tandis que le Conseil constitutionnel refuse de vérifier les mesures alternatives moins sévères³³⁷⁵. Pour Chantal Cans, la technique du bilan coût-avantages conduirait à une « *hiérarchisation des valeurs* » en privilégiant des considérations telles que l'habitat, l'emploi, les grands aménagements du territoire et la circulation automobile³³⁷⁶.

Ces critiques ont conduit à voir un complément à cette technique dans le principe de conciliation tiré de l'article 6 de la Charte de l'environnement, appréhendé comme une « *clé de la survie* »³³⁷⁷. Pour Patrick Janin, celui-ci ne constituerait pas un principe de droit autonome et serait plus largement absorbé par la technique du bilan coût-avantages³³⁷⁸. Selon Yann Aguila, la reconnaissance par le juge constitutionnel de ce principe « *pourrait à terme conduire le juge à repousser les limites de l'arbitrage actuel* »³³⁷⁹. Ces propos amènent à s'interroger sur un éventuel renouvellement de la théorie du bilan au service des objectifs du droit de l'énergie.

b) Un contrôle renouvelé par le principe de conciliation ?

Selon Odile de David Beauregard-Berthier, l'obligation constitutionnelle de concilier la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social « *pourrait renouveler ce contrôle, en incitant le juge à accorder plus de poids aux atteintes portées à l'environnement* »³³⁸⁰. Pour Yann Aguila, il pourrait conduire à une « *relecture des modalités actuelles de ce contrôle* »³³⁸¹. Il conduirait à un approfondissement du contrôle, pouvant éventuellement se traduire par une analyse des variantes des projets au regard de leur impact énergétique. Il s'inscrirait alors dans la conception traditionnelle des juridictions allemandes marquée par la recherche des mesures les plus douces³³⁸².

³³⁷⁴ CE, 12 avril 2013, *Association Coordination interrégionale stop THT et autres*, n° 342409 ; X. DOMINO et A. BRETONNEAU, "Principe de précaution et théorie du bilan : mille plateaux", *AJDA*, 2013, p. 1046

³³⁷⁵ Conseil d'Etat, 12 nov. 2007, *Commune de Foschviller*, req. n° 296880 ; *AJDA*, 2007, IR. 2175 ; note L. FONBAUSTIER, *RDI*, 2008, p. 193 ; Cons. const., 27 novembre 2001, *loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, déc. n°2001-451 DC, cons. 21.

³³⁷⁶ C. CANS, "Le principe de conciliation: vers un contrôle de la "durabilité"?" in *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo*, 2009, p.562 ; A. HOLLEAUX, "La jurisprudence du bilan", *Presse-environnement*, n°425, 29/05/1981, p.3

³³⁷⁷ C. CANS, "Le principe de conciliation : vers un contrôle de la "durabilité"?", *préc.*, p.547-572 ; E. NAIM-GESBERT, "Maturité du droit de l'environnement", *préc.* ; F.-G. TRÉBULLE, "droit du développement durable", *préc.* ; E. NAIM-GESBERT, "Maturité du droit de l'environnement", *RJE*, n°2, 2010, p.231-240

³³⁷⁸ P. JANIN, "La jurisprudence du bilan est-elle toujours utile ?", *Droit de l'env.*, n°195, nov. 2011, p. 318-324 ; exégèse tirée des arrêts CE, 17 mars 2010, n°314114, *Alsace Nature e.a.* ; CE, 16 avril 2010, n°320667, *Association Alcaly e.a*

³³⁷⁹ CE, 30 juill. 2003, *Association de défense des intérêts des habitants de Toulouges*, n°240850, note. M. PRIEUR, *RJE*, n°3, p. 364 ; Y. AGUILA, "La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement", *préc.* ; l'absence de comparaison du projet litigieux avec des projets alternatifs se fonde sur la décision: CE, 22 fév. 1974, *Adam, Rec. Lebon*, p. 145

³³⁸⁰ O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, "L'article 6 de la Charte de l'environnement devant le juge administratif", *Droit de l'env.*, n°188, mars 2011, p.83-87

³³⁸¹ Y. AGUILA, "La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement", *préc.*

³³⁸² CE, 16 avril 2010, n°320667, *Association Alcaly e.a.*; reprise de l'arrêt de principe: CE, 22 fév. 1974, *Adam, Rec. Lebon*, p. 145 ; V. GOESEL-LEBIHAN, "Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Présentation générale", *préc.*

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

Cependant, bien que le juge reconnaisse la recevabilité du principe, il l'a jusqu'à présent écarté au fond³³⁸³. Pour Odile de David Beauregard-Berthier : « *le juge administratif dispose désormais d'un atout supplémentaire au service de la protection de l'environnement, pour peu qu'il accepte de s'en saisir pleinement* »³³⁸⁴. Il reviendrait alors aux requérants d'apporter précisément les preuves manifestes d'une atteinte disproportionnée aux objectifs du droit de l'énergie.

La doctrine semble s'accorder sur le nécessaire équilibre à apporter aux intérêts économiques, sociaux et environnementaux conférés par le principe de conciliation, notamment dans le secteur énergétique³³⁸⁵. Selon Chantal Cans : « *le principe de conciliation constitue la traduction juridique de l'objectif de développement durable* »³³⁸⁶. Le Conseil d'Etat se réfère quant à lui à « *l'exigence de promotion d'un développement durable découlant de la Charte de l'environnement et notamment de son article 6* »³³⁸⁷.

Or, le développement durable fait historiquement référence au concept de besoins et plus particulièrement les besoins essentiels des plus démunis à qui la plus grande priorité doit être accordée. Il se réfère également à l'idée des limitations que l'état des techniques et de l'organisation sociale impose sur la capacité de l'environnement à répondre aux besoins actuels et à venir³³⁸⁸. Dès lors, si la conciliation des trois piliers est affirmée, la référence au développement durable conduit à préciser qu' « *il ne faut pas céder à la tyrannie du court terme mais prendre en compte [les politiques publiques dans une vision de] long terme* »³³⁸⁹. Le principe de conciliation pourrait donc conduire à appréhender la décision publique dans la durée, en vue d'un « *futur maîtrisé* »³³⁹⁰. Dès lors, une évaluation des impacts énergétiques à court terme du projet ne suffirait plus, ceux-ci

³³⁸³ Cons. Const., déc. n°2005-514 du 28 avril 2005, *JO* n° 103 du 4 mai 2005 p.7702 ; Cons. Const., déc. n°2005-516-DC du 7 juillet 2005, *loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique* ; E. BESSON, A. CAPITANI et X. MAGNON, "Jurisprudence du Conseil constitutionnel (1er avril-30 juin 2005)", *RFDC*, 2005, p.751 ; Cons. const., déc. n° 2013-666 DC du 11 avril 2013 loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre, *RJE*, 2013, n° 3, note KROLIK ; CE, 16 novembre 2011, n°344972, *Sté Ciel et terre e.a.*, *AJDA*, 2011 p. 2262, note R. GRAND ; *Code permanent environnement et nuisances*, bull. n°407, janv. 2012, p.22, note G. GUYARD ; F.-G. TRÉBULLE, "Droit de l'environnement : mai 2009 - juillet 2010", *D.*, 2010, p.2468 ; *RJE*, n°1/2012, note C. KROLIK ; CE, 17 mars 2010, n°314114, *Alsace Nature e.a.* ; CE, 16 avril 2010, n°320667, *Association Alcaÿ e.a.* ; CE, 14 avril 2008, *Féd. nationale des plages restaurants*, req. n°298810, *AJDA*, 2008, p.240, note J.M. PASTOR ; *Ann. Voirie*, 2008, n°126, p.14, note R.REZENTHEL ; CE, 10 oct. 2007, *AOMSL*, n°309286

³³⁸³ CE, 16 novembre 2011, n°344972, *Sté Ciel et terre e.a.*, *AJDA*, 2011 p. 2262, note R. GRAND ; *Code permanent environnement et nuisances*, bull. n°407, janv. 2012, p.22, note G. GUYARD ; *RJE*, n°1/2012, note C. KROLIK ; F.-G. TRÉBULLE, "Droit de l'environnement : mai 2009 - juillet 2010", *D.*, 2010, p.2468

³³⁸⁴ O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, "L'article 6 de la Charte de l'environnement devant le juge administratif", *préc.*

³³⁸⁵ M. PRIEUR, "Vers un droit de l'environnement renouvelé", *préc.* ; G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Seuil, 7è. éd., 2005, p.427 ; C. HUGLO, "FUKUSHIMA : le droit nucléaire et le droit du développement durable en question", *Env.*, *préc.*

³³⁸⁶ C. CANS, "Le principe de conciliation : vers un contrôle de la "durabilité" ?" in *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo*, 2009, p.556

³³⁸⁷ CE, 12 avril 2012, n° 337528, *Syndicat national des producteurs d'énergie photovoltaïque et autres*

³³⁸⁸ *Ibidem*, p.568 ; R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, *préc.*, p.60 et s. ; J.M. LAVIEILLE, *droit international de l'environnement*, *préc.*, p. 153-156

³³⁸⁹ J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et J.-P. LEBRETON, "Développement durable, urbanisme et droit", *préc.* ; F. X. FORT, "L'insertion de la Charte constitutionnelle de l'environnement au sein du droit public français", *Env.*, n°1 et 2, janv. 2009 ; N. CHAHID-NOURAI, "La portée de la Charte pour le juge ordinaire", *AJDA*, 2005, p.175

³³⁹⁰ F. X. FORT, "L'insertion de la Charte constitutionnelle de l'environnement au sein du droit public français", *Env.*, n°1 et 2, janv. 2009 ; J. MAKOWIAK, "A quel temps se conjugue le droit de l'environnement ?", in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.264

Un cadre juridique propice à une consolidation du droit de l'énergie

devant être appréhendés sur l'ensemble du cycle de vie³³⁹¹.

Une autre innovation du principe pourrait également venir d'un dépassement des frontières nationales. Cette origine se retrouve dans le septième de la Charte de l'environnement disposant qu'« *afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins* »³³⁹². L'usage de l'énergie au niveau national pourrait donc être replacé au niveau mondial par une prise en compte des capacités écologiques de la planète et la nécessité d'une distribution équitable de l'énergie³³⁹³.

L'apparition du principe de conciliation et les perspectives qu'il laisse entrevoir met en lumière un contrôle du juge qui s'est perfectionné au fil du temps. Celui-ci semble en mesure d'appréhender les évolutions résultant de l'intégration des considérations énergétiques dans les politiques publiques. Il démontre également que si le juge est en mesure d'appréhender ces critères dans la plupart des contentieux, les intérêts énergétiques ne semblent manifestement pas bénéficier d'une priorité spécifique par rapports aux autres intérêts. Cette caractéristique amène à la conclusion d'un contrôle juridictionnel tendant vers un équilibre entre les intérêts généraux à concilier. En revanche, cette méthode peut être distinguée d'un processus complémentaire applicable à l'activité normative soumise à un ensemble de règles favorables aux intérêts énergétiques et concourant à la consolidation de son droit.

2/ *Un cadre juridique propice à une consolidation du droit de l'énergie*

Des instruments juridiques complètent les moyens de la conciliation pour fixer un cap aux autorités normatives et légitimer le contrôle prétorien dans le sens des intérêts du droit de l'énergie. Leur action résultent de deux formes complémentaires. Un processus de non-régression du droit de l'énergie tend à se développer sur une diversité de fondements juridiques (I). Des objectifs de valeur constitutionnelle le complètent pour favoriser des interventions législatives et prétoriennes en faveur d'un renforcement du droit de l'énergie (II).

I. L'émergence d'un processus de non-régression du droit de l'énergie

L'éthique assimile les droits fondamentaux à un acquis³³⁹⁴. Partant de ce constat, l'autorité normative serait encouragée à progresser dans ce sens, tandis que les régressions seraient récusées parce que difficilement conciliables avec l'effectivité des droits. Le terme de régression vient du latin *regressio* signifiant rétrograder, reculer, réduire à un stade antérieur. La non-régression vise à prévenir une moindre protection conférée par un acte juridique par rapport à une situation précédente, tant dans des aspects substantiels que procéduraux. En ce sens, des dispositions en faveur d'une non-régression émergent dans le droit positif pour assurer la protection des intérêts

³³⁹¹ P. JAN, "Le temps et le Droit", *LPA*, n°.192, 26/09/2000, p.8

³³⁹² M.J. DEL REY, "« Développement durable » : l'incontournable hérésie", *AJDA*, 2010, p.1493

³³⁹³ M. PRIEUR, "Droit de l'homme à l'environnement et développement durable", actes du colloque de Ouagadougou : développement durable leçons et perspectives, du 1er au 4 juin 2004, www.francophonie-durable.org

³³⁹⁴ F. DERMANGE et L. FLACHON, *Ethique et droit*, Labor et fides, 2002

publics énergétiques (A) et se caractérisent par une intangibilité relative (B)³³⁹⁵.

A. Un instrument de protection des intérêts publics énergétiques

La non-régression du droit de l'énergie trouve sa source dans une diversité de fondement juridiques (1) bien que présentant une portée juridique uniforme (2).

1) Un principe fondé sur une diversité de fondements juridiques

Deux catégories d'instruments de la non-régression se manifestent en droit français. La première repose sur des dispositions spécifiques en droit de l'énergie (a) tandis que la seconde résulte d'une application générale émergente en droit de l'environnement (b).

a) Des dispositions spécifiques en droit de l'énergie

Un cas de non-régression économique figure dans l'article 29 du traité sur la Charte de l'énergie rendant applicable certaines dispositions du GATT concernant le commerce des matières et des produits énergétiques. Parmi celles-ci, l'article 12 interdit les restrictions destinées à protéger l'équilibre de la balance des paiements. Il consacre une non-régression puisque les États ne pourront plus opposer à l'avenir de mesures commerciales restrictives aux investisseurs dans le commerce de l'énergie. En complément, l'article 2b induit une obligation de progression, en prévoyant que les parties qui appliquent des restrictions conformément aux exceptions prévues à l'article 2a, les atténueront progressivement au fur et à mesure que la situation s'améliorera et ne les maintiendront que dans la mesure où cette situation le justifie. L'application de ces dispositions fixe un cap pour les autorités normatives qui ne peuvent plus revenir en arrière dans les mesures commerciales restrictives appliquées aux États tiers en matière énergétique.

La non-régression se retrouve également en droit social de l'énergie et plus particulièrement dans « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* »³³⁹⁶. Cet objectif constitutionnel est fondé sur le principe constitutionnel de « *la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme de dégradation* » et les objectifs constitutionnels selon lesquels « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » et « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection, la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ». Le Conseil constitutionnel précise que : « *le législateur peut à cette fin modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre* ». Il ajoute « *qu'il incombe tant au législateur qu'au gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en œuvre de cet objectif à valeur constitutionnelle* ».

Or, la reconnaissance législative et la mise en œuvre réglementaire du droit à l'énergie concourent à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent et sa suppression

³³⁹⁵ C. KROLIK, "Contribution à une méthodologie du principe de non-régression", in M. PRIEUR (DIR.), *Le principe de non-régression en droit de l'environnement*, préc.

³³⁹⁶ Cons. const., 19 janv. 1995, n° 94-359 DC, préc.

Un cadre juridique propice à une consolidation du droit de l'énergie

pourrait priver ledit objectif de garanties légales³³⁹⁷. Cette exégèse se rapproche de celle établie par Bertrand Mathieu à l'égard du droit au respect de la dignité de la personne humaine impliquant l'adoption « *d'autres droits de portée et de valeur différentes [...] dont la protection est nécessaire pour assurer le respect du principe lui-même* »³³⁹⁸.

La régression s'entend d'un point de vue tant formel que substantiel, et si une norme venait à rendre ce droit ineffectif en autorisant des coupures d'énergie sans condition ou en prévoyant des délais trop brefs pour permettre aux usagers de réagir juridiquement face à un avis de coupure, elle pourrait encourir la censure juridictionnelle sur les fondements susvisés.

Enfin, la forme transnationale du droit de l'énergie semble constituer un moyen d'empêcher sa propre régression. En effet, nombre des dispositions nationales trouvent leur source dans les systèmes juridiques international et européen, fixant également des objectifs de progression en termes de production d'énergie renouvelable, d'efficacité énergétique, de réduction des gaz à effets de serre, de service universel et de renforcement du marché intérieur de l'énergie. Dès lors, si le pouvoir normatif national semble en mesure de modifier leurs modalités d'application, leur suppression pourrait conduire à une procédure de manquement en droit de l'Union voire à la mise en cause de sa responsabilité en droit international.

Une généralisation de la non-régression s'observe ensuite sous une forme émergente en droit de l'environnement.

b) Une application générale et émergente en droit de l'environnement

La détérioration du capital naturel est susceptible de porter atteinte aux droits humains fondamentaux dont la réalisation est inextricablement liée à la préservation des services écologiques. Afin de perdurer, les activités humaines devraient donc s'accomplir dans le respect de la capacité de régénération des écosystèmes³³⁹⁹. Or, la mesure de ces équilibres demeure délicate et la science s'avère incapable de modéliser précisément cette capacité de résilience³⁴⁰⁰. Dans cette optique, un principe de non-régression de l'environnement émerge dans de multiples systèmes juridiques pour concourir à une « *préservation de la création* » et perpétuer les droits humains fondamentaux³⁴⁰¹. La non-régression ne signifie pas que les normes sont éternelles mais qu'elles impliquent la garantie d'un niveau de protection environnementale équivalent³⁴⁰².

³³⁹⁷ B. JORION, "La possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle", *AJDA*, 1995, p.455

³³⁹⁸ B. MATHIEU, "Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme", *D*, 1995, p.211 ; M.L. PAVIAT, "La découverte de la dignité de la personne humaine", in M.L. PAVIAT et T. REVET (DIR.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p.22 ; F. FERNANDEZ SEGADO, "La dignité de la personne humaine en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits", *RFDC*, 2006/3 n° 67, p.451-482

³³⁹⁹ ROCKSTRÖM et al., "Supplementary Information", *Ecology and Society*, 16th September 2009

³⁴⁰⁰ M. WACKERNAGEL, N.B. SCHULZ, D. DEUMLING, A.C. LINARES, M. JENKINS, V. KAPOV, C. MONFREDA, J. LOH, N. MYERS, R. NORGAARD, AND J. RANDERS, "Tracking the ecological overshoot of the human economy", *préc.* ; C. MONFREDA, M. WACKERNAGEL, D. DEUMLING, "Establishing national natural capital accounts based on detailed ecological footprint and biological capacity accounts", *Land Use Policy*, Vol. 21, Issue 3, July 2004, p.231-246

³⁴⁰¹ M. PRIEUR (DIR.), *Le principe de non-régression en droit de l'environnement*, Larcier, 2012

³⁴⁰² J. HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée Kantienne*, Cerf, Paris, 1996, p. 87

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

Ce principe être relié à l'idée de limites aux surconsommations et appréhendé comme un moyen de réaliser le concept plus général de détermination des limites des activités humaines³⁴⁰³. Il s'inscrit dans le respect des générations passées, afin que les peuples présents offrent la possibilité aux générations futures de satisfaire à leur tour leurs droits fondamentaux³⁴⁰⁴. Ces fondements traduisent une évolution des systèmes juridiques en vue d'assurer leur pérennité et prioritairement les droits fondamentaux intangibles tels que les droits à la vie et à la dignité.

Il est implicitement reconnu en droit international dans la déclaration de Rio+20 dans la formule : « *il est essentiel de ne pas revenir sur les engagements souscrits lors de la Conférence de 1992* »³⁴⁰⁵. Il bénéficie d'une application jurisprudentielle dans des systèmes juridiques nationaux comme la Belgique, l'Espagne, le Brésil et l'Argentine³⁴⁰⁶. Il est également reconnu dans une résolution du Parlement européen du 29 septembre 2011 relative à la conférence des Nations unies sur le développement durable, dans un rapport du Sénat français du 22 mai 2012. Il fait l'objet de travaux spécifiques par l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) et le Centre international de droit comparé de l'environnement proposent d'en faire un principe universel³⁴⁰⁷.

Aucune disposition dans la Constitution française ne reconnaît formellement le principe de non-régression en droit de l'environnement. Néanmoins, le septième considérant de la Charte de l'environnement se réfère aux générations futures en considérant « *qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins* »³⁴⁰⁸. Sa mise en œuvre pourrait être assurée par l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement disposant que « *chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». Michel Prieur l'appréhende comme un fondement essentiel de la non-régression parce qu'« *en modifiant aujourd'hui une loi protectrice de l'environnement pour réduire le degré de protection, on impose aux générations futures un environnement plus dégradé du fait d'une loi au contenu régressif* »³⁴⁰⁹. Selon le professeur : « *il s'agit aujourd'hui de ne pas oublier les droits des générations futures et de ne pas prendre des mesures qui pourraient leur porter préjudice* »³⁴¹⁰. Cette exégèse est confirmée par la Cour constitutionnelle belge qui sanctionne les régressions

³⁴⁰³ J.-M. LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement*, Ellipses, 3è. éd., 2010, p. 153-156

³⁴⁰⁴ E. GAILLARD, *Généralités futures et droit privé*, LGDJ, thèse droit, 2011

³⁴⁰⁵ Déclaration de Rio+20 : L'avenir que nous voulons : 20-22 juin 2012, Rio de Janeiro, Brésil, §20

³⁴⁰⁶ M. PRIEUR (DIR.), *Le principe de non-régression en droit de l'environnement, préc.* ; FARN, *Informe Ambiental Anual 2013*, <http://cdi.mecon.gov.ar/doc/Farn/Informe/2013.pdf>, p. 83 et s.

³⁴⁰⁷ Résolution du Parlement européen du 29 septembre 2011 sur l'élaboration d'une position commune de l'Union dans la perspective de la conférence des Nations unies sur le développement durable (Rio+20), pt. 97 ; Submission by Brazil to the preparatory process Rio+20 Conference, Brasilia, 01/11/2011 ; L. ROSSIGNOL, Rapport d'information n°545 fait au nom de la commission du développement durable, des infrastructures, de l'équipement et de l'aménagement du territoire, Sénat, 22/05/2012 ; UICN, résolution WCC-2012-Res-128-FR, Intégrer le principe de non-régression dans le droit et la politique de l'environnement ; CIDCE, *Le principe de non régression en droit de l'environnement*, recommandation faite à l'occasion de la troisième réunion mondiale des juristes de droit de l'environnement en vue de la conférence des Nations unies sur le développement durable, 2011, www.cidce.org

³⁴⁰⁸ HCDH, *Les droits de l'homme et la lutte contre la pauvreté - Cadre conceptuel, préc.*

³⁴⁰⁹ M. PRIEUR, "Le nouveau principe de « non régression » en droit de l'environnement", in M. PRIEUR (DIR.), *Le principe de non-régression en droit de l'environnement, préc.*

³⁴¹⁰ *Ibidem*

Un cadre juridique propice à une consolidation du droit de l'énergie

législatives sur le fondement du « *droit à la protection d'un environnement sain* »³⁴¹¹. Par conséquent, le principe de non-régression pourrait s'appliquer en matière énergétique en cas de moindre de protection de l'environnement dont le manquement pourrait être sanctionner par les autorités juridictionnelles.

Bien que fondée sur une diversité de fondements, la non-régression du droit en matière énergétique semble bénéficier d'une portée juridique uniforme.

2) Une portée juridique uniforme

L'application de la non-régression en droit français ne peut être envisagée qu'en précisant sa méthodologie qui pourrait s'inspirer du régime juridique applicable dans d'autres systèmes juridiques. En ce sens, le principe de non-régression s'applique généralement à toute décision publique (a) bien que des modalités d'application demeurent à préciser (b).

a) Un principe applicable à toute décision publique

La doctrine insiste sur le fait que le principe de non-régression a vocation à s'appliquer à toute norme générale et impersonnelle émanant d'une autorité publique³⁴¹². Cette solution est généralement retenue par les juridictions en droit comparé³⁴¹³. En complément, le Conseil d'Etat belge opère une distinction entre les règles générales et impersonnelles pour lesquelles la non-régression est appréhendée entre celles-ci, et les mesures individuelles qui doivent être envisagées relativement à leur bénéficiaire, du fait de leur caractère personnel³⁴¹⁴.

Les autorités publiques constitueraient donc les principaux débiteurs de cette obligation tandis que toute personne affectée par un acte régressif en serait créancière et disposerait d'un droit d'ester en justice pour obtenir l'annulation de ce manquement. Néanmoins, le terme de régression présente un caractère équivoque qu'il conviendrait de palier dans le cadre d'une médiation législative pour préciser les modalités d'application du principe.

b) Des modalités d'application à préciser

Le principe de non-régression n'entend pas conférer de droits acquis à ses bénéficiaires mais exige le maintien d'un niveau de protection environnementale équivalent. Par conséquent, l'autorité normative disposerait de la liberté de modifier une législation tant qu'elle demeure aussi protectrice que la précédente³⁴¹⁵. Le principe de non-régression entend donc établir un équilibre entre la

³⁴¹¹ F. HAUMONT, "Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain état de la jurisprudence", *RJE*, n°5, p. 41-52

³⁴¹² M. PRIEUR (DIR.), *Le principe de non-régression en droit de l'environnement*, préc.

³⁴¹³ Argentine, Corte Suprema de Justicia de la Nación, n° 17/09, 13/07/2012; Brésil, Superior Tribunal de Justicia, n°302.906, 26/08/2010; Espagne, Tribunal Supremo recours n°3425/2009

³⁴¹⁴ CE belge, 25 janv. 1999, *Inter-Environnement Bruxelles*, n°78.330, consid. 4.8.2 ; CE belge, 6 avril 2000, *Prechamp*, n°86-717, consid. 3.2.3.2 ; CE belge, 16 juin 1999, *Halleux et Lejeune*, n°81.001 ; CE belge, 30 juin 2000, *Halleux et Lejeune*, n°88.538 ; CE belge, 16 fév. 2005, *Comans et Nystem*, n°140-730

³⁴¹⁵ Cons. const. fr., déc. n° 86-210 DC du 29 juill. 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec., p.110, consid. 2 ; Cons. Const. fr., déc. n° 84-181 DC des 10-11 oct. 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec., p.78 ; Cons. const. fr., déc. n° 85-185 DC du 18 janv. 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, Rec., p.36 ; V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

stabilité et le changement, en fixant des bornes et des limites, et en permettant au droit d'évoluer pour durer³⁴¹⁶.

Il implique de déterminer une norme de référence afin d'évaluer le caractère régressif d'un projet normatif. Celle-ci devrait en principe correspondre à la norme qui sera amendée ou abrogée. Cette solution adoptée par le Conseil d'État belge présente les avantages de la simplicité et de la lisibilité³⁴¹⁷. En revanche, elle ne permet pas de faire face à la situation dans laquelle l'autorité normative envisagerait de contourner le principe par une succession de régressions modestes qui conduirait *in fine* à une régression significative. En cas de succession de régressions modestes résultant d'une intention de l'autorité normative de contourner le principe de non-régression, la solution pourrait conduire à retenir la norme conférant le plus haut niveau de protection environnementale accordée par le droit positif depuis son entrée en vigueur³⁴¹⁸. Cette mesure présenterait l'avantage d'encadrer toute régression normative insidieuse.

Ensuite, l'autorité normative devrait apprécier si son projet maintient un niveau de protection au moins équivalent à la norme en vigueur. L'évaluation de la régression demeure aisée dans l'hypothèse où l'autorité supprime purement et simplement une protection. Tel semble être le cas lorsqu'une obligation imposée à l'administration devient une simple faculté, du remplacement d'un système de protection intégrale à une protection partielle, ou en cas de substitution d'un avis conforme à un avis simple³⁴¹⁹. Mais, l'appréciation présente une certaine complexité lorsqu'une régression s'accompagne d'une compensation, voire lorsque les conditions de protection sont remplacées par des modalités différentes pour assurer un niveau de protection comparable. Le juge devrait alors vérifier si l'alternative proposée peut être considérée comme équivalente à la disposition abrogée. En ce sens, l'entreprise se rapproche du droit pénal, lorsqu'il s'agit de déterminer si la loi nouvelle est plus ou moins sévère que la précédente³⁴²⁰.

Afin de faciliter l'œuvre prétorienne, un observatoire de la non-régression pourrait alors être institué afin de définir des indicateurs aptes à mesurer les régressions et les progrès juridiques³⁴²¹. De plus, le législateur pourrait fixer des objectifs en vue de préciser la méthode retenue dans le cadre des lois de programmation qui déterminent les objectifs de l'action de l'État.

Cependant, des considérations inhérentes à la structure du droit conduisent à penser la non-régression dans la relativité.

B. Une intangibilité relative

La relativité du principe de non-régression trouverait une première justification dans le

des droits fondamentaux", *JCLA*, fasc. 1440, 27/06/2010, n°136

³⁴¹⁶ F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999, p. 195-201

³⁴¹⁷ F. HAUMONT, "Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain état de la jurisprudence", *préc.*

³⁴¹⁸ M. PRIEUR, *Le nouveau principe de « non régression » en droit de l'environnement*, *préc.*

³⁴¹⁹ I. HACHEZ et B. JADOT, "Environnement, développement durable et standstill: vrais ou faux amis?", *préc.*, p.17

³⁴²⁰ J. HERON, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1996, p.79

³⁴²¹ F. TULKENS, "Principes de bonne législation et renouveau démocratique : qui osera, en Belgique, réellement franchir le pas?" in *Liber amoricum M. Mathieu*, Larcier, Bruxelles, 2008, p.496-499

Un cadre juridique propice à une consolidation du droit de l'énergie

principe d'équilibre (*equilibrium*) développé en droit de l'environnement par Andrew Waite³⁴²². Selon cette théorie, pour être en accord avec les « *lois de la nature* » et répondre aux enjeux environnementaux, le contenu du droit devrait être en adéquation avec le but poursuivi. Cette considération conduit à légitimer l'abrogation d'une norme dès lors qu'elle a réalisé ses effets escomptés. En ce sens, le montant d'une taxe sur l'énergie pourrait être réduit dès lors qu'elle a produit ses effets escomptés.

L'absence de hiérarchie formelle entre les droits fondamentaux conduit également à la nécessité de les concilier entre eux. Or, la conciliation implique la concession, la mise en valeur d'un droit fondamental se faisant généralement au détriment d'un autre³⁴²³. Les droits fondamentaux doivent encore être conciliés avec l'intérêt public et l'ordre public. La justification tient au fait que les droits fondamentaux ne pourraient être respectés sans leur sauvegarde³⁴²⁴. Ces deux notions sont relativement proches mais l'intérêt public se démarque par un aspect positif (lutter contre l'exclusion, améliorer les services publics...) tandis que l'ordre public induit plutôt un aspect négatif (interdiction de nuire à la tranquillité, à la salubrité...) ³⁴²⁵.

Ces caractéristiques plaident donc en faveur d'une large marge de manœuvre des autorités normatives pour modifier l'ordonnement juridique (1)³⁴²⁶. Le corolaire à cette liberté conduit à retenir un contrôle juridictionnel minimum de la non-régression (2).

1) Une marge d'appréciation pour modifier l'ordonnement juridique

Le Conseil constitutionnel considère que : « *les lois ordinaires ayant toutes la même valeur juridique, aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une loi abroge des dispositions législatives antérieures* »³⁴²⁷. Le législateur est alors fondé à « *apprécier l'opportunité* » des évolutions du système juridique, celui-ci pouvant aller jusqu'à « *la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles* »³⁴²⁸.

Cependant, le législateur demeure soumis à la non-régression du droit en vertu de la hiérarchie des normes. Dès lors, si la liberté de choix demeure la règle et la non-régression relative,

³⁴²² A. WAITE, "The principle of equilibrium in Environmental Law", proposé dans la cadre de la conférence Rio + 20 (Limoges – septembre 2011) ; "The Quest for Environmental Law Equilibrium", *Environmental Law Review*, 2005, p. 34.

³⁴²³ L. FONBAUSTIER, "Conseil constitutionnel, liberté d'entreprendre et protection de l'environnement: concilier, toujours concilier!", *Droit de l'env.*, n° 124, déc. 2004, p.232-236 ; M. GROS, "Un droit peut-il en chasser un autre?", *AJDA*, 03/05/2004, p.897

³⁴²⁴ Cons. const. fr., déc. n° 85-187 DC, 25 janv. 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, *Rec.*, p. 43, consid. 3 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14^e éd., 2007, n° 35 ; E. PICARD, "La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique", in M.-J. REDOR (DIR.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis-Bruylant, 2001, p.17 ; G. DRAGO, "La conciliation entre principes constitutionnels", *D*, 1991, p.265

³⁴²⁵ A. VIDAL-NAQUET, "Sources constitutionnelles des libertés", *JCL Lib.* fasc. 20, 07/08/2007 ; M.P. DESWARTE, "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *RFDC*, n° 13, 1993, p.57

³⁴²⁶ V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", *préc.*, n°136

³⁴²⁷ Cons. const., 18 janv. 1985, déc. n° 84-185 DC, *Rec.*, p.36, consid. 8

³⁴²⁸ Cons. const., 29 juill. 1986, déc. n° 86-210 DC, *loi portant réforme du régime juridique de la presse*, *Rec.*, p.110, consid. 2 ; Cons. const., 10-11 oct. 1984, déc. n° 84-181 DC, *loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, *Rec.*, p.78 ; Cons. const., 18 janv. 1985, déc. n° 85-185 DC, *loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, *Rec.*, p.36

une atteinte à celle-ci pourrait impliquer une obligation de motivation (a) et être limitée à un seuil minimum de protection (b).

a) L'obligation de motiver la régression

La relativité de la non-régression pourrait conduire à reconnaître sa validité lorsqu'elle est légitimée par un intérêt général. Néanmoins, dans certaines situations, l'autorité normative pourrait être amenée à réduire significativement des intérêts énergétiques protégés. En ce sens, le Conseil d'État belge indique que l'article 23 de la Constitution relatif au droit à la protection d'un environnement sain s'oppose à l'adoption de mesures régressives « *sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est concrètement et raisonnablement justifiée par un motif impérieux d'intérêt général* »³⁴²⁹. L'exégèse pourrait être détaillée en référence à la directive habitat de l'Union européenne dans laquelle des atteintes aux milieux peuvent être légitimées « *pour des raisons impératives d'intérêt public majeur* » fondées sur des « *considérations liées à la santé de l'homme et à la sécurité publique ou à des conséquences bénéfiques primordiales pour l'environnement* »³⁴³⁰. Dans le même sens, la Cour constitutionnelle colombienne estime que « *la clause de non régression en matière de droits économiques, sociaux et culturels, en définitive suppose qu'une fois atteint un certain niveau dans la concrétisation des droits économiques, sociaux et culturels au moyen de dispositions législatives ou réglementaires, les conditions préétablies ne puissent être affaiblies par les autorités compétentes sans des justifications sérieuses* »³⁴³¹. Une régression significative pourrait donc être permise exceptionnellement en se fondant sur un motif impérieux d'intérêt général.

Dans tous les cas, la régression devrait être motivée explicitement et de manière proportionnée à l'objectif envisagé. Le choix des mesures normatives les plus appropriées supposerait donc une analyse des finalités poursuivies par l'autorité normative, un recensement des moyens permettant de les atteindre, et une anticipation des effets susceptibles d'en résulter³⁴³². Par conséquent, l'autorité normative devrait procéder préalablement à ces évaluations qui pourraient intervenir dans une étude d'impact des textes législatifs et réglementaires. Une fois évaluée, la justification de la régression et ses modalités pourraient être précisées dans l'exposé des motifs du texte normatif.

La non-régression étant le principe, l'autorité pourrait également présenter des mesures pour éviter, réduire et compenser les atteintes au droit fondamental lésé. Un juge devrait alors pouvoir se prononcer sur la validité de la régression, par un contrôle *in concreto*³⁴³³. La mesure devrait être

³⁴²⁹ CE belge, 29 avril 1999 *Jacobs*, n°80.018, consid. 5.1.4.3.

³⁴³⁰ Directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JOCE*, n° L 206 du 22/07/1992 p.7-50

³⁴³¹ Corte Constitucional de Colombia, déc. T-1318, 2005, in R. ARANGO, "La prohibicion de retroceso en Columbia", in C. CURTIS, *Ni un paso atras, la prohibicion de regresividad en materia de derechos sociale*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p.157

³⁴³² J.-L. BERGEL, "Le temps de la loi", in P. FLEURY-LE-GROS (DIR.), *Le temps et le droit*, Litec, juil. 2010, p. 3 et 4

³⁴³³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 1268 ; M. FROMONT, "Le principe de proportionnalité.", *AJDA*, 1995, p.156 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica et PUAM, 1990, p.118

Un cadre juridique propice à une consolidation du droit de l'énergie

appropriée en permettant d'atteindre l'objectif poursuivi ; nécessaire, c'est à dire la moins attentatoire aux droits et libertés en cause ; et proportionnée, pour réaliser un équilibre raisonnable entre les bénéfices escomptés de la mesure et les préjudices qui en résultent.

Dans tous les cas, une régression ne pourrait intervenir que dans la limite où elle respecte un seuil plancher.

b) Un seuil minimum de protection

Le principe selon lequel tout droit fondamental doit disposer d'un contenu minimum est reconnu par la jurisprudence qui considère que l'autorité normative ne saurait porter atteinte à un droit selon « *un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés* »³⁴³⁴. Cette exégèse établit un plancher minimum pour tout droit, une protection en deçà de laquelle l'autorité normative ne peut se soustraire au risque d'une censure juridictionnelle, ce contrôle étant réalisé par le juge au cas par cas³⁴³⁵. Des dérogations pourraient donc être apportées à la non-régression jusqu'à atteindre un seuil minimum de protection afin d'assurer l'effectivité d'une substance normative indérogeable.

Le service universel de l'énergie pourrait alors servir de standard minimum à respecter. En effet, celui-ci se présente comme un service de base offert à tous à des conditions tarifaires abordables et à un niveau de qualité standard. En impliquant le « *droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires* » et en prévoyant « *l'interdiction de l'interruption de la connexion à l'électricité de ces clients lorsqu'ils traversent des difficultés* », le service universel de l'énergie semble promouvoir un socle minimum de droits permettant de garantir les intérêts publics énergétiques³⁴³⁶. L'effectivité de la règle impliquerait alors de pouvoir se prévaloir des manquements devant les juridictions. Cependant, la marge d'appréciation conférée aux autorités normatives conduit à envisager un contrôle juridictionnel minimum.

2) Un contrôle juridictionnel minimum

La reconnaissance de la non-régression résulte principalement des œuvres prétorienne et doctrinales. En ce sens, le Conseil constitutionnel en retient une conception restrictive (a) et la thèse de la justice européenne des droits de l'Homme demeure inachevée (b).

a) La conception restrictive du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel appréhende la non-régression dans une jurisprudence qualifiée

³⁴³⁴ Cons. const., 29 juill. 1998, déc. n° 98-403 DC, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, Rec., p. 276, consid. 7 ; CE., 19 mai 1933, Benjamin, Rec. p. 541 ; V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", préc. ; l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE prévoit que « *toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés* ».

³⁴³⁵ CDESC, Observations générales n° 3, 1990, para. 10

³⁴³⁶ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, préc., art. 3 ; Communication de la Commission, Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux, COM(91) 476, juin 1991 ; R. DENOIX DE SAINT MARC, *le service public*, la documentation française, 1996 ; J. MORAND-DEVILLER, *Cours droit administratif*, Montchrestien, 10 ed, 2007, p.492 ; S. NICINSKI et P. PINTAT, "La libéralisation du secteur gazier", *AJDA*, 2003, p.223

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

par la doctrine d' « effet cliquet »³⁴³⁷. Dans la décision dite *Loi Savary*, il précise que la disparition totale de cette loi « dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacées dans la présente loi par des garanties équivalentes, n'est pas conforme à la Constitution »³⁴³⁸. Il ajoute que « s'agissant d'une liberté fondamentale (...), la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »³⁴³⁹. En conférant l'impossible retour en arrière et une obligation de progression, cette jurisprudence allait au-delà de la non-régression qui pourrait autoriser un « retour en arrière significatif » s'il est justifié par un « motif impérieux d'intérêt général ».

Le Conseil est par la suite revenu sur sa jurisprudence en considérant qu'« il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; (...) que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »³⁴⁴⁰. Ce considérant reprend le principe du « seuil minimal de protection », réduisant la non-régression à son niveau plancher. La jurisprudence de l' « effet cliquet » semble désormais remplacée par cette exigence du « seuil »³⁴⁴¹.

Utilisée dans le cadre du contrôle *a priori*, cette jurisprudence du « seuil » assure un rôle préventif, puisque la censure conduit à maintenir l'ancien régime légal, tandis que les réserves d'interprétation permettent d'appréhender les dispositions dans le sens du droit ou de la liberté constitutionnellement protégé. Le contrôle *a posteriori* confère quant à lui un rôle curatif³⁴⁴². La censure législative, conformément à l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, produit un effet *erga omnes* et *ex nunc*. La suppression du droit litigieux pouvant conduire à priver davantage l'effectivité d'un droit fondamental, par un vide juridique, le constituant a pris le soin de permettre au juge constitutionnel de moduler dans le temps les conséquences de sa décision. En ce sens, ledit article précise que cette disparition peut intervenir à partir d'une date ultérieure fixée par le Conseil, ce dernier déterminant en outre « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause », laissant ainsi au législateur la possibilité de

³⁴³⁷ C. BOYER-CAPELLE, "L'« effet cliquet » à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité", *AJDA*, 2011, p.1718 ; D. CHAGNOLLAUD, "Sherlock Holmes et le mystère de l'effet-cliquet (après la décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003)", *LPA*, n° 38, 2004, p.3 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, préc.*, p. 497

³⁴³⁸ Cons. const., déc. n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Indépendance des professeurs d'université*, *Rec.* p. 30, cons. n° 42.

³⁴³⁹ Cons. const, déc. n° 84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, *Rec.* p. 78, cons. n° 37.

³⁴⁴⁰ Cons. Const, déc. n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *loi portant réforme du régime juridique de la presse, préc.*, cons. n° 3.

³⁴⁴¹ Cons. Const., déc.n° 2010-605 DC, du 12 mai 2010, loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, cons. n° 23 ; Cons. Const., déc. n° 2009-599 DC du 29 déc. 2009, loi de finances pour 2010, cons. n° 101 ; Cons. Const., déc. n° 2009-588 DC du 6 août 2009, loi réaffirmant le principe du repos dominical, cons. n° 4.

³⁴⁴² CC, n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.*, cons. n° 4 ; CC, n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *Epoux L.*, cons. n° 8 ; CC, n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *Alain C. et autres*, cons. n° 15 ; CC, n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres*, cons. n° 17 ; CC, n° 2010-22-37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres*, cons. n° 12.

Un cadre juridique propice à une consolidation du droit de l'énergie

corriger la loi censurée et d'aménager l'impact de l'abrogation dans un souci de sécurité juridique et d'effectivité des droits protégés.

Ces compétences pourraient donc s'appliquer en matière de régression. Cependant leur efficacité demeure réduite depuis le passage de la jurisprudence du « *cliquet* » à celle du « *seuil* ». Ces incertitudes invitent les requérants à argumenter précisément leur requête, l'atteinte au droit considéré s'appréciant *in concreto*, au regard de l'ensemble du texte de loi mis en cause³⁴⁴³.

Dans le même sens, la jurisprudence européenne des droits de l'Homme présente un caractère inachevé.

b) La thèse constructive de la justice européenne des droits de l'Homme

Le principe de non-régression n'est pas explicitement reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme. Néanmoins, l'interprétation constructive des droits reconnus par la Convention, caractérisée par la théorie des obligations positives contribue à son émergence³⁴⁴⁴. Le dédoublement des obligations qu'elle emporte conduit à responsabiliser l'État tant pour son ingérence dans la violation des droits, que lors d'une abstention fautive dans l'adoption de mesures en vue de les rendre effectifs. L'obligation de réalisation des droits fondamentaux requiert pour l'État d'adopter des normes matérielles et procédurales en vue de leur réalisation, et l'obligation de protection dans les rapports entre les particuliers³⁴⁴⁵. Cette considération pourrait alors se traduire par l'adoption de mesures de limitation à la libéralisation des marchés, en vue de préserver le service public de l'énergie dans le cas elle s'avèrerait préjudiciable pour les droits fondamentaux³⁴⁴⁶.

L'État n'est alors tenu qu'à une obligation de moyen « *vu les difficultés du maintien de l'ordre dans les sociétés contemporaines, l'imprévisibilité du comportement humain et les nécessaires choix opérationnels qui doivent être opérés en terme de ressources et de priorités* »³⁴⁴⁷. Cette interprétation renforce l'appréhension des droits reconnus en faveur de la non-régression, ceux-ci devant être considérés selon François Ost : « *plutôt comme le point de départ d'un but à atteindre par les États membres, que le point d'aboutissement de leurs efforts passés* »³⁴⁴⁸.

Le Comité européen des droits sociaux complète l'exégèse en insistant sur le caractère « *dynamique* » des dispositions dont il assure le respect. L'aspect le plus intéressant réside dans le mécanisme des rapports transmis par les États à un Comité d'experts indépendants, celui-ci pouvant s'analyser comme une procédure d'évaluation de la réalisation progressive des droits reconnus par la

³⁴⁴³ A. VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Editions Panthéon-Assas, 2007 p. 245.

³⁴⁴⁴ F. SUDRE, "Convention européenne des droits de l'homme - caractères généraux", *JCL Europe*, 01/10/2007, n°59-65 ; F. SUDRE, "A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme", *JCP G*, n°28, I 335 11/07/2001

³⁴⁴⁵ O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, Bruxelles 1999, p.336-337

³⁴⁴⁶ S. VAN DROOGHENBROECK et UI. HACHEZ, "Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux", in B. LOMBAERT, *Les partenariats public-privé (PPP). Un défi pour le droit des services publics*, La Charte, Bruxelles, 2005, p.87 et s.

³⁴⁴⁷ CEDH, 28 mars 2000, *Mahmut Kaya c/ Turquie*, préc.

³⁴⁴⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989, p.276

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

Charte sociale européenne³⁴⁴⁹. En ce sens, le Comité affirme qu' « *il est nécessaire de préciser l'évolution intervenue afin que le Comité puisse apprécier dans leur contexte les progrès réalisés par chaque pays* »³⁴⁵⁰. Le Comité a ainsi condamné à plusieurs reprises des régressions dans la protection de droits reconnus par la Charte³⁴⁵¹. Cependant, celles-ci ne sont pas stigmatisées, notamment lorsque des compensations sont prévues par la norme de remplacement³⁴⁵². Ces enseignements constituent donc une marche à suivre pour les États et pourraient à terme se retrouver dans la jurisprudence du Comité à l'occasion d'un recours collectif.

La jurisprudence européenne des droits de l'Homme contribue donc partiellement à la non-régression. En complément, des objectifs de valeur constitutionnelle favorisent une intervention législative et prétorienne en vue d'une consolidation du droit de l'énergie.

II. Des objectifs de valeur constitutionnelle favorables aux intérêts publics énergétiques

Les objectifs constitutionnels sont une catégorie juridique révélée par le Conseil constitutionnel et déduits du bloc de constitutionnalité par une lecture constructive³⁴⁵³. Ils composent l'intérêt général et constituent à la fois des normes substantielles en ce qu'ils fixent des objectifs à l'action des pouvoirs publics, et des normes de conciliation, en vue de justifier des atteintes à certains droits et des libertés³⁴⁵⁴. Ils établissent un objectif que l'État se fixe, une voie à suivre pour l'autorité normative, en vue d'un compromis entre l'exercice des droits et libertés et la défense d'intérêts collectifs ou généraux matérialisés par ces objectifs³⁴⁵⁵. Or, nombre d'entre eux contribuent à renforcer le droit de l'énergie (A) bien que leur autorité soit limitée à une obligation de moyen (B).

A. Un renforcement du droit de l'énergie

Les objectifs constitutionnels constituent un moyen « *sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* »³⁴⁵⁶. Ils indiquent à l'autorité normative sous le contrôle du juge des priorités concernant l'orientation et la conciliation normative. Leur réalisation implique pour l'Etat une série

³⁴⁴⁹ B. BOISSARD, "La contribution du comité européen des droits sociaux à l'effectivité des droits sociaux", *RDJ*, n° 4, 2010, p.1083

³⁴⁵⁰ Comité européen des droits sociaux, *conclusions I*, p.3 ; L. SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Conseil de l'Europe, 2è. éd., Strasbourg, 2002, p.14

³⁴⁵¹ Comité européen des droits sociaux, *conclusions XIII-3*, p.109-110 ; Comité européen des droits sociaux, *conclusions XIV-2*, p.769-770 ; Comité européen des droits sociaux, *conclusions IV*, p. 84

³⁴⁵² Comité européen des droits sociaux, *conclusions XI-1*, p.117

³⁴⁵³ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse droit, Dalloz, bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, 71-104 ; V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", *préc.*, n° 196 à 199

³⁴⁵⁴ B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, 1988, n°342 ; F. LUCHAIRE, "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle", *RFDC*, n° 64, 2005, p.678 et s. ; N. MOUSSEAU, *La révolution des gaz de schiste*, Ed. Multimondes, 2010

³⁴⁵⁵ B. JORION, "La possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle", *AJDA*, 1995, p.455 ; B. MATHIEU, "La question de constitutionnalité, Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ?", *préc.* ; H. PAULIAT, "L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ?", *D.*, 1995, p.283

³⁴⁵⁶ Cons. Cont., déc. n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, *Rec. p. 43*, consid. 3

d'obligations positives (a) dont les violations manifestes sont sujettes à la censure juridictionnelle (b)³⁴⁵⁷.

1) Le fondement d'obligations positives

L'objectif constitutionnel prescrit une obligation à l'État, d'adopter des mesures propres à donner une pleine concrétisation à des droits constitutionnels. Nombre d'entre eux orientent la règle énergétique et se traduisent par l'obligation pour l'autorité normative d'adopter un corps de règle (a) et d'évaluer son efficacité (b).

a) L'obligation d'adopter un *corpus* énergétique

Plusieurs objectifs constitutionnels sont susceptibles de consolider le droit de l'énergie parmi lesquels figurent la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, la continuité des services publics, la sauvegarde de l'ordre public, et l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi³⁴⁵⁸. En complément, les débats parlementaires concernant la Charte de l'environnement relayés par la doctrine témoignent de la volonté de conférer le développement durable comme un objectif de valeur constitutionnelle³⁴⁵⁹.

Les objectifs constitutionnels s'appliquent prioritairement au législateur mais le Conseil constitutionnel précise qu'ils régissent toute autorité détentrice du pouvoir réglementaire³⁴⁶⁰. La reconnaissance d'un objectif constitutionnel se traduit pour les autorités publiques dans une obligation de mettre en œuvre une politique publique dans le domaine considéré. L'objectif confère un rôle permissif de déroger aux droits et aux libertés constitutionnelles en vue de concourir à un intérêt général³⁴⁶¹.

La reconnaissance de la « *possibilité pour toute personne de disposer d'un logement*

³⁴⁵⁷ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle, préc.*, p. 105-118

³⁴⁵⁸ Concernant la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent : Cons. const., déc. n° 94-359 DC, du 19 janvier 1995, *loi relative à la diversité de l'habitat, Rec.*, p. 176 ; *RFD const.* 1995, p. 582, note P. GAÏA ; *AJDA* 1995, p. 455, note B. JORION ; *LPA* 7 juin 1995, p. 9, comm. B. MATHIEU ; D. 1995, chron. p. 284, par H. PAULIAT ; Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, Rec.*, p. 75 ; concernant la continuité des services publics : Cons. const., déc. n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, Rec.*, p.33 ; concernant la sauvegarde de l'ordre public : Cons. Const., déc. n°80-127 DC du 20 janvier 1981, *loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, Rec.*, p.15 ; concernant l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi : Cons. Const., déc. n° 99-421 DC du 16 déc. 1999, *loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* ; Cons. Const., déc. n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *loi de finances pour 2006*

³⁴⁵⁹ N. KOSCIUSKO-MORIZET, *Rapport relatif à la Charte de l'environnement*, AN n° 1595, 12 mai 2004, p.116 ; M. PRIEUR, "Les nouveaux droits", *préc.* ; B. MATHIEU, "Observations sur la portée normative de la charte de l'environnement", *Cah. Cons. const.*, n°15, 2003, p.147-178 ; F.-G. TRÉBULLE, "Droit du développement durable", *JCL env.*, fasc. 2400, 01/07/2010 ; E. NAIM-GESBERT, "Maturité du droit de l'environnement", *préc.* ; J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et J.-P. LEBRETON, "Développement durable, urbanisme et droit", *préc.* ; J.-M.FÉVRIER, "Développement durable", *JCL env.*, fasc. 2400 ; G. VIDALENC, "Le développement durable : regards sur un droit en construction, et sur ses bâtisseurs", *LPA*, n°81, 22/04/2008, p.8 ; F.-G. TRÉBULLE, "Droit du développement durable", *préc.*, n°148 et s.

³⁴⁶⁰ Cons. Const., déc. n°89-269 DC, du 22 janv. 1990, *loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, Rec.*, p. 33, consid. 26

³⁴⁶¹ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle, préc.*, p. 400 et s. ; V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", *préc.*, n°199

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

décent » a ainsi favorisé l'émergence du droit à l'énergie, une définition législative de la précarité énergétique, et des mécanismes visant à prévenir les interruptions de fourniture d'énergie. La continuité des services publics a permis une limitation du droit de grève dans les organismes de droit privé responsables du service public de l'énergie³⁴⁶². L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi contribuent à l'applicabilité du droit de l'énergie. La sauvegarde de l'ordre public permet de justifier l'instauration de mesures restrictives aux marchés de l'électricité et du gaz naturel, en cas de pénurie d'énergie ou pour les besoins de la défense nationale³⁴⁶³. Enfin, l'objectif de développement durable pourrait inciter à l'adoption d'une médiation législative en faveur de l'évaluation et de l'intégration énergétiques.

Leur fonction d'orientation conduit l'autorité normative à procéder à des choix stratégiques qui devraient faire l'objet d'une évaluation.

b) L'obligation d'évaluer l'efficacité du *corpus* énergétique

L'évaluation de l'efficacité du corps de règles visé pourrait constituer une obligation implicite des objectifs constitutionnels. En effet, ceux-ci mettent en lumière l'insuffisance du *corpus* considéré et appellent son renforcement. Par conséquent, ces carences devraient être révélées afin de s'assurer que les mesures adoptées parviennent à l'objectif, tandis que des corrections pourraient ensuite être apportées.

Cette méthodologie est mise en œuvre par la Cour constitutionnelle allemande qui prescrit au législateur d'évaluer prospectivement les effets de la loi sur les droits fondamentaux et exige une évaluation rétrospective devant conduire à une modification législative, lorsque des normes constitutionnelles sont en danger³⁴⁶⁴.

La précarité énergétique éclaire sur cette nécessité puisque si le droit à l'énergie est désormais reconnu par le législateur, 3,4 millions de ménages français consacrent plus de 10% de leurs ressources financières aux factures énergétiques³⁴⁶⁵. Suite au rapport du groupe de travail sur la précarité énergétique, les ministres chargés de l'environnement et de l'énergie ont institué « *l'observatoire de la précarité énergétique* », en vue d' « *une politique plus intégrée* »³⁴⁶⁶.

L'objectif de développement durable pourrait fonder une étude sur l'effectivité des principes d'évaluation et d'intégration énergétique, révéler les carences, et conduire à des mesures correctrices.

Outre ces obligations positives, l'intérêt des objectifs constitutionnels réside dans leur capacité à censurer les violations manifestes.

³⁴⁶² CE, 12 avril 2013, n° 329570, note D. POUPEAU, *AJDA*, 2013 p. 766 ; *JCP E*, n° 17, 25 Avril 2013, act. 319 ; *Gaz. Pal.*, 25 avril 2013 n° 115, p. 31

³⁴⁶³ C. éner., art. L.143-1 à L.143-7

³⁴⁶⁴ C.-A. MORAND, "Éléments de légistique formelle et matérielle", in C.-A. MORAND (DIR.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p.35 ; C.-A. MORAND, "Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation", *droit et Société*, n° 10, 1988, p.391 et s.

³⁴⁶⁵ M. SAGE, "Précarité énergétique : le gouvernement observe...", *Univers-nature*, 02/03/2011, www.univers-nature.com

³⁴⁶⁶ "Lancement de l'observatoire de la précarité énergétique", *Energie2007*, 01/03/2011, <http://energie2007.fr> ; P. PELLETIER, A. DE QUERO et B. LAPOSTOLET, *Groupe de travail précarité énergétique, préc.*

2) La censure des violations manifestes

La doctrine s'est longtemps interrogée sur la capacité des objectifs constitutionnels à fonder la censure de normes qui s'avèreraient contradictoires avec eux. La question semble désormais tranchée par le Conseil constitutionnel qui accepte d'invalider la norme incompatible (a) en exerçant un contrôle restreint (b).

a) L'invalidation de la norme incompatible

Alors que la valeur constitutionnelle desdits objectifs fut rapidement reconnue par la doctrine, ils ne furent que progressivement utilisés pour censurer des dispositions normatives³⁴⁶⁷. Cette censure se justifie au motif que ces objectifs visent à garantir des droits et des libertés constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel reconnaît désormais que leur violation est constitutive d'une erreur de droit fondée sur un manquement direct à la Constitution.

Outre la censure, le Conseil constitutionnel peut également recourir au mécanisme de la réserve d'interprétation, afin que la disposition législative soit interprétée conformément à l'objectif constitutionnel³⁴⁶⁸. Mais dans les deux cas, le contrôle demeure limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

b) Un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation

La Conseil constitutionnel opère un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation sur la réalisation des objectifs constitutionnels³⁴⁶⁹. La justification se fonde sur le fait que le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement³⁴⁷⁰. En ce sens, le Conseil affirme « *qu'il ne lui appartient [...] pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi* »³⁴⁷¹. Par conséquent, le Conseil n'accepte de censurer une norme que si elle porte une atteinte manifestement disproportionnée à une liberté ou un droit constitutionnellement protégé.

³⁴⁶⁷ Sur l'incapacité d'un objectif constitutionnel à censurer une disposition législative: F. LUCHAIRE, "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle", *RFDC*, n°64, 2005, p.675-684 ; à l'inverse: D. DEHARBE, "Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable", *préc.*; P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Thèse Droit, Dalloz, bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, p. 348

³⁴⁶⁸ Cons. Const., déc. n°93-333 DC du 21 janv. 1994, *loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Rec.*, p. 32 ; Cons. Const., déc. n°2003-468 DC du 3 avril 2003, *loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, *Rec.*, p. 325, consid. 18-20

³⁴⁶⁹ A. PIZORUSSO, "Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire", *AJJC*, n°II, 1986, p.35-36 ; R. FRAISSE, "Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité", *préc.*; B. FAURE, "Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?", *RFDC*, n°21, 1995, p.69 ; G. DRAGO, "Fin d'un service public national . - À propos de la décision du Conseil constitutionnel Loi relative au secteur de l'énergie", *préc.*; G. SIOUTIS, "Le développement durable et le droit constitutionnel hellénique", in *Pour un droit commun de l'environnement - mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, 339-379 ; M. HAIDARLIS, "Durabilité, développement durable et droit hellénique", *RJE*, n°3, 2002, p.413-420

³⁴⁷⁰ Cons. Const., déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *Rec.*, p.

19

³⁴⁷¹ Cons. Const., déc. n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, *Rec.*, p. 325, consid. 42

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

Néanmoins, Guillaume Drago nuance l'exégèse en considérant au motif que le contrôle peut parfois s'avérer imprévisible³⁴⁷². De plus, selon une partie de la doctrine, il tendrait depuis ces dernières années à s'intensifier³⁴⁷³.

Le contrôle minimum réalisé par le juge constitutionnel trouve également son fondement dans l'obligation de moyen conférée par ces objectifs³⁴⁷⁴.

B. Une obligation de moyen

L'obligation de moyen se caractérise par le fait que le débiteur n'est pas tenu par un résultat précis³⁴⁷⁵. Elle se traduit dans le cadre des objectifs constitutionnels par un pouvoir étendu d'appréciation conféré à l'autorité normative (1) et des modalités restrictives de recours (2).

1) Un pouvoir étendu des autorités normatives

Les obligations issues des objectifs constitutionnels confèrent un pouvoir discrétionnaire à l'autorité normative (a) mais non-absolu (b).

a) Une liberté de choix des moyens

L'effectivité des objectifs constitutionnels s'avère limitée par le fait que les autorités en charge de les réaliser ne sont soumises qu'à une obligation de moyen³⁴⁷⁶. Elles ne sont pas tenues à un résultat précis mais à l'obligation d'y appliquer les soins et les capacités³⁴⁷⁷. La justification de cette exigence restreinte reposerait sur l'imprécision des objectifs en cause³⁴⁷⁸. Elle est complétée par des moyens limités à la disposition des autorités normatives en vue de les réaliser et des contraintes économiques réduisant les marges de manœuvre. Cette situation confère un aléa propre à l'obligation de moyen, rendant le résultat incertain³⁴⁷⁹. Elle se justifie encore par le caractère d'« idéal type » inhérent aux objectifs constitutionnels, vers lequel l'autorité doit tendre sans pouvoir l'atteindre totalement³⁴⁸⁰.

L'obligation de moyen se traduit pour l'autorité normative par une liberté de choix plus importante que pour une obligation de résultat. L'autorité est donc libre de décider du type et du moment auquel les moyens seront mis en œuvre. Par conséquent, elle dispose « d'une marge de manœuvre plus large que pour d'autres principes constitutionnels »³⁴⁸¹.

Cependant, cette liberté de choix des moyens demeure limitée.

³⁴⁷² G. DRAGO, "La loi contrôlée", in *Vive la loi!*, Actes du colloque tenu au Sénat, le 25 mai 2004, Paris, Sénat, 2004, p.24

³⁴⁷³ A. LEVADE, "L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable", in *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p.702

³⁴⁷⁴ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle, préc.*, p.508 et s.

³⁴⁷⁵ R. GUILLIEN et J. VINCENT (DIR.), *Lexique des termes juridiques, préc.*

³⁴⁷⁶ V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", *préc.*

³⁴⁷⁷ G. CORNU (DIR.), *Vocabulaire juridique, préc.*

³⁴⁷⁸ J.-P. BROUANT, H. JACQUOT et J.-P. LEBRETON, "Développement durable, urbanisme et droit", *préc.*

³⁴⁷⁹ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle, préc.*, p.517

³⁴⁸⁰ M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, Pocket, 1992, p. 172-173

³⁴⁸¹ B. MATHIEU, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°10. Décembre 1994-janvier 1995 (1ère partie)", *LPA*, 1994, p. 10

b) Une liberté de choix limitée

Bien que dépourvue de compétence liée, l'autorité demeure restreinte quant aux choix des moyens. Ceux-ci ne doivent pas présenter un caractère de gravité telle que la substance des droits et des libertés en serait dénaturée³⁴⁸². De manière générale, plus l'objectif est précis et plus la marge de manœuvre demeure encadrée³⁴⁸³. Cette liberté sera également réduite progressivement au fur et à mesure de la réalisation de l'objectif, du fait notamment des précisions qui seront apportées par le législateur, la jurisprudence, et la doctrine³⁴⁸⁴. Des objectifs de la loi POPE tels que la continuité des services publics peuvent ainsi servir de référence pour préciser ces objectifs³⁴⁸⁵. Tel est également le cas de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, mis en œuvre par les instruments du droit à l'énergie.

Si les objectifs constitutionnels se présentent comme une permission de limiter les libertés et droits constitutionnels, ils caractérisent également « *des exigences constitutionnelles auxquelles ne peut se soustraire le législateur* »³⁴⁸⁶. Deux formes d'incompétences négatives peuvent être distinguées. La plus courante est la délégation irrégulière de compétence aux autorités réglementaires. Elle peut se manifester dans une législation incertaine ou ambiguë, du fait de sa faible normativité ou dans l'indétermination, conduisant à « *reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* »³⁴⁸⁷. La seconde réside dans l'omission pour le législateur de fixer des règles relevant de sa compétence, sans renvoyer à une autre autorité le soin de ce faire³⁴⁸⁸.

Néanmoins, les compétences du Conseil constitutionnel demeurent limitées puisque pour reprendre l'expression du doyen Vedel rapportée par Robert Badinter, « *le Conseil constitutionnel a droit à la gomme, pas au crayon* », celui-ci ne disposant en l'espèce que d'un pouvoir de censure³⁴⁸⁹. Cependant, il peut recourir aux réserves d'interprétation afin d'indiquer à l'administration et aux juges administratifs et judiciaires les modalités d'application de la loi³⁴⁹⁰.

La portée limitée conférée par l'obligation de moyen se retrouve dans les modalités réduites du recours.

³⁴⁸² Cons. const., déc. n°88-248 DC du 17 janv. 1989, *loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Rec.*, p. 18, consid. 28

³⁴⁸³ B. GENEVOIS, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1986", *AJJC*, n° .II, 1986, p.411

³⁴⁸⁴ R. DWORKIN, *Une question de principe*, traduction de *A matter of Principle*, PUF, Paris, 1996

³⁴⁸⁵ J.-B. AUBY, "Prescription juridique et production juridique", *RDP*, 1988, p.673 ; Civ. 3e, 29 nov. 1983, *Bull. civ. III*, n° 242, *RDP*, 1984, p.324, obs. P. RÉMY ; W. SABETE, "Déclin ou renouveau de la loi ?", *RFDA*, 2005, p.930

³⁴⁸⁶ G. DRAGO, "Service public national et services publics constitutionnels", *JCP A*, n° .16, 16/04/2007, p.2099

³⁴⁸⁷ Cons. const., déc. n° 2005-512 DC du 21 avril 2006, *loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *Rec.*, p. 72

³⁴⁸⁸ Tel est notamment le cas de la contribution carbone censurée pour incompétence négative au motif que celle-ci ne portant essentiellement que sur les carburants et les produits de chauffage qui ne sont que l'une des sources d'émission de dioxyde de carbone et que, par leur importance, les régimes d'exemption totale sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique: Cons. const., déc. n° 2009-599 DC, du 29 déc. 2009, *loi de finances pour 2010*, *préc.*, consid. 82

³⁴⁸⁹ R. BADINTER, "Le Doyen Georges Vedel : du côté du Conseil constitutionnel", *RFDA*, 2002, p.208

³⁴⁹⁰ V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", *préc.*, n°210

2) Des recours juridictionnels limités

Les limites d'une requête fondée sur un objectif constitutionnel se manifestent tant dans la possibilité de recourir (a) que dans la nécessité d'apporter la preuve d'une faute (b).

a) Une justiciabilité restreinte

Dans la conception traditionnelle, les objectifs constitutionnels créent des obligations de faire à la charge de l'État, sans imposer un « *droit de recevoir* » des individus³⁴⁹¹. Ils constituent, non des normes, mais une orientation assignée à des normes³⁴⁹². Cette considération justifie le fait qu'ils sont en principe dénués d'effet direct horizontal, les rendant ainsi inapplicables aux relations entre les particuliers³⁴⁹³.

En revanche, leur dénier un effet direct vertical, c'est à dire l'impossibilité de s'en prévaloir à l'encontre d'une autorité normative serait plus critiquable³⁴⁹⁴. L'invocabilité dans le cadre du contentieux subjectif, c'est à dire lorsque le plaignant cherche à se prévaloir d'un droit à l'encontre d'une autorité publique semble justifié au motif que l'objectif ne constitue pas une prérogative au bénéfice des particuliers. En revanche, il semble concevable de l'invoquer dans un contentieux objectif, celui-ci ayant pour objet de censurer la méconnaissance d'une norme qui lui est supérieure, en l'espèce de rang constitutionnel.

Dans plusieurs arrêts le Conseil d'État fait référence aux objectifs constitutionnels, sans indiquer si ceux-ci sont directement invocables par les particuliers³⁴⁹⁵. En principe, le Conseil n'applique l'objectif que dans le cadre de sa mise en œuvre par la loi. Cependant, Pierre de Montalivet envisage la possible applicabilité directe des objectifs constitutionnels, à tout le moins dans leur fonction d'interdiction³⁴⁹⁶.

Concernant la question prioritaire de constitutionnalité, Bertrand Mathieu considère que ces objectifs pourraient être invoqués non lorsqu'ils relèvent de considération d'intérêt général mais lorsqu'ils incarnent des droits sociaux³⁴⁹⁷. Telle est la position de Marc Guillaume, pour qui il reviendra au Conseil constitutionnel de juger si un objectif est un droit ou une liberté au sens de

³⁴⁹¹ E. WILLEMART, "La valorisation formelle des droits fondamentaux : une tradition européenne commune ?", *Annales de droit de Louvain*, 1997, p.394

³⁴⁹² F. LUCHAIRE, "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle", *préc.*, p. 681

³⁴⁹³ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle, préc.*, p.487 et s. ; néanmoins, le juge judiciaire a eu l'occasion de se fonder sur « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* » pour accorder à un veuf saisi ayant à charge trois enfants un délai supplémentaire de six mois, sans indemnité d'occupation, pour demeurer dans son logement, le temps nécessaire à son relogement: TGI de Saintes, 28 mars 1995, *Marchesseau c/ Suire* ; H. HEUGAS-DARRASPEN, "L'application du principe de la diversité de l'habitat", *D.*, 1995, p.117

³⁴⁹⁴ CE, ord., réf., 8 janv. 2005, *Laurent C.*, n°276562 ; CE, ord., réf., 8 sept. 2005, *Garde des sceaux, ministre de la Justice*, n°285803, *LPA*, nov. 2005, n°228, p.6 ; CE, ord. réf., 3 mai 2002, P. JAN, "Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes, seulement", *LPA*, n°193, 26/09.2002, p.15 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p.275

³⁴⁹⁵ CE, 19 janv. 1990, *Assoc. « la télé est à nous »*, *Rec.*, p. 9 ; CE, 29 juill. 1998, *Comité national des interprofessions des vins et eaux de vie à appellation d'origine contrôlée*, n°180771 ; CE, sect., 30 nov. 1998, *Fédération nationale de l'industrie hôtelière*, *Rec.*, p.450

³⁴⁹⁶ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle, préc.*, p.500

³⁴⁹⁷ B. MATHIEU, "La question de constitutionnalité, Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ?", *préc.*; S. JUAN, "L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif ?", *RDP*, n°2, 01/03/2006, p.439

Un cadre juridique propice à une consolidation du droit de l'énergie

l'article 61-1, la réponse ne pouvant intervenir qu'au cas par cas³⁴⁹⁸. Cependant, de par leur généralité et leur obligation de moyen, le juge constitutionnel disposerait d'une marge de manœuvre plus restreinte que pour le respect d'un droit ou d'une liberté constitutionnelle. Par conséquent, il demeure plus sûre pour le justiciable de privilégier ces derniers lorsqu'ils existent. Tel serait le cas du droit à la dignité de la personne humaine plutôt que de l'objectif pour toute personne de disposer d'un logement décent, concernant un litige afférent à l'accès à l'énergie³⁴⁹⁹.

En prolongeant le raisonnement, l'interrogation pourrait porter sur la validité d'une question prioritaire de constitutionnalité en cas de carence du législateur dans la réalisation d'un de ces objectifs. En théorie, aucun obstacle n'empêche de soulever cette exception en cas d'incompétence négative du législateur. Cependant, le procédé pourrait trouver une limite dans le pouvoir du juge constitutionnel circonscrit à celui de la censure³⁵⁰⁰.

Dans toutes les circonstances, le requérant devra apporter la preuve d'une faute.

b) La nécessité de prouver une faute

Le créancier d'une obligation de moyen ne peut mettre en œuvre la responsabilité du débiteur, qu'à condition de prouver que ce dernier a commis une faute ou n'a pas utilisé tous les moyens promis³⁵⁰¹. Cette faute doit donc être caractérisée par une inadéquation manifeste des moyens mis en œuvre par l'autorité normative³⁵⁰². Cette caractéristique conduit à un nombre relativement faible de déclarations de non-conformité. Une valorisation dans un futur proche pourrait néanmoins être envisagée en matière énergétique du fait du caractère émergent de son *corpus*.

Le droit français comprend un ensemble de moyens permettant de prendre en compte les objectifs du droit de l'énergie en les conciliant avec des intérêts contradictoires. Ce processus résulte de la possibilité pour ces règles de transposition d'intégrer l'ensemble de la hiérarchie des normes jusqu'aux droits fondamentaux. Il tient également à une multiplication des intérêts publics énergétiques permettant de limiter l'application de règles contraires aux objectifs du droit de l'énergie. Il résulte encore de la capacité du juge de contrôler l'intégration des objectifs du droit de l'énergie dans le contrôle de la légalité. Dès lors, bien que les intérêts publics énergétiques ne semblent manifestement pas disposer d'une priorité spécifique, le contrôle juridictionnel tendant vers un équilibre entre les intérêts en présence concourt à leur prise en compte effective.

En complément, l'ordre juridique comprend des instruments visant à orienter l'activité normative en faveur d'une consolidation du droit de l'énergie dans deux voies complémentaires. D'une part, un processus de non-régression tend à s'affirmer pour garantir une protection des

³⁴⁹⁸ M. GUILLAUME, "La question prioritaire de constitutionnalité", *Justice et cassation Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010

³⁴⁹⁹ M. GUILLAUME, "La question prioritaire de constitutionnalité", *préc.*

³⁵⁰⁰ P. BON, "La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009", *préc.*

³⁵⁰¹ R. GUILLIEN et J. VINCENT (DIR.), *Lexique des termes juridiques*, *préc.*

³⁵⁰² V. GOESEL-LE-BIHAN, "Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale", *RFDC*, n° 45, 2001, p.68

La conciliation des objectifs du droit de l'énergie

intérêts publics énergétiques existants tout en permettant aux autorités normatives de modifier l'ordonnancement juridique à condition d'en préserver les garanties. D'autre part, des objectifs de valeur constitutionnelle concourent à une progression du *corpus* en invitant les autorités normatives à combler les carences du droit de l'énergie.

L'ensemble de ces instruments permet de considérer que l'émergence des principes d'évaluation et d'intégration énergétiques est relayé par un dispositif de conciliation permettant leur prise en compte dans l'ensemble du système juridique afin de concourir à l'efficacité du droit de l'énergie et inscrire son action dans la durée.

Conclusion de la seconde partie

Le droit de l'énergie est régi par un fonctionnement spécifique fondé sur deux mécanismes complémentaires inspirés du phénomène autopoïétique de l'ordre juridique. Le premier se fonde sur une reproduction partielle par ses propres éléments. Cette spécificité résulte d'un processus d'institutionnalisation de l'énergie prenant sa source dans l'idée d'œuvre qu'il poursuit, à savoir l'accès à l'énergie. Elle est réalisée par le Gouvernement organisé de l'énergie résultant d'un corps structuré par des institutions, des droits, des principes, des objectifs, des standards, une jurisprudence et une doctrine émergente. Ses instruments sont à l'origine du service public de l'énergie caractérisant des manifestations de communion, parce que son élaboration, sa réalisation, et son contrôle s'exercent avec la participation du corps social, pour celui-ci. Enfin, le code de l'énergie inscrit cette idée d'œuvre, ce Gouvernement organisé et ces manifestations de communion dans la durée. Dès lors, une part essentielle du droit de l'énergie est générée par ses propres éléments. Cette activité s'inscrit dans la logique de l'institution, ces instances légitimées par la société renforçant inexorablement le droit de l'énergie dans une logique fondée sur la survie.

Le second mécanisme s'inspire de l'ouverture cognitive de l'ordre juridique caractérisée par des échanges avec le système social pour s'adapter à celui-ci afin de garantir son efficacité et inscrire son action dans la durée³⁵⁰³. En ce sens, le droit de l'énergie organise ses relations avec les autres normes du système juridique pour y intégrer ses objectifs selon trois modalités. L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie conduit à appréhender les qualités formelles du droit de l'énergie pour améliorer son applicabilité. En complément, l'évaluation de l'application de ses objectifs amène à systématiser la réalisation d'un bilan énergétique en cas de modification de l'ordonnancement juridique pouvant avoir un impact négatif et significatif sur les besoins en énergie. L'intégration des objectifs du droit de l'énergie l'enrichit en impliquant une valorisation des impacts énergétiques dans ce cas de figure. Il concourt à une gestion intégrée de l'énergie, entendue comme une prise en compte effective de ces objectifs par le système juridique. Enfin, la conciliation des objectifs du droit de l'énergie s'opère sous le contrôle du juge en recourant à des moyens tendant vers un équilibre entre les intérêts en conflit. Des dispositions sur la non-régression du droit de l'énergie et des objectifs de valeur constitutionnelle s'y adjoignent pour consolider le *corpus* énergétique. Ces moyens formalisent les échanges entre le droit de l'énergie et les autres normes du système juridique caractérisées par des intérêts et des valeurs propres. Ils concourent à une prise en compte de ses objectifs dans un processus fondé sur l'adaptation. Ils garantissent ainsi l'efficacité du droit de l'énergie en accordant cette prise en compte pour garantir son efficacité et inscrire son action dans la durée.

Ce fonctionnement apporte des éclairages sur l'évolution du droit de l'énergie dans le temps. Il témoigne d'un processus d'adaptation continu pour concourir à l'accès à l'énergie selon deux caractéristiques essentielles permettant de l'analyser comme un ordre juridique autonome et intégré.

³⁵⁰³ H. MATORANA et F. VARELA, *Autopoiesis and Cognition. The realization of the living*, D. REIDEL, Dordrecht-Boston-London, 1980, p. 75 et s. ; F. VARELA, *Principles of biological autonomy*, Elsevier, North Holland, 1979, p. 4 et s. ; F. OST, "Entre ordre et désordre : le jeu du droit – Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit", *préc.*, p.143 et s.

Conclusion générale

L'approche finaliste a permis d'aborder le droit de l'énergie dans l'unité et de révéler des logiques sous-jacentes. Elle a pu être menée en abordant le droit de l'énergie sous l'angle de l'ordre juridique pour mettre en évidence ses cohérences matérielle, formelle et fonctionnelle.

La cohérence matérielle résulte d'un ensemble de règles juridiques ayant pour objet l'énergie et l'idée d'une œuvre à accomplir : l'accès à l'énergie. La crise mondiale de l'énergie se présente comme une source matérielle du droit essentielle en structurant le contenu dans ses dimensions économique, sociale et environnementale. Le droit économique de l'énergie encadre la rareté de l'énergie. Ses aspects quantitatifs sont abordés par le droit de la sécurité des approvisionnements énergétiques tandis que l'encadrement du prix est à l'origine du droit du marché intérieur de l'énergie. Le droit social de l'énergie favorise la disponibilité de l'énergie. Il comprend une dimension universelle fondée sur les droits de l'Homme interprétés sous le prisme de l'énergie. Il repose également sur des mécanismes de solidarité fondés sur des tarifs sociaux et un encadrement des coupures d'énergie. Le droit environnemental concourt à la propreté de l'énergie pour inscrire les politiques énergétiques dans la durée. Il vise une réduction des consommations et une amélioration de la qualité de l'énergie produite. L'originalité du *corpus* réside également dans son caractère mondialisé à l'origine de sa cohérence formelle.

Le droit de l'énergie présente un caractère transnational en regroupant les règles ayant pour objet l'énergie dans les systèmes juridiques français, européen et international. Elles se complètent dans une logique de subsidiarité en établissant un socle de droits, de principes et de standards communs dans le droit international, détaillés et adaptés dans les droits européens et français. Une hiérarchie des normes s'instaure en établissant un cadre général en droit supranational comme condition de validité de la création normative nationale. La perméabilité entre les systèmes juridiques se matérialise dans la capacité des individus et des organisations à recourir aux systèmes juridiques européen et international pour participer à la création du droit de l'énergie, recourir à une juridiction ou un arbitre international. Cette globalisation verticale est complétée par une dimension horizontale dans laquelle des champs juridiques complètent le droit de l'énergie pour concourir à son efficacité. Ce phénomène démontre les relations étroites entre le droit de l'énergie et les autres normes des systèmes juridiques. Il invite à en préciser les modalités en s'intéressant à la cohérence fonctionnelle du droit de l'énergie.

Le fonctionnement du droit de l'énergie s'inspire du phénomène autopoïétique de l'ordre juridique fondé sur deux mécanismes. D'une part, une « *clôture normative* » s'observe par la mise en évidence d'un processus d'institutionnalisation de l'énergie fondé sur un Gouvernement organisé concourant à l'idée d'œuvre du droit de l'énergie accompagné par des manifestations de communion incarnées dans le service public de l'énergie et d'une inscription dans la durée par le code de l'énergie. Ce phénomène participe au renouvellement du droit de l'énergie par ses propres éléments tel un être vivant engagé dans une lutte pour la survie. Il est à l'origine d'une autonomie relative du droit de l'énergie.

D'autre part, le droit de l'énergie adopte un fonctionnement proche de l' « *ouverture* »

Conclusion générale

cognitive » de l'ordre juridique. Celui-ci résulte d'une transposition de ses objectifs dans le système juridique en s'adaptant mœurs auxquelles ils se destinent. En ce sens, l'évaluation des objectifs du droit de l'énergie repose sur des moyens chargés d'améliorer les qualités formelles du droit de l'énergie comme condition de son applicabilité. La réalisation d'un bilan énergétique en cas de modification de l'ordonnement juridique pouvant avoir un impact négatif et significatif sur les besoins en énergie la complète pour promouvoir l'effectivité des objectifs du droit de l'énergie. L'intégration des objectifs du droit de l'énergie a pour objet d'optimiser les projets normatifs pouvant avoir un impact négatif et significatif sur les besoins en énergie. Elle concourt à une gestion intégrée de l'énergie, entendue comme un état du droit assurant une prise en compte effective des objectifs du droit de l'énergie. La conciliation des objectifs du droit de l'énergie adapte cette prise en compte en établissant un équilibre et des priorités selon les intérêts en présence. Ces échanges internormatifs mettent en lumière un processus d'expansion des objectifs du droit de l'énergie fondé sur l'adaptation pour accroître son efficacité et inscrire son action dans la durée.

La mise en évidence d'un contenu et d'une forme spécifiques renforcent l'intelligibilité du droit de l'énergie tandis que la compréhension de son fonctionnement met en exergue un processus de consolidation continu propice à l'anticipation. Ces phénomènes présagent une place croissante du droit de l'énergie dans le système juridique et la nécessité d'un accompagnement dans une discipline juridique. Cette exigence illustre le rôle essentiel de la doctrine juridique pour accompagner les acteurs économiques et les décideurs publics dans cette quête du savoir. Cette entreprise dresse des perspectives d'avenir, un horizon pour la connaissance, un défi en forme de liberté.

« Dès qu'un homme se saisit comme libre et veut user de sa liberté [...] son activité est de jeu »³⁵⁰⁴.

³⁵⁰⁴ J.-P. SARTRE, *L'être et le néant*, Paris, Gallimard, 1943, p.669

Bibliographie

Traités, ouvrages et manuels en droit de l'énergie

- M. AYRAL, *Droit communautaire de l'énergie*, GLN Joly Ed., Paris, 1997
- D. BAILLEUL (DIR.), *L'énergie solaire aspects juridiques*, Lextenso, 2010
- G. BAKANDEJA, *Droit minier et des hydrocarbures en Afrique Centrale - Pour une gestion rationnelle, formalisée et transparente des ressources naturelles*, Larcier, 2009
- B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Droit des énergies renouvelables*, Le moniteur, 2008
- G. BLOCK, D. HAVERBEKE, T. LEKANE, P. MELON, J.-P. PINON, J. VANDENBOSCH et G. WALRAVENS, *Code de l'énergie - Codex*, Bruylant, 2003
- E. BORDIER et S. DEGLAIRE, *Electricité, service public*, Berger-Levrault, Paris, 1963
- P.D. CAMERON, *International Energy Investment Law-The Pursuit of Stability*, Oxford University Press, New-York, 2010
- Codex EU Energy Law*, Lexxion Verlag, 2012
- J. DEVAUX-CHARBONNEL, *Cours de droit de l'énergie*, Université de Paris I, 2 tomes, 1983/1984
- S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010
- J.-Y. FABERON, *La Maîtrise de l'énergie : cadre juridique et bilan*, La documentation française, 1987.
- O. FRACHON et M. VAKALOULIS, *Le droit à l'énergie*, Syllepse, 2002
- L. LABAUME ET F.VALLA, *Législation de l'électricité*, Dunod, Paris, 1937
- E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie. Penser le XXI^e siècle*, Passages, 1996
- M. PASCAL, *Droit nucléaire*, Eyrolles, Paris, 1979
- J. POIRET, *Droit de l'hydroélectricité*, *Economica*, nov. 2004
- J.-M. RAINAUD, *L'Agence internationale de l'énergie atomique*, A. Colin, Paris, 1970
- J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, PUF, 1994
- M. RÉMOND, *L'exploration pétrolière en mer et le droit*, Technip, 1970
- S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Energie, postes, télécommunications et transport*, Technique et documentation, 2000
- P. SABLIERE, *Droit de l'électricité, textes et commentaires*, Dalloz, 2003
- P. TERNEYRE, *Energies renouvelables : contrats d'implantation*, Lamy, 2010
- P. TESTE, *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Dalloz, Paris, 1940
- T. WÄLDE, *The Energy Charter Treaty: An east-West gateway for Investment and Trade*, London, The Hague, Boston: Kluwer Law International 1996
- T. WÄLDE, *International Energy Law: Concepts, Context and Players*, CEPMLP, Provisional First Draft for Book on international Energy Law and Policy planned for 2001, sept 2001

Bibliographie

Traité, ouvrages et manuels sur l'énergie

- B. ANSELME, *L'énergie dans la cellule*, Nathan, Paris, 1996
- C. BEIGBEDER, *La crise de l'énergie est-elle une chance pour l'avenir ?*, J.-C. Lattès, Paris, 2008
- J. BOHDANOWICZ, *L'énergie au quotidien*, Les Amateurs de sciences, 2000
- B. BOURGEOIS, D. FINON et J.-M. MARTIN, *Energie et changement technologique*, Economica, Paris, 2000
- J.-M. BRÉBEC, *Thermodynamique*, Hachette supérieur, Paris, 2003
- M. CASSÉ, *Energie noire, matière noire*, O. Jacob, Paris, 2004
- J.-M. CHEVALIER (DIR.), *Les Nouveaux Défis de l'énergie : climat économique et géopolitique*, Economica, 2008
- J.-M. CHEVALIER, *Les cents mots de l'énergie*, PUF, 2^e éd., Que sais-je?, 2010
- J.-M. CHEVALIER, *Les grandes batailles de l'énergie*, Gallimard, Paris, 2004
- B. COMMONER, *La pauvreté du pouvoir : l'énergie et la crise économique*, PUF, Paris, 1980
- B. DESSUS, *Energie, un défi planétaire*, Belin, Paris, 1999
- B. DESSUS, *L'énergie solaire*, Que sais-je ?, n°1294, 2002
- J.-P. FAVENEC, *Géopolitique de l'énergie, besoins, ressources, échanges mondiaux*, Technip, IFP, publications, 2007
- S. FURFARI, *Le monde et l'énergie - Enjeux géopolitiques: Tome 1 et 2, Les clés pour comprendre*, Technip, 2007.
- G. GAMOW, *Matière, terre et ciel*, Dunod, Paris, 1961
- N. HAMOUR, *Les énergies : défis d'hier et d'aujourd'hui*, Ellipses, Paris, 2008
- J.-C. HANSEN et J. PERCEBOIS, *Energie, économie et politique*, De Boeck, Bruxelles, 2010
- P. HERNU, F. DUTHEIL, Y. ROUCAUTE et M. ROUER, *Les nouveaux chemins de l'énergie*, Alparès, 2003
- A. HINKELBEIN, *Les sources d'énergie*, Flammarion, Paris, 1971
- J. HLADIK, *$E=mc^2$ Histoire méconnue d'une célèbre formule*, Ellipses, 2007
- J.-M. JANCOVICI, *Le plein s'il vous plaît ! La solution au problème de l'énergie*, Éd. du Seuil, Paris, 2006
- C. KÉRÉBEL et J. H. KEPPLER (DIR.), *La gouvernance mondiale de l'énergie*, IFRI, 2009
- T. KLINGER, *Géopolitique de l'énergie*, Studyrama, 2008
- E. LACONA, J. TAINE et B. TAMAIN, *Les enjeux de l'énergie : de la géopolitique au citoyen*, Dunod, Paris, 2009
- F. LAFARGUE, *La guerre mondiale du pétrole: États-Unis, Chine et Inde à la conquête de l'or noir*, Ellipses, 2008
- B. LAPONCHE, B. JAMET, M. COLOMBIER et S. ATTALI, *Maîtrise de l'énergie pour un monde vivable*, Editions ICE, Paris, 1997
- A. LEFÈVRE-BALLEYDIER, *L'après-pétrole: lorsque les puits seront à sec*, Larousse, Paris, 2009

Traité, ouvrages et manuels sur l'énergie

- D. LESAGE, T. VAN DE GRAAF et K. WESTPHAL, *Global Energy Governance in a Multipolar World*, Aldershot, Ashgate, 2009
- C. DE LESTRANGE, C.-A. PAILLARD et P. ZELENKO, *Géopolitique du pétrole. Un nouveau marché. De nouveaux risques. De nouveaux mondes*, Technip, Paris, 2005
- P. MAILLET et M. CASSETTE-CARRY, *L'énergie*, PUF, Que sais-je?, n°648, Paris, 1982
- B. MÉRENNE-SCHOUMAKER, *Géographie de l'énergie : acteurs, lieux et enjeux*, Belin Sup, 2007
- L. MONS, *Les enjeux de l'énergie. Pétrole, nucléaire et après*, Petite encyclopédie Larousse, Paris, 2006
- N. MOUSSEAU, *La révolution des gaz de schiste*, Ed. Multimondes, 2010
- O. PAILLARD, D. LACROIX et V. LAMBIN (DIR.), *Énergies renouvelables marine : étude prospective à l'horizon 2030*, Ed. Quae, 2009
- J. PERCEBOIS, *Economie de l'énergie*, Economica, Paris, 1989
- SFDE, *Les centrales nucléaires et l'environnement - 6e Colloque de la Société française pour le droit de l'environnement*, Nanterre, 24, 25, 26 mars 1982, publications périodiques spécialisées
- P. TEILHARD DE CHARDIN, *L'énergie humaine*, Seuil, Paris, 2002
- J. VERNIER, *Les énergies renouvelables*, PUF, Que sais-je?, 5è. éd., 2010
- D. VICTOR, A. JAFFE et M. HAYES, *Natural Gas and Geopolitics : From 1970 to 2040*, Cambridge University, Cambridge, 2006
- P. VICTORIA, *L'accès à l'eau et à l'énergie*, Éditions Lavoisier, 2005
- B. WIESENFELD, *L'énergie en 2050 : nouveaux défis et faux espoirs*, Les Ulis, EDP sciences, 2006
- J.-L. WINGERT, *La vie après le pétrole : de la pénurie aux énergies nouvelles*, Éd. Autrement, Paris, 2007

Bibliographie

Traités, ouvrages et manuels

- E. ALACHOURRON et E. BULYGIN, *Normative Systems*, Vienne, New-York, 1970
- J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges et la mondialisation. La nouvelle révolution du droit.*, Le Seuil, coll., La République des Idées, 2005
- G. ANDERSON, *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, 2005
- J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Lextenso éditions, 2è. éd., 2010
- D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Editions Odile Jacob, fév. 1997
- P. SCHIFF BERMAN (DIR.), *The Globalization of International Law*, Ashgate, 2005
- N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960
- J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, Pedone, 3è. éd., 2010
- C. BOITEAU, *Les conventions de délégation de service public. Transparence et service public local*, Le Moniteur-Imprimerie Nationale, 2è éd. 2007
- A. BRYSK (ED.), *Globalization and Human Rights*, University of California Press, 2002
- D. CARREAU, *Droit international*, Pedone, 7è. éd., 2001
- R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, Droit, éthique, société, 2002
- J. CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, Flexible droit, LGDJ, 2001
- S. CHARBONNEAU, *La gestion de l'impossible. La protection contre les risques techniques majeurs*, Economica, fev. 1992
- S. CHAUVIER, *Justice et droits à l'échelle mondiale*, Vrin Ehes, 2006
- F. CONSTANTIN (DIR.), *Les biens publics mondiaux – Un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, L'Harmattan, 2002
- M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, 1986.
- M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil. 1994
- M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, essais, 1998
- M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2è. 2005
- M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006
- M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (III) la refondation du pouvoir*, Seuil, la couleur des idées, 2007
- P.-M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, RCADI, vol. 297, 2002
- J. ELLUL, *Le système technicien*, Calmann-Lévy, 1977
- B. FAURE, *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2010
- E. GOFFMAN, *Asiles. Études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, trad. de Liliane et Claude Lainé, Éditions de Minuit, Paris, 1979
- J.-C. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, La découverte, 3è. éd., 2010, p. 34 et s.
- C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3^{ème} éd., 2011
- G.-J. GUGLIELMI, *Droit administratif général*, tome I, Les structures, Universitoo, 2002

Traité, ouvrages et manuels

- G.-J. GUGLIELMI, *Droit administratif général*, tome II, Les régimes, Universitoo, 2003
- G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI (DIR.), *La Gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, 2003
- G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, 3è. éd., 2011
- H. HART, *Le Concept de droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint Louis, 1976, p.59
- M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1910
- G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 1940
- G.W.F. HEGEL, *Encyclopédie des sciences philosophiques, I. La science de la logique*, Paris, Vrin, 1970
- H. JONAS, *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, Paris, 1995
- I. KAUL, *Biens Publics Mondiaux : la coopération internationale au XXIème siècle*, PNUD, Economica, 2002
- H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, trad. C. EISENMANN, 1962
- M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988
- A. C. KISS, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, RCADI, tome 175, 1982
- G. KOUBI, G. LE FLOCH, G.-J. GUGLIELMI (DIR.), *La notion de continuité, des faits au droit*, L'Harmattan, Paris, 2011
- J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. EDFFIGIER, *Droit des services publics*, LexisNexis, 2012
- F. LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, La découverte, 2004
- D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, Litec, 5è éd., 2003
- E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (DIR.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000
- B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de sciences po et Dalloz, 2004
- H. MATURANA et F. VARELA, *Autopoiesis and Cognition. The realization of the living*, D. REIDEL, Dordrecht-Boston-London, 1980, p. 75-76
- E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006
- C.-A. MORAND (DIR.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001
- J. MORAND-DEVILLER, *Cours droit administratif*, Montchrestien, 10è. éd., 2007
- L. MOSLEY, *La guerre du pétrole*, Presses de la Cité, Paris, 1973
- E. NAIM GESBERT, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 2011
- S. NICINSKI, *L'usager du service public*, L'Harmattan, 2001
- B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, PUF, Droit, éthique société, fév. 1998
- F. OST, *La nature hors la loi*, Éd. la Découverte, Paris, 1995
- F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999
- C. PERELMAN, *Ethique et droit*, Editions de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1990
- C. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1976

Bibliographie

- X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica-PUAM, 1990
- M. PHILIP-GAY (DIR.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012
- K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, trad., N. THYSSEN-RUTTEN et P. DEVAUX, Payot, Paris, 1973
- M. PRIEUR, *Les problèmes juridiques posés par les pollutions transfrontières*, Eric Schmidt Verlag, Berlin, 1984
- M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 6è. éd., 2011
- J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, Point Essai, 1970
- J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970
- M. REVAULT D'ALLONNES, *La crise sans fin : essai sur l'expérience moderne du temps*, Seuil, Paris, 2012
- S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975
- R. ROMI, *Droit de l'environnement*, Montchrestien, 7è. éd., 2010.
- R. ROMI, G. BOSSIS et S. ROUSSEAU, *Droit international et européen de l'environnement*, Montchrestien, août 2005
- J. N. ROSENAU, *The Study of World Politics: Globalization and governance*, Routledge, 2006
- S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard. (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980
- N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, ULB, 3è. éd., Bruxelles, 2010
- D. SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization*, Cambridge University Press, 2008
- O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, Bruxelles 1999
- P. DE SENARCLENS, *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, Armand Colin, 4è. éd., 2005
- M. SERRES, *Le contrat naturel*, Flammarion, 1992
- M. SERRES, *Temps des crises*, Le Pommier, 2012
- SFDI, *La crise de l'énergie et le droit international*, Pedone Colloque de Caen, 1976
- IUCN ACADEMY OF ENVIRONMENTAL LAW RESEARCH STUDIES, *The Law of Energy for Sustainable Development*, IUCN Academy of Environmental Law, 2005
- F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, PUF, 6è, juin 2004
- F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 7è. éd. 2005
- F. SUDRE, J. P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in PUF collection Thémis, 4è. éd., 2007
- M. SUEL, *Essai sur la codification à droit constant*, Ed. du Journal officiel, juill. 1993
- A. SUY, *La théorie des biens publics mondiaux : une solution à la crise*, l'Harmattan, Paris, 2009
- A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, 3è. éd., 2011

Traité, ouvrages et manuels

J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 22^e. éd., 2008

M. WEBER, *Economie et société*, tome 1 - Les catégories de la sociologie, Pocket, 1995

M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, 1986

M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, Pocket, 1992

E. BROWN WEISS, *Justice pour les générations futures : droit international, patrimoine commun et équité intergénérationnelles*, Sang de la terre : UNESCO, Paris, 1993

J. WIENER, *Globalization and the Harmonization of Law*, London and New-York, Pinter, 1999

R. WOLFRUM, *Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law*, RCADI, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, T. 272, 1998.

Thèses et mémoires en droit de l'énergie

M. ALBRESPY, *La nature juridique des concessions d'énergie hydraulique de la loi du 16 octobre 1919*, thèse droit, Toulouse, 1929

J. ALIBERT, *Obligations et responsabilités des distributeurs d'énergie électrique*, thèse droit, Paris, 1937

V. BAUDOUIN, *L'action communautaire appliquée aux hydrocarbures minéraux*, Université de Poitiers. Faculté de droit et des Sciences Sociales, thèse droit, 1999

M.C. BÉGUÉ, *La politique française de l'électricité à l'épreuve de l'intégration communautaire et du droit de l'environnement*, Université de Nantes. Faculté de droit et des sciences politiques, thèse droit, 2004

H. BERGER, *Le service public de l'énergie à l'épreuve du droit communautaire*, thèse droit, Aix-Marseille 3, 1994

H. BONIFACY, *Le service public et la distribution de l'énergie*, thèse droit, Paris, Vie universitaire, 1921

N. CHEBEL-HORSTMANN, *La régulation du marché de l'électricité : concurrence et accès aux réseaux*, thèse droit, Paris II ; Budapest ; Kinshasa, L'Harmattan, 2004

L. CLUZEL-METAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, thèse droit, Dalloz, n°52, 2006

D. COLOMBET, *Des droits du distributeur d'énergie électrique vis-à-vis des propriétaires*, thèse droit, Paris, 1925

E. DARSANESING, *La performance énergétique des bâtiments : droit de la construction ou droit de l'urbanisme ?*, Mémoire de master professionnel 1^{ère} année, Université de la Réunion, 2011

A. DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, *L'effet à l'égard des tiers des augmentations de tarifs dans les concessions de gaz et d'électricité*, thèse droit, Paris, 1926

H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergie et postes*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, thèse droit, 2008

G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles (Essentialité et droit communautaire de la concurrence)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, 2009, tome 124

J. DOREAU, *Rapports entre l'État et les sociétés de production, transport, distribution de l'énergie électrique*, thèse droit, Paris, impr. du Montparnasse et de Persan-Beaumont, 1928

L. DUPRÉ, *Le régime juridique des lignes de transport d'énergie à haute tension*, Université de Lyon faculté de Droit, thèse droit, Bosc frères, M. et L. Riou, 1932

J. DURAND-DASTÈS, *Le nouveau statut légal des forces hydrauliques françaises : la loi du 16 octobre 1919*, thèse droit, Tarbes, Impr. P. Lescamela, 1920

E. EUSTATZIU, *Le fondement juridique de la législation des chutes d'eau*, thèse droit, Paris, PUF, 1922

J. FLORIN, *La naissance d'un droit aux énergies renouvelables, une réponse pertinente à la mutation inéluctable du modèle énergétique français, dans le respect de l'environnement*, Université du littoral côte d'Opale, thèse droit, 2007

H. FRIEDLAENDER, *Des entreprises hydro-électriques: la réglementation de la distribution d'énergie, Véritable critère de la concession de service public : Etude de droit administratif comparé*, thèse droit, Altenburg ; Thür. , Pierersche Hofbuchdr. St. Geibel & Co., 1935

Thèses et mémoires en droit de l'énergie

- M. GALIBERT, *La régie municipale des distributions d'énergie électrique*, thèse droit, Toulouse, Impr. du Sud-Ouest, 1924
- P. GIRERD, *Aspects communautaires de l'approvisionnement en énergie nucléaire dans l'Europe des neuf*, thèse droit, Lille, 1985
- L. GRAMMATICO, *Les moyens juridiques du développement énergétique dans le respect de l'environnement (recherches sur le droit du développement durable)*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, thèse droit, 2003
- SR. GUILHON, *Etude au point de vue civil de la loi du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique*, thèse droit, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1921
- A. HAURIOU, *La mainmise de l'Etat sur l'énergie des cours d'eau non navigables ni flottables : (loi du 16 octobre 1919)*, thèse droit, Toulouse, 1921
- A. HEGO DEVEZA-BARRAU, *Droit et intégration des énergies renouvelables - Les règles juridiques relatives au développement et à l'utilisation des énergies renouvelables dans le bâtiment*, thèse droit, 2011
- B. HOGOMMAT, *Les enjeux de la prise en compte des biocarburants au regard des orientations de la politique agricole commune*, Université de Nantes, faculté de droit et de science politiques, Mémoire, mai 2009
- M. HUGUES, *Essai sur la nature juridique des tarifs d'énergie électrique, exposé théorique, historique et critique des rapports de l'administration et des entreprises de distribution d'électricité*, thèse droit, Montpellier, 1936
- M. HYON, *La détermination administrative du prix de vente de l'énergie électrique*, thèse droit, Paris, 1937
- C. ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-uni)*, Bibliothèque de droit public tome 242, thèse droit, Paris, LGDJ, 2006
- G. JALOUSTRE, *La houille blanche et son régime légal*, thèse droit, Paris, A. Rousseau, 1902
- R. KAEPPELIN, *Des projets de monopole de l'énergie électrique en Allemagne*, thèse droit, Paris, 1921
- C. KROLIK, *Les responsabilités des déchets nucléaires*, Université du littoral côte d'Opale, Mémoire de DEA, 2004
- A. LAGET, *Recherche sur la régulation des services publics en réseaux : le cas des télécommunications et de l'électricité*, Paris, 2001
- P. LANDELLE, *Le développement des sources d'énergie renouvelables et l'aménagement durable du territoire*, Université de Limoges, thèse droit, 2008
- C. LEMAIRE, *Energie et concurrence: recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Université de Droit, d'économie et des sciences d'Aix Marseille, thèse droit, Faculté de droit et des Sciences Politiques, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003
- LENCEREAU, *Essai de la nature juridique de la propriété minière. Étude de la loi du 9 septembre 1919*, thèse droit, Toulouse, 1922
- S. LEROUX, *Energie et développement durable urbain analyse des stratégies locales et essai de prospective pour les villes moyennes européennes*, Limoges, thèse de géographie, 2008

Bibliographie

- H. MARANGES, *Les transports d'énergie électrique et la propriété privée*, thèse droit, Paris, 1929
- P. MARCORELLES, *Les usines hydrauliques sur les cours d'eau du domaine public*, thèse droit, Toulouse, Impr. moderne, 1917
- G. MICAUD, *Conditions légales du transport et de la distribution de l'énergie électrique*, Université de Toulouse, thèse droit, 1908
- C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public : L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics*, thèse droit, Aix-Marseille III, 2010
- EL BACHIR MOULIM, *L'énergie et la protection de l'environnement dans la Communauté européenne*, thèse droit, Lille, 1996
- J.-B. PICCHINI, *Les aspects juridiques de l'énergie solaire*, thèse droit, Aix-en-Provence, 1984
- R. POLACK, *Du rôle respectif de la concession ou de la permission de voirie pour l'établissement des transports d'énergie électrique*, thèse droit, Paris, Rousseau & Cie, 1919
- A. RENAUD, *Les entreprises électriques et les collectivités : de la production, du transport et de la distribution de l'énergie électrique, envisagés au point de vue des rôles respectifs des pouvoirs publics et de l'industrie privée*, thèse droit, Université de Bordeaux I, 1931
- J.C DE LA RUELLE, *Exploitation en régie par les communes des distributions d'énergie électrique*, thèse droit, Paris, Impr. A. Bussière, 1923
- C. SALGUES, *Les fondements juridiques pour une politique européenne de l'énergie intégrée*, Mémoire de Master 2, Université de Limoges, 2011
- M. SANCY, *L'énergie solaire et le droit : analyse de droit comparé, éléments pour l'élaboration d'un système juridique cohérent favorisant le recours à cette forme d'énergie*, thèse droit, Arlon, Fondation Universitaire Luxembourgeoise, 1994
- R. SÉE, *Les entreprises de distribution d'énergie électrique : législation et jurisprudence*, thèse droit, Paris, Rousseau, 1903
- G. TROCHON, *Les distributions d'énergie électrique : loi du 15 juin 1906*, thèse droit, Paris, A. Rousseau, 1912
- G. DE TUGNY, *Le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz*, thèse droit, Paris, 1954
- L. URTIN, *Le régime légal des distributions d'énergie électrique en France (loi du 15 juin 1906)*, thèse droit, Paris, 1909
- J. BINET TARBÉ DE VAUXCLAIRS, *De la permission de voirie comme mode de distribution d'énergie électrique*, Jouve, thèse droit, Paris, 1937
- J. VEISSEYRE, *De l'État actionnaire dans les entreprises d'énergie hydraulique*, thèse droit, Paris, 1932

Thèses et mémoires juridiques

- N. BELAÏDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement*, thèse droit, Dijon, 2008
- P. BERLIOZ, *La notion de bien*, thèse droit, LGDJ, 2007
- S. BERRADA, *Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire*, thèse droit, Bordeaux IV, 2003
- F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz-Sirey, 2003
- L. BERTHIER, *La qualité de la justice*, thèse droit, Université de Limoges, 2011
- G. BONNEL, *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, Limoges, thèse droit, 2005
- B. A. BOURGUELE, *La notion de l'environnement, patrimoine commun de l'humanité et le principe de la souveraineté des Etats*, Université de Limoges, Diplôme de 3^{ème} cycle de droit international de l'environnement, mémoire dans le cadre du programme université par satellite de l'Agence universitaire de la Francophonie (AUPELF-UREF), 2002
- A. BOUZOUBAÂ, *L'Etat souverain entre le principe de la non-intervention et le droit d'ingérence*, Université de Perpignan, centre d'études et de recherches juridiques sur les espaces méditerranéen et africain francophones, thèse droit, 2008
- L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Toulouse I, thèse droit, LGDJ, bibliothèque de droit public, tome 259, 2008
- J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, thèse droit, L'Harmattan, 2004
- C. CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, Université de Limoges, thèse droit, 2009
- S. CAUDAL-SIZARET, *La protection intégrée de l'environnement en droit public français*, Université Jean Moulin Lyon 3, 1993
- S. CAZET, *Le recours en carence en droit communautaire*, Université de La Réunion, thèse droit, 2008
- M.A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Université Panthéon-Sorbonne, thèse droit, Paris, juin 2006
- M. CHATELAIN, *La responsabilité environnementale*, thèse droit, Montpellier, 2003
- N. DIERYCKXVISSCHERS, *Propositions opérationnelles pour que des évaluations intégrées de l'impact des projets de loi puissent être réalisées dans le cadre de leur préparation*, ENA, Rapport de stage en administration centrale, Paris, nov. 2008
- P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, thèse droit, bibl. constitutionnelle et de science politique, t. 80, 1994
- N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, thèse droit, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", vol. 25, 2003
- O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international - Régime conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, Pedone, thèse droit, Paris, 2004
- E. GAILLARD, *Génération futures et droit privé*, LGDJ, thèse droit, 2011
- L. GAY, *Les droits créances constitutionnels*, Aix-Marseille III, thèse droit, 2001
- F. GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, Université Robert Schuman, thèse droit, Strasbourg, 2001

Bibliographie

- G.J. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 157, 1991
- I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux une irréversibilité relative*, thèse droit, Bruylant, 2009
- N. LEROUX, *La condition juridique des organisations non gouvernementales internationales*, Université Panthéon Assas Paris II, thèse droit, 2010
- G.J. MARTIN, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Université de Nice - faculté de droit et des sciences économiques, thèse droit, Publications périodiques spécialisées, oct. 1976
- P. F. MERCURE, *L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux ressources naturelles*, thèse droit, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1999
- P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse droit, Dalloz, bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006
- S. NADAUD, *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*, thèse droit, Limoges, 2007
- X. OBERSON, *Les taxes d'orientation*, thèse droit, Genève, 1991
- V. REBEYROL, *L'affirmation d'un "droit à l'environnement" et la réparation des dommages environnementaux*, Université Paris I, thèse droit, Lextenso éditions, 2010
- A. RIFFIOD FAYARD, *Le patrimoine commun de l'humanité: une notion à reformuler ou à dépasser?*, Université de Dijon, thèse droit, 1995
- D. ROSENBERG, *Le Principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Presses du Palais-Royal, thèse droit, Paris, 1983
- P. SEGUR, *Recherches sur les relations du pouvoir politique et du temps*, thèse, Toulouse, Université des sciences sociales, 1993
- M.-O. STATI, *Le standard juridique*, Paris, thèse droit, 1927
- A. TREPPOZ, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, Limoges, thèse droit, 1997
- D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, thèse droit, 1975
- J. VANDERLINDEN, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles, thèse droit, 1967
- L. VATNA, *La justice internationale à l'épreuve de la question environnementale - contribution à l'étude de l'adaptation du contentieux international aux mutations de l'ordre international*, Université Strasbourg III - Robert Schuman, 13/12/2007
- A. E. VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, thèse droit, Nouvelles bibliothèques de thèses, Dalloz, 2004

Articles, chroniques et notes de jurisprudence en droit de l'énergie

- V. S. AILAWADI et S. C. BHATTACHARYYA, "Energy Access to the poor and Sustainable Development: Indian situation and alternative strategies", *CEPMLP*, n°14, 2004
- S. ANDOURA, L. HANCHER et M. VAN DER WOUDE, "Sur une proposition de Jacques DELORS : Vers une Communauté européenne de l'énergie : un projet politique", *Notre Europe*, n°76, juil. 2010
- J.-B. AUBY et P. LIGNIÈRES (DIR.), "Énergie photovoltaïque : un cadre juridique à parfaire", *DA*, n°11, prat. 2, nov. 2008
- R. BABADJI, "Le Traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994)", *AFDI*, 1996, p.872-893
- M. BADEL, I. DAUGAREILH, R. LAFORE et C. WILLMANN, "Lutte contre les exclusions. Droit à l'électricité", *RDSS*, 2001, p.851
- B. BAILLY, "Le schéma de services collectifs de l'énergie: vers un principe de subsidiarité en matière énergétique", *Rev. éner.*, n°532, déc. 2001, p.627
- J. L. BAL, "Les outils de financement des énergies renouvelables", *AJCT*, 2010, p. 8
- C. BARTHÉLÉMY, "Tarifs réglementés de vente et réorganisation de la distribution publique", *CJEG*, n°641, avril 2007, p.131-149
- M. L. BASILIEN-GAINCHE, "La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz, une reconfiguration des obligations de service public", *RFDA*, 2007, p.74
- P. BAUBY, "L'énergie et la notion de service public", *Après demain*, n°415-416, juin-septembre 1999, p.30
- B. LE BAUT-FERRARÈSE, "La loi sur l'énergie du 13 juillet 2005 et les énergies renouvelables", *D.*, 2006, p.189
- B. LE BAUT-FERRARÈSE et D. LANDBECK, "La loi sur l'énergie du 13 juillet 2005 et les énergies renouvelables", *AJDA*, 2006, p.189
- B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, "Nouvelles règles pour l'attribution des concessions d'énergie hydraulique", *JCP A*, n°13, 2071, mars 2009
- M. BAZEX, "Le contrôle par le Conseil d'État des mesures de détermination des tarifs règlementés de vente du gaz naturel", *DA*, 2012, comm. 21
- M. BAZEX, "La régulation des tarifs règlementés de vente du gaz naturel", *DA*, 2012, comm. 85
- M. BAZEX et S. BLAZY, "Quelle conciliation entre égalité et discrimination dans la détermination des tarifs du service public de l'électricité ?", *DA*, n°11, comm. 146, nov. 2008
- M. BAZEX et S. BLAZY, "La place des données économiques et concurrentielles dans la détermination des tarifs règlementés du gaz", *DA*, n°2, comm. 29, fév. 2008
- O. BEATRIX, "La contribution aux charges de service public de l'électricité : de l'ombre à la lumière", *RFDA*, 2012, p. 935
- G. BELLOC ET R. COIN, "Les orientations de la politique énergétique - À propos de la loi de programme du 13 juillet 2005 ", *JCP G*, n°40, act 519, 2005
- F. BERGER, "Droit communautaire de l'énergie", *JCL Europe*, fasc. 2500, 1997, p.12
- S. BERGÈS, "Contrats d'obligation d'achat d'électricité, compétence juridictionnelle et loi

Bibliographie

interprétative", *LPA*, n°194, 29/08/2010, p.17

S. BERGÈS et B. BROSSARD, "La gestion des flux physiques et financiers au titre du contrat de stockage de gaz naturel", *JCP E*, n°39, 30/09/2010, 1839

J. BERGOUGNOUX et W. VAROQUAUX, "Caractéristiques du service public de l'électricité", *CJEG*, oct. 1987, p.811

B. BERKOVSKI, "Le programme solaire mondial 1996-2005, autoroute solaire vers le développement durable", in E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie. Penser le XXI^e siècle*, Pasages, 1996, p.99-110

A. BETTE, "Enseignements de sept années d'application du régime d'approvisionnement institué par le Traité de l'Euratom", *AFDI*, 1965, p. 713 et 714

C. LE BIHAN GRAF et O. BEATRIX, "La nouvelle organisation du marché de l'électricité", *AJDA*, 2011, p. 432

P. BILLET, "La transparence et la sécurité en matière nucléaire ; à propos de la loi numéro 2006-686 du 13 juin 2006", *Env.*, n°8, 01/08/2006, p.9-14

P. BILLET, "Loi relative au secteur de l'énergie", *Env.*, n°1, comm. 5, janv. 2007

G. BLOCK et R. COIN, "La loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité", *JCP G*, n°9, 01/03/2000, p.331-334

C. BOITEAU, "Le code de l'énergie : entre urgence mal contrôlée et choix politique discutable", *AJDA*, 2011, p. 1169

C. BOITEAU, "Les tarifs réglementés du gaz controversés", *AJDA*, 2012, p. 1305

C. BOITEAU, "Le prix controversé du rachat de l'énergie éolienne ou l'énergie renouvelable à quel prix ?", *AJDA*, 2009, p.2105

C. BOITEAU, "Délégation de service public - Notion et catégories", *JCLA*, fasc. 660, 2011

C. BOITEAU, "Délégation de service public - Régime juridique", *JCLA*, fasc. 662, 2012

B. BONZOM, "Le vol d'électricité", *CJEG*, Chron. 1., janv. 1985

K. BOSSELMANN, "Ethical implications of energy for sustainable development", in A. J. BRADBROOK, *The law of energy for sustainable development* Cambridge University Press, 2006

P. DE LA BOUILLERIE et B. MARTOR, "Projets éoliens offshore : un nouveau souffle électrique en haute mer", *JCP E*, 2010, 1394

G. BOUQUET, "Les mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables à l'épreuve des articles 87 et 88 du traité relatifs aux aides d'Etat", *AJDA*, 03/04/2006, p. 697-701

A. BOURLON, "Énergie solaire : régulation ou insécurité juridique ?", *AJCT*, 2010, p.10 et s.

A. J. BRADBROOK, "Access to energy services in a human rights framework", *Human Rights Quarterly*, vol. 28, n°2, 2005

A. J. BRADBROOK et R. D. WAHNSHAFFT, "International Law and Global Sustainable Energy Production and Consumption", in A. J. BRADBROOK, R. LYSTER, R. L. OTTINGER and W. XI, *The Law of Energy for Sustainable Development*, Cambridge University Press, 2005, p.181 s.

F. BRENET, "La nature juridique des contrats conclus entre EDF et les producteurs autonomes d'électricité", *DA*, n°11, comm. 139, nov. 2010

Articles, chroniques et notes de jurisprudence en droit de l'énergie

- P. BRINGUIER, "Droit nucléaire", *Droit de l'env.*, n°177, avril 2010, p.129
- P. BRINGUIER, "Le droit nucléaire", *Droit de l'env.*, n°172, oct. 2009, p.16-22
- P. BRINGUIER, "Le droit nucléaire : la sûreté", *Droit de l'env.*, n°164, nov. 2010, p.374-378
- S. BRONDEL, "GDF n'est privatisable qu'à compter du 1er juillet 2007", *AJDA*, n°42, 2006, p.2309
- X. CABANNES, "Les énergies renouvelables et la fiscalité locale", *AJCT*, 2010, p.20
- C. A. D., "Nature juridique du contrat de rachat d'électricité : feu la rivière du Sant", *JCP A*, 2010, act. 562
- A. CAIGNOL, "Les risques nucléaires : du dialogue constructif à la réglementation", *Droit de l'env.*, n°171, sept. 2009, p.17-19
- A. CARPENTIER, "Tarif d'achat de l'électricité d'origine solaire, 2010 l'année de la transition", *JCP A*, 2010, 2319
- A. CARRON, "La production autonome d'électricité et le droit", *CJEG*, déc. 1972, p.77
- P. CATALA, "La matière et l'énergie", in *Mélanges F. Terré*, LGDJ, 1999, p.557 et s.
- S. CAUDAL, "Un nouvel obstacle pour l'écotaxe sur l'énergie, commentaire de l'extrait de la décision du Conseil constitutionnel n°2000-411 DC du 28 décembre 2000, concernant l'extension de la taxe générale sur les activités polluantes à l'énergie", *RJE*, n°2, 2001, p.215-230
- N. CHARBIT, "Énergie. Censure partielle de la loi relative au secteur de l'énergie : le Conseil constitutionnel, juge communautaire de la concurrence", *AJDA*, n°44, 2006, p.2438-2440
- G. CHAVRIER, "Electricité", *JCL A*, fasc. 154, 29/05/2002
- J.-M. CHEVALLIER et M.-A. FRISON-ROCHE, "Peut-on interdire le commerce pur de l'électricité ?", *Le Monde*, 29/07/1999
- J. COMBACAU, "La crise de l'énergie au regard du droit international", Colloque de Caen, *La crise de l'énergie et le droit international*, Pedone, 1976,
- L. LE CORRE, "Régime juridique des éoliennes", *JCL env.*, fasc. 4420, 2007
- E. DE CROUY-CHANEL, "Esquisse d'une théorie fiscale de l'écotaxe", *Droit fiscal*, n° 9, 26/02/2009, 207
- J.F. DEBAT, "Le système français des certificats d'économie d'énergie", *CJEG*, oct. 2006, p.365-368
- G. DELALOY, "L'incidence du changement de statut d'EDF sur la nature juridique des contrats conclus avec les producteurs autonomes d'électricité", *Contrats -Marchés publ*, étude 3, 2006
- H. DELZANGLES, "L'indépendance de L'Autorité de sûreté nucléaire, des progrès à envisager", *RJE*, 2013, n° 1, p. 7-30
- H. DELZANGLES, "Provisions pour démantèlement des centrales nucléaires et droit communautaire des aides d'État", *REDE*, n°1, 2007, p. 71-78
- H. DELZANGLES, "La codification du droit de la commande publique est possible : les enseignements du droit espagnol", *DA*, avril 2009, étude 8
- J. DESRUTINS, "Vers une globalisation du concept d'énergie durable", in J. MORAND-DEVILLER, J.-C. BONICHOT, M. TORRE-SCHAUB et L. VIDAL, *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, Paris, Mission de

Bibliographie

recherche Droit et justice, 2008

A. HEGO DEVEZA-BARRAU, "La valorisation par le diagnostic de performance énergétique", *Droit et ville*, n°66, 01/08/2008, p.97-105

G. DEZOBRY, "Électricité nucléaire et théorie des facilités essentielles", *Revue des affaires européennes*, n°4, 2009-2010 (2011), p.763-770

G. DEZOBRY, "L'analyse concurrentielle de la rente du nucléaire", *Cont.conc.cons.*, 2009, n°4, p.8-12

G. DEZOBRY et F. FONTAINE, "Régulation et droit de la concurrence : Regards croisés sur la décision Deutsche Telekom", *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2008, n° 41, p. 17-21

G. DRAGO, "Service public de l'énergie : fin d'un service public national, à propos de la décision du Conseil constitutionnel, loi relative au secteur de l'énergie", *JCP A*, n°4, 22/01/2007, p.30-38

J.-D. DREYFUS, "Règlement des différends dans le secteur de l'énergie : L'Autorité de régulation peut-elle écarter un acte réglementaire qu'elle estime illégal ?", *AJDA*, 2011, p. 1312

T. DUBREUIL, G. AUDRAIN-DEMEY et J.-P. ATTAL, sous la direction de B. LORMETEAU, "Energies renouvelables : les résistances au changement", *Droit de l'env.*, n°194, oct. 2011, p.283-286

T. DUBREUIL, "Gaz de schiste : quelles implications pour le droit de l'environnement et du développement durable ? ", *Droit de l'env.*, n°190, mai 2011, p. 148-151

M. DUPRÉ, "L'énergie photovoltaïque fruit vert ou fruit mur? Le régime d'installation des panneaux photovoltaïques", *Droit et ville*, n°70, 2010, p.50-62

G. DURAND-PASQUIER, "Éoliennes et santé humaine : Application ou non d'un principe de précaution ?", *Construction - Urbanisme*, n°10, alerte 54, oct. 2009

M. DUTU, "La dépendance énergétique, la souveraineté et le droit international général", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.29-52

M. EL-BARADEI, "A Global Agency Is Needed for the Energy Crisis", *Financial Times*, 23/07/2008

P. ESPLUGAS, "Notion de service public (droit interne et droit communautaire)", *JLA A*, Fasc. n°149, 2010

J.Y. FABERON, "Droit de la maîtrise de l'énergie, Avril 1991 à septembre 1992", *RJE*, n°2, 01/04/1993, p.239-276

E. FATOME et P. TERNEYRE, " Le statut des biens des délégations de service public Après l'arrêt Commune de Douai", *AJDA*, 2013 p. 724

J.W. FERNANDEZ, "Indigenous Rights Versus Development of Natural Resources: Which Will be the Best Solution to Resolve Conflicts?", *CEPMLP*, n°7, 08/08/2000

J.-M. FÉVRIER, "L'article 88-IV de la loi du 12 juillet 2010 ne soulève pas de question sérieuse de constitutionnalité", *Env.*, n°5, comm. 61, mai 2011

J.-M. FÉVRIER, "À propos de la validation législative de la modification des tarifs d'achat de l'électricité d'origine photovoltaïque", *Env.*, n°12, étude 32, déc. 2010

J.-E. FILMER-WILSON et M. ANDERSON, "Integrating Human Rights into Energy and Environment Programming : A Reference Paper", UNDP, May 2005

M.A. FRISON-ROCHE, "Droit de l'énergie, droit à l'énergie", *Revue de l'énergie*, n°509, 1999,

p.615-618

G.C., "Couper court aux coupures de courant", *Revue Lamy de la concurrence*, n°15, 04/2008

E. GAILLARD, "Application du Traité sur la Charte de l'énergie : la décision sur la compétence dans l'affaire Plama contre Bulgarie", *Décideurs Juridiques et Financiers*, n°63, 15/03/2005, p.108-109

P. GALAN, "Les installations photovoltaïques et le droit de l'urbanisme", *AJDA*, 2010, p.2147

A. LE GALL, "La loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité : le transitoire appelé à durer", *JCP E*, 2011, 1076

A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°4, 26/01/2006

A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°5, 01/02/2007

A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°7, 14/02/2008

A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°12, 19/03/2009

A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°17, 29/04/2010

A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°14, 07/04/2011, 1284

A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°21, 24/05/2012, 1327

A. LE GALL, "Droit de l'énergie", *JCP E*, n°18, 02/05/2013, 1264

Z. GAO, "Environmental Regulation of the Oil and Gas Industries", *CEPMLP*, n°2, 1997

E. GARLAND, "Démantèlement des plates-formes pétrolières", *Encyclopédie Universalis*

J. GIROD, "Le droit à l'énergie dans les politiques de développement", in E. MALET et M. PATY, *Le droit à l'énergie*, 1996

G. GODFRIN, "Centrales photovoltaïques au sol", *Constr.-Urb.*, févr. 2010, comm. 18

A. GOSSEMENT, "Les éoliennes au lendemain du Grenelle 2 : des objectifs ambitieux, des moyens compliqués", *AJCT*, 2010, p. 8

L. GRARD, "Les racines européennes de la nouvelle organisation française du marché de l'électricité - À propos de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité", *Europe*, 2011, étude 3

P. GRIMAUD, "Implantation d'un parc de production d'électricité photovoltaïque en zone couverte par la loi Montagne", *AJDA*, 2012, p. 1538

P. GUILLARD, "Énergies renouvelables : l'exemple de l'éolien", *Env.*, 2011, étude 17

L. IDOT, "Article 101 TFUE et relations horizontales dans le secteur du gaz", *RTDE*, 2013, p. 911

L. IDOT, "E.ON/Endesa, GDF/Suez et les autres...", *Europe*, Repère 10, nov. 2006

L. IDOT, "Intervention de l'État dans la fixation du prix", *Europe*, comm. 206, juin 2010

C. KEREBEL, "Quelle gouvernance pour les marchés du pétrole et du gaz", in C. KEREBEL et J. H. KEPPLER, *La gouvernance mondiale de l'énergie*, UCL Presses universitaires de Louvain, 2009

C. KEREBEL, "Qu'est-ce que la gouvernance globale de l'énergie? Les termes du débat", in C. KEREBEL et J. H. KEPPLER, *La gouvernance mondiale de l'énergie*, UCL Presses universitaires de Louvain, 2009

Bibliographie

- C. KÉREBEL, "Pour une gouvernance mondiale de l'énergie renforcée", in C. KÉREBEL et J. H. KEPPLER, *La gouvernance mondiale de l'énergie*, UCL Presses universitaires de Louvain, 2009
- J.-P. KOVAR, "L'Autorité de la concurrence l'étendue de sa compétence à l'égard du gestionnaire du réseau de transport de l'électricité (EDF et RTE) ", *Concurrences*, n° 3-2011, n°38201, pp. 213-214
- C. KROLIK, "Un prélude en demi-teinte : à propos de la décision n° 2013-666 DC loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre", *RJE*, n° 3, 2012
- C. KROLIK, "Le droit à l'énergie", in *Technique et droits humains*, Lextenso, 2011.
- C. KROLIK, "Le droit de l'énergie durable comme moyen de valoriser les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique", 2008, www.iucn.org
- C. KROLIK, "Le droit communautaire de l'énergie durable", *REDE*, n°.1, 2009, p.65-82
- C. KROLIK et T.T.H. TRANG, "Clean energy aspects in the law on environmental protection in Vietnam some relevant references to EU s Law", *Law and development*, n°.2, 2008
- C. KROLIK, "La gestion de l'énergie par les collectivités locales et les noces d'émeraude", *Le Moniteur - complément territorial*, déc. 2010, p.55-58
- C. KROLIK, "Énergie et climat dans la loi portant engagement national pour l'environnement", *RJE*, n°.spécial, 2010
- C. KROLIK, "La prévention de risques nucléaires civils", in *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Larcier, 2011
- C. KROLIK, "Un code primeur pour le droit de l'énergie", *RJE*, n°4, 2011
- F. LAFFAILLE, "Annulation par le Conseil d'État de l'arrêté du 13 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité", *AJDA*, 2013, p. 126
- F. LAFFAILLE, "L'annulation par le Conseil d'État des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité - À propos d'un « comme si » ", *AJDA*, 2013, p. 364
- M.-B. LAHORGUE, "Vingt ans après Tchernobyl : un nouveau régime international de responsabilité civile nucléaire", *JDI*, n°.1, janv. fev. mars 2007, p.103
- M. LAMOUREUX, "Le bien énergie", *RTD com.*, 2009, p.239
- P. LAMY et Z. LAIDI, "La gouvernance ou comment donner sens à la globalisation", in *Conseil d'analyse économique, Rapport sur la gouvernance mondiale*, 2002, p.193-210
- C. LE BIHAN GRAF, "La nouvelle organisation du marché de l'électricité", *AJDA*, 2011, p. 432
- F. LICHÈRE, "De l'urgence à augmenter les tarifs réglementés du gaz : *RJEP* 2012, comm. 9 ; Dossier spécial, Code de l'énergie", *RJEP*, janv. 2012
- P. LIGNIERES ET A. BAISECOURT, "Nouvelle organisation du marché de l'électricité : l'ouvrage de Pénélope", *DA*, 2011, étude 14
- F. LILLE, "Un bien public mondial l'énergie", *Hémisphères*, n°.20, Belgique, juin 2003
- J. L. LOFTIS et M. J. BEELEY, "The Rise of Energy Charter Treaty Arbitration", *The European Arbitration Review*, 2007, www.globalarbitrationreview.com
- C. LONDON, "Energie et environnement: une équation difficile", *Env.*, oct. 2005, p.11-16
- V. LOY, "Nature du contrat conclu entre EDF et un producteur d'électricité d'origine photovoltaïque", *RJEP*, 2011, comm. 34 ; V. également *Env.*, 2011, études 7 à 23

Articles, chroniques et notes de jurisprudence en droit de l'énergie

- C. LUCET, "Delors pour une "Communauté européenne de l'énergie"", *Sud ouest*, 30/11/2007
- J.-L. MAILLOT, "Bilan jurisprudentiel du contentieux éolien", *Constr. - urb.*, 2011, étude 5
- S. MALJEAN-DUBOIS et J. C. MARTIN, "L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux", *JDI*, n°2, avril 2007
- J. MARY, "Code de l'énergie : un ouvrage incomplet aux enjeux choisis", *Droit de l'env.*, n°190, mai 2011, p. 157-159
- C. MAYEUR-CARPENTIER, L. CLEMENT-WILZ ET F. MARTUCCI, E. MULLER, "Financement de l'énergie éolienne et aide d'État" ; *RTDE*, 2012, p. 943
- C. MIGAZZI, "La sécurité énergétique et le droit international de l'environnement", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.291-308
- MLB, "Réglementation du prix de fourniture du gaz", *RJEP*, 2010, comm. n° 50
- F. MODERNE, "Le droit des énergies renouvelables observations sur le modèle espagnol", in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, *Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, p.1408-1422
- M. MOLINER-DUBOST, "Nucléaire", *JCL env.*, fasc. 4040, 18/02/2009
- M. DE MONSEMBERNARD, "L'intervention de la CRE au titre de sa mission de règlement des différends", *DA*, n°58, avril 2005
- M.-C. DE MONTECLER, "L'éolien surgit dans le débat sur la tarification de l'énergie", *AJDA*, 2012, p. 1880
- H. MONTOUCH, "Le service public face à la libération des marchés de l'électricité: révolution ou évolution?", *Gaz. Pal.*, 16/09/1999
- K. NERI, "Le droit à l'énergie, un nouveau droit de l'Homme?", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.335-352
- S. NICINSKI, "La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité", *RJEP*, 2011, étude 2
- S. NICINSKI, "A propos des concessions locales de distribution d'électricité - évitons les surtensions !", *AJDA*, 2010, p.1737
- G. ORSONI, "Contribution au service public de l'électricité", *RTD com.*, 2013, p. 731
- R. L. OTTINGER, "Legal frameworks for Energy for Sustainable Development", in A. J. BRADBROOK, R. L. OTTINGER and W. XI *The Law of Energy for Sustainable Development*, Cambridge University Press, 2005
- R. L. OTTINGER et F. ZALCMAN, "Legal measures to promote renewable and energy efficiency resources", in A. J. BRADBROOK and R. L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, IUCN Environmental Policy and Law Paper n° 47, 2003, p.78 s.
- E. PAILLARD et J. VUAGNOUX-GAUCH, "Fausse alerte sur l'éolien off-shore", *Env.*, 2011, comm. 107
- H. PAULIAT, "La légalité du décret suspendant temporairement l'obligation de conclure des contrats d'achat d'électricité solaire", *JCP A*, 2012, 2149
- R. PEYLET, "Le code de l'énergie", *RFDA*, 2011, p. 905
- R. PEYLET, "La nouvelle organisation du marché de l'électricité", *RFDA*, 2011, p. 311

Bibliographie

- P. B. POTTER, "Basic Energy and International Law", *The American Journal of International Law*, n°4, vol. 39, oct. 1945, p.788-790
- M. PRIEUR, "Les déchets radioactifs, une loi de circonstance pour un problème de société", *RJE*, n°1, 1992, p.19
- M. PRIEUR, "L'énergie et la prise en compte de l'environnement", *RJE*, n°3, 1982, p.231 et s.
- M. PRIEUR, "Le droit public solaire en France", *RJE*, n°4, 1979, p.275
- M. PRIEUR, "Droit et énergie solaire", *Revue Aménagement du territoire et droit foncier*, n°8, 1980
- J. PROUTEAU, "L'action extérieure de l'Union européenne en matière d'énergie", in S. DOUMBÉ-BILLÉ (DIR.), *Défis énergétiques et droit international*, Larcier, 2010, p.213-234
- P.F RACINE, "Le comité de règlement des différends et des sanctions de la CRE : premières leçons", *RJEP*, 2010, Étude n°4
- L. RAPP, "Nature juridique et régime contentieux du contrat de raccordement électrique", *AJDA* 2012, p. 764
- H. REEVES, "Énergie grise", *Journal Montréal*, 25/01/2009, www.hubertreeves.info
- L. RICHER, "Droit d'accès et service public", *AJDA*, n°2, 16/01/2006, p.73-79
- J. ROSELL, "Les arbitrages du Traité sur la Charte de l'Énergie", *Décideurs Juridiques et Financiers*, n°77, 15/07/2006, p.104-105
- P. SABLIERE, "Un code en manque d'énergie", *AJDA*, 2011, p. 1427
- P. SABLIERE, "Les énergies renouvelables et les plans locaux d'urbanisme", *AJCT*, 2010, p. 13
- P. SABLIERE, "Quel code pour le droit de l'énergie?", *AJDA*, n°24, 07/07/2008, p.1302-1309
- P. SABLIERE, "La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz", *CJEG*, n°hors série, févr. 1993
- P. SABLIERE, "Le nouveau cahier des charges type de la concession du réseau d'alimentation générale en énergie électrique", *CJEG*, mars 1995, p.87
- P. SABLIERE, "Y a-t-il un droit de l'électricité", *CJEG*, janv 1999, p.1-35
- P. SABLIERE, "Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ?", *AJDA*, 2005, p.2324
- P. SABLIERE, "La nature juridique de l'électricité et les conséquences qui en résultent quant à sa fourniture", *LPA*, n°113, 06/06/2007, p.4 et s.
- P. SABLIERE, "La mise en concurrence des concessions de force hydraulique", *AJDA*, 2007, p.2012
- P. SABLIERE, "La nouvelle concession du réseau de transport d'électricité", *AJDA*, 2009, p.462
- F. SCANVIC, "Le système français de distribution publique de l'électricité", *AJCT*, 2011, p. 512
- M. SCHLESINGER, "La fixation des tarifs réglementés et le juge des marchés régulés", *RJEP*, 2012, étude 8
- J.E. SCHOETTL, "Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie (1ère partie)", *LPA*, n°244, 7 déc. 2006, p.3-23, n°245, 8 déc. 2006 p.16-21
- P. TERNEYRE, "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension - à propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", *AJDA*, 2010, p.1640

Articles, chroniques et notes de jurisprudence en droit de l'énergie

- P. TERNEYRE, "Domaines publics et énergies renouvelables", *Env.*, n°2, dossier 3, fév. 2011
- P. THIEFFRY, "La taxe carbone contraire à l'objectif de lutte contre le changement climatique", *AJDA*, 2010, p.1
- J. TOUSCOZ, "Le traité de la Charte de l'énergie (aspects juridiques)", *Revue de l'énergie*, n°481, oct. 1996, p.494
- S. TULLY, "The Human Right to Access to Electricity", *The Electricity Journal*, 03/02/2006, p.30 s.
- S. R. TULLY, "The Contribution of Human Rights to Universal Energy Access", *Northwestern Journal of International Human Rights*, n°4, issue 3, 2006
- T. TUOT, "Nouvelle organisation du marché de l'électricité - À propos de la loi NOME du 7 décembre 2010", *JCP G*, 2011, 283
- T. TUOT, "Énergie : le projet de loi sur la privatisation de GDF procède à la transposition des directives énergie de 2003", *Concurrences*, n°3, 2006, p.123
- T. TUOT, "Régulation du marché de l'électricité: une année de règlement des différends", mars-avril 2003, p.312-323
- C. VIAL, "La loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, entre ouverture et protection", *Env.*, n°3, étude 5, mars 2007
- C. VIAL, "Energie", *JCL Europe Traité*, fasc. 1982, 15/07/2010
- UNCTAD, "Energy Services in International Trade: Development Implications", *CEPMLP*, n°19, 19/11/2001
- O. UCHE, "A Legal Guide to Investing in Nigeria's Mining Sector", *CEPMLP*, n°6, 28/06/2000
- UNCTAD, "Energy Services in International Trade: Development Implications", *CEPMLP*, n°19, 19/11/2001
- C. WAETERLOOS, "Une charte européenne de l'énergie : Pour quoi faire ?", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n°348, 01/06/1991, p.439-445
- C. WAETERLOOS, "La Charte européenne de l'énergie : pour quoi faire?", *Energie en Europe*, n°18, 1992, p.101-107
- T. WÄLDE, "The Role of Arbitration in the Globalisation of Energy Markets", *CEPMLP*, n°6, 01/07/2000
- T. WÄLDE, "Mediation/Alternative Dispute Resolution in Oil, Gas and Energy Transactions: Superior to Arbitration/Litigation from a Commercial and Management Perspective", *CEPMLP*, n°13, 02/04/2003
- T. WÄLDE, "Environmental Policies Towards Mining in Developing Countries", *Energy&Nat. Resources*, n°10, 1992, p.327-348
- T. WÄLDE, "A requiem for the 'New International Economic Order'. The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law", *CEPMLP*, 1995
- T. WÄLDE, "International Energy Investment", *Energy Law Journal*, n°1, 1996, p.191-215
- T. WÄLDE, "Sustainable development and the 1994 Energy Charter Treaty : Between Pseudo-action and the management of environmental investment risk ", in F. WEISS, E. DENTERS et P. de WARRT, *International economic law with a human face*, Kluwer, 1998, p.244
- T. WÄLDE, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty - From Dispute Settlement to Treaty Implementation", *CEPMLP*, n°1, oct. 1998

Bibliographie

- T. WÄLDE, "Law, Contract & Reputation in International Business: What works?", *CEPMLP*, n° 3, 1998
- T. WÄLDE, "Access to Energy Networks: A Precondition for Cross-border Energy and Energy Services Trade", *CEPMLP journal*, n° 9, August 2001
- T. WÄLDE, "The role of selected international agencies in the formation of international energy law and policy towards sustainable development", in A. J. BRADBROOK and R. L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, 2003, p.171 s.
- T. WÄLDE, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty : An Overview of Selected Key Issues", *Transnational Dispute Management*, n° I, n° 2, 2004
- T. WÄLDE, "Natural Resources and Sustainable Development", in N. SCHRIJVER et F. WEISS, *International Law and Sustainable Development - Principles and Practice*, Martinus Nijhoff, 2004, p.119-150
- T. WÄLDE, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation", *Transnational Dispute Management*, n° 1, issue 1, feb. 2004
- T. WÄLDE et A. KOLO, "Confiscatory Taxation under Customary International Law and Modern Investment Treaties", *CEPMLP*, n° 4, 1999
- A. S. WAWRYK, "Green pricing and green power marketing Demand-side mechanisms for promoting "green power" in deregulated electricity markets", in A. J. BRADBROOK and R. L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, IUCN Environmental Policy and Law Paper n° 47, 2003
- J. LANG WEAVER, "Sustainable development in the petroleum sector", in A. J. BRADBROOK and R. L. OTTINGER, *Energy Law and Sustainable Development*, IUCN Environmental Law Programme, IUCN Environmental Policy and Law Paper n° 47, 2003, p.43 s.
- M. WEMAËRE et D. GRIMEAUD, "La promotion des énergies renouvelables à l'aune du droit communautaire des aides d'Etat", *Gaz. Pal.*, n° 18, 18-19/01/2006, p.23-37
- S. WERTZ-KANOUNNIKOFF et D. ROJAT, "Governance of Renewable Natural Resources : Concepts, Methods and Tools ", *AFDI*, n° 47, sept. 2007
- K. WESTPHAL, "Energy Policy between Multilateral Governance and Geopolitics : Whither Europe ?", *Internationale Politik und Gesellschaft*, n° 4, 2006, p.44-62

Articles, chroniques et notes de jurisprudence juridiques

- Y. AGUILA, "Valeur de la Charte de l'environnement", *Constitutions*, n°.1, mars 2010, p.140-143
- Y. AGUILA, "La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement", *Constitutions*, n°.3, sept. 2010, p.433-435
- P. AMSELEK, "Philosophie du droit et théorie des actes de langage", in Id (DIR), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, Paris, 1986, p.114
- A.J. ARNAUD, "De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation", *droit et société*, n° .35, 1997, p.11
- H. ASCENSIO, "*L'amicus curiae* devant les juridictions internationales", *RGDIP*, n° .4, 01/10/2001, p.897-930
- J.-B. AUBY, "Droit administratif et jus cogens", *DA*, vol. n° .3, repère 3, mars 2006
- J.-B. AUBY, "Global Public Goods and Global Administrative Law", in G. ANTHONY, J.-B. AUBY, J. MORISON et T. ZWART (DIR.), *Values in Global Administrative Law*, Hart Publishing, 2010
- J.-B. AUBY, "Nouvelles de la démocratie administrative", *DA*, n° .4, repère 4, avril 2010
- J.-B. AUBY, "Le « troisième secteur »", *DA*, n° .8, repère 8 Août 2006,
- J.-B. AUBY, "Le juge administratif, objet d'étude", *DA*, n° .8, repère 8, août 2007
- J.-B. AUBY, "L'unité du droit", *DA*, n° .6, repère 6, juin 2009
- D. BAILLEUL, "Le service universel, futur service public ?", *Revue de la recherche juridique. droit prospectif*, n° .2, 01/04/2000, p.561-575
- D. BAILLEUL, "L'ouvrage public: de l'intangibilité de droit à l'intangibilité de fait?", *AJDA*, 2009, p.1057
- C. BARDON et Y. SIMONNET, "Telaustria : quel périmètre ?", *DA*, n° .1, étude 2, janv. 2009
- L. BARTOLOMEUSZ, "The *amicus curiae* before International Court and Tribunals", *Non State Actors and International Law*, vol. 5, 2005, p.209-286
- B. LE BAUT-FERRARESE, "La nature des droits négociables à polluer ou à produire plus "vert" au regard du droit communautaire des aides d'Etat", *Environnement*, n° .2, fév. 2009, p.16-19
- B. LE BAUT-FERRARESE, "Européenne, la taxe carbone doit-elle l'être ou à défaut ne pas être ?", *Env.*, n° .6, étude 12, juin 2010
- M.BAZEX, "La concession de service public et le traité de Rome", in P. DELVOLVÉ, C. BRÉCHON-MOULENES, G. GUISOLPHE, F. LLORENS et J.-B. AUBY, *La concession de service public face au droit communautaire*, Sirey, 1992, p. 59
- M. BAZEX, "Obligations communautaires de transparence et prestations des services publics", *DA*, n° .spécial, 1993, p.15
- M. BAZEX, "La problématique des monopoles et droits exclusifs et spéciaux au regard des traités communautaires", in B. THIRY et J. VANDAMME (DIR.), *Les entreprises publiques dans l'Union européenne, entre concurrence et intérêt général*, Pedone, 1995, p. 35
- M.BAZEX, "Le concept de service public en droit national français", in L.GRARD et J.VANDAMME (DIR.), *Vers un service public européen*, Paris, ASPE Europe éd., 1996, p. 117
- M. BAZEX, "L'ambition de la doctrine", in *Droits et libertés en question, Billets d'humeur en*

Bibliographie

l'honneur de Danièle Lochak, LGDJ, 2006

M. BAZEX, "Les interactions entre le droit et l'économie : l'exemple du contrôle entre le juge administratif des opérations de concentrations entre entreprises", in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Economica, 2006

M. BAZEX, "Contenu et conditions d'exécution du service universel", *DA*, n°3, Comm. 51 01/03/2007, p.30-32

M. BAZEX et S. BLAZY, "Le régime de la restitution des aides", *DA*, n°7, comm. 112, juill. 2006

M. BAZEX et S. BLAZY, "Les conditions d'application de la théorie de l'abus de position dominante automatique", *DA*, n°1, comm. 4, janv. 2009

O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, "L'article 6 de la Charte de l'environnement devant le juge administratif", *Droit de l'env.*, n°188, mars 2011, p.83-87

D. DE BÉCHILLON, "L'imaginaire d'un code", *Droits*, n°27, 1998, p.173-184

N. BERNARD, "Le droit au logement dans la Charte sociale révisée: à propos de la condamnation de la France par le Comité européen des droits sociaux", *RTDH*, n°80, 2009, p.1061-1089

F. BERROD, "Le développement durable, nouvelle frontière du marché unique", in P. DEMARET, I. GOVAERE et D. HANF (EDS.), *Dynamiques juridiques européennes*, édition revue et mise à jour de 30 ans d'études juridiques et européennes au Collège d'Europe, P.I.E Peter Lang, Bruxelles, 2007, p. 357-372

C. BERTRAND, "Mondialisation, Etat de droit et construction européenne", in D. MOCKLE (DIR.), *Mondialisation et Etat de droit*, Bruylant, 2002, p.141

E. BESSON, " Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi", in J.M. PONTIER (DIR.), *La simplification du droit*, PUAM, 2006

J. BÉTAILLE, "Le droit français de la participation du public face à la Convention d'Aarhus", *AJDA*, 2010, p.2083

J. BÉTAILLE, "La contribution du droit aux effets de la participation du public: de la prise en considération des résultats de la participation", *RJE*, n°2, 2010, p.187-217

J. BÉTAILLE, "La procédure de l'étude d'impact après la loi portant engagement national pour l'environnement: des insuffisances récurrentes", *RJE*, n°spécial, 2011

J. BÉTAILLE, "Le décloisonnement du principe de précaution, un effet de sa constitutionnalisation", *Droit de l'env.*, n°182, sept. 2010, p.274-275

B. BILLA et J.-F. CALMETTE, "L'idée de régulation : entre interventionnisme public et analyse économique", *LPA*, n°40, 25/02/2008, p.10-20

P. BILLET, "Les contraintes environnementales de l'énergie, atouts du développement", *Env.*, juin 2007, p.2

P. BILLET, "L'invalidation de la "contribution carbone"", *JCP A*, n°4, 25/01/2010, p.31-35

P. BILLET, "Le « juste équilibre » des droits au service de la protection de l'environnement", *Env.*, n°6, alerte 63, juin 2010

L. BORE, "L'action en représentation conjointe, class action française ou action mort-née?", *D.*, n°267, Chron., 1995

L. BORE, "Action collective et protection de l'environnement", *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010

Articles, chroniques et notes de jurisprudence juridiques

- S. BOT, "L'aggiornamento du Conseil d'État: entre modernité et tradition", *RDP*, n°5, 2010, p.1273
- A. BOURREL, "Contribution à l'étude du principe de l'indépendance des législations en droit administratif français", *RJEP*, n°626, 1 déc. 2005, p.455-472
- S. BRACONNIER, "La régulation des services publics", *RFDA*, 2001, p.43
- G. BRAIBANT, "Codification", *Encyclopaedia Universalis*
- G. BRAIBANT, "Le principe de proportionnalité", in *Le juge et le droit public, Mél. offerts à Marcel Waline* LGDJ, t.2, 1974
- G. BRAIBANT, "Problèmes actuels de la codification", *RFAP*, 1990, p.664
- G. BRAIBANT, "La relance de la codification", *FDA*, 1990, p.309
- G. BRAIBANT, "Problèmes actuels de la codification française", *RFDA*, 1994, p.663
- G. BRAIBANT, "Codifier : pourquoi? Comment ?", *RFAP*, n°73, janv.-mars 1995, p.127-141
- G. BRAIBANT, "Utilité et difficultés de la codification", *Droits*, n°24, 1996, p.61-72
- G. BRAIBANT, "La problématique de la codification", *RFAP*, n°82, avril-juin 1997, p.165-176
- F. CABALLERO, "Plaisons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe", *RTD civ.*, 1985, p.273
- S. CABRILLAC, "Pour l'introduction de La class action en droit français", *LPA*, n°165, 18/08/2006, p.4
- J. CAILLOSSE, "Droit et évaluation", *Revue française des affaires sociales*, n°1-2, 2010, p.353-367
- J. CALAIS-AULOY, "La class action et ses alternatives en droit de la consommation", *LPA*, n°115, 10/06/2005, p.29
- C. CALFAYAN, "Préjudices environnemental et moral d'une association de protection de l'environnement", *Lamy droit de la responsabilité*, 09/2009
- J.-F. CALMETTE, "Réflexions sur la valeur de l'analyse économique du droit : le cas du droit public", *RRJ*, n°2, 2004, p. 905-920
- J.-F. CALMETTE, "L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif", *DA*, n°7, 2006, p.13-18
- J.-F. CALMETTE, "Le droit de l'environnement : un exemple de conciliation de l'intérêt général et des intérêts économiques particuliers", *RJE*, 2008, n°3, p.265-280
- J.-F. CALMETTE, "Quand l'environnement s'impose", *Études foncières (ADEF)*, n°155, 01/01/2012, p.27-30
- C. CANS, "Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences", *AJDA*, 2003, p.210
- C. CANS, "Variations autour d'une innovation environnementale - l'impact des études d'impact sur le droit public", in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.461-488
- C. CANS, "Le principe de conciliation : vers un contrôle de la "durabilité"?", in *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo*, 2009, p.547-572
- C. CANS, "Loi "Grenelle 2" portant engagement national pour l'environnement - un patchwork mal cousu", *Code permanent env.*, n°spécial, sept. 2010

Bibliographie

- C. CASTORIADIS, "La logique des magmas et la question de l'autonomie", in P. DUMOUCHEL et J.-P. DUPUY, *L'auto-organisation : de la physique au politique*, Paris, Seuil, p.421-443
- C. BOYER-CAPELLE, "L'« effet cliquet » à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité", *AJDA*, 2011, p.1718
- S. CAUDAL, "Les conditions juridiques de la gestion intégrée de l'environnement", in *Vers un nouveau droit de l'environnement ? Réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement*. CRIDEAU, Université de Limoges et CIDCE, 2003, p.149-164, www.cidce.org
- F. CHALTIEL, "La censure des cavaliers législatifs par le Conseil constitutionnel", *LPA*, n°.216, 29/10/2009, p.3
- C. CHAMOT, "La participation des ONG au système de contrôle de la Convention de Berne", in S. MALJEAN-DUBOIS (DIR.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement: contrôle de la mise en oeuvre des conventions internationales*, La Documentation française, CERIC, 2000,
- J. CHEVALLIER, "La régulation juridique en question", *Droit et société*, n°.49, 01/09/2001, p.827-846
- J. CHEVALLIER, "Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? ", in C.-A. MORAND (DIR.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 37-62
- J. CHEVALLIER, "Vers un droit post moderne: les transformations de la régulation juridique", *RDP*, n°.3, 1998, p.659-690
- J. CHEVALLIER, "La rationalisation de la production juridique", in C.A. MORAND (DIR.), *L'Etat propulsif*, Publisud, 1991, p.12
- J. CHEVALLIER, "Droit, ordre, institution", *Revue française de théorie juridique*, n°19, 1989, p. 19-22
- J. CHEVALLIER, "L'ordre juridique", in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 7-49
- M.-A. COHENDET, "Les effets de la réforme", *RJE*, n° spécial, La Charte constitutionnelle en débat, 2003, p.65
- M.A. COHENDET, "La Charte et le Conseil constitutionnel", *RJE*, n°.spécial, 2005, p.112
- M. A COHENDET, "La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue ", *RJE*, n°.spécial, 2005, p.112
- A. COMOLET et A. DEKONINCK, "Le principe d'intégration, historique et interprétation", *REDE*, n°.2, 2001, p.152
- E. DECAUX, "La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'Homme", *RSC*, n°.4, 2005
- M. DEGOFFE, "Constitution et compétences normatives économiques des «autorités de régulation»", *LPA*, n°.16, 22/01/2009, p.18
- D. DEHARBE et S. GANDET, "Les ENR sont-elles solubles dans l'intérêt général ?", *Droit de l'env.*, n°.189, avril 2011, p.122-128
- D. DEHARBE, "Planification réglementaire et approche intégrée", *Droit de l'env.*, n°90, juillet-aout 2001, p.144-147
- D. DEHARBE, "Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable", *Env.*, n°.4, comm.34, avril 2005
- M DELMAS-MARTY, "Du désordre mondial à la force du droit international", *Le Monde*,

22/03/2003

M. DELMAS-MARTY, "Les processus de mondialisation du droit", in C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 63-80

M. DELMAS-MARTY, "La mondialisation du droit : chances et risques", *D*, 1999, p.2

P. DEUMIER, "Les qualités de la loi", *RTD Civ.*, 2005, p.93

P. DEUMIER, "Qu'est-ce qu'« un Grenelle » ?", *RTD civ.*, 2008, p.63

S. DOUMBÉ-BILLÉ, "Les institutions de suivi et de mises en oeuvre du développement durable", in R. MEDHI et S. MALJEAN DUBOIS, *Les Nations Unies et la protection de l'environnement ; la promotion d'un développement durable*, Pedone, 1999, p.103

S. DOUMBÉ-BILLÉ, "Droit international et Développement Durable", *Mélanges A.-C. Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 249

G. DRAGO, "Service public national et services publics constitutionnels", *JCP A*, n°16, 16/04/2007, p.2099

G. DRAGO, "Le partage loi/règlement : un nouvel équilibre à construire", in *LPA*, vol. n°254, 19/12/2008, p.65,

G. DRAGO, "La conciliation entre principes constitutionnels", *D*, 1991, p.265

G. DRAGO, "L'environnement saisi par la Constitution", 2004, www.ffsa.fr

B. DROBENKO, "Environnement: le défi solidaire", in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.101-123

J. P. DUPRAT, "La soumission des régulateurs à la régulation", *AJDA*, 19/06/2006, p.1203-1211

P.-M. DUPUY, "Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?", *RGDIP*, 1997, p. 873 et s.

P.-M. DUPUY, "Dynamique des droits de l'homme et société civile internationale", in *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p.747

P.-M. DUPUY, "L'invocation de l'état de nécessité écologique. Les enseignements tirés d'une étude de cas", in SFDI, *La nécessité en droit international*, actes du colloque de Grenoble, 8-10 juin 2006, Paris, Pédone, 2007, p.223

R. J. DUPUY, "Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité", *Droits*, n°1, 1985, p.63-71

P. ESPLUGAS, "Le service universel", *DA*, n°12, 01/12/2002, p.6-11

P. ESPLUGAS, "Notion de service public. droit interne et droit communautaire", *JCL A*, fasc. 149, août 2001

J.Y. FABERON, "Entreprise et développement durable: le règlement communautaire sur le système de management environnemental et d'audit", *LPA*, n°123, 22/06/1999, p.4

E. FATÔME, "La délégation de service public", *AJDA*, 1996, p.571

E. FATÔME, "Le régime juridique des biens affectés au service public ", *AJDA*, 2006, p.178

E. FATÔME et L. RICHER, "Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique ", *AJDA*, 2003, p.2348

J.-M. FÉVRIER, "Développement durable", *JCL env.*, fasc. 2400, 08/03/2006,

J.-M. FÉVRIER, "Variations sentimentales sur l'invocabilité de la Charte de l'environnement devant

Bibliographie

le juge administratif", *Env.*, alerte 66, 2008

J.-M. FEVRIER, "Remarques critiques sur la notion de développement durable", *Env.*, fév. 2007, p.11-13

J.-F. FLAUSS, "Le droit international des droits de l'homme face à la globalisation économique", in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, Bruylant, 2001, p.217

J.F. FLAUSS, "Droits de l'homme et relations extérieures de l'Union européenne", in S. LECLERC, J. F. AKANDJI-KOMBE et M. J. REDOR, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, p.138-172

J. P. FLAUSS, "La protection des droits de l'homme dans le cadre de la Communauté européenne", *LPA*, n°.91, juill. 1997, p.4-11

L. FONBAUSTIER, "Les nouvelles orientations du principe de responsabilité environnementale sous la dictée du droit communautaire . - À propos de la loi du 1er août 2008", *JCP G*, n°.37, act. 544, 10/09/2008

L. FONBAUSTIER, "Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit", *RFDA*, 2004, p.1053

L. FONBAUSTIER, "L'action des collectivités locales dans le cadre de la loi du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale", *BDEI*, 2009, p.20

L. FONBAUSTIER, "Conseil constitutionnel, liberté d'entreprendre et protection de l'environnement: concilier, toujours concilier!", *Droit de l'env.*, n°.124, déc. 2004, p.232-236

L. FONBAUSTIER, "Les nouvelles orientations du principe de responsabilité environnementale sous la dictée du droit communautaire, à propos de la loi du 1er août 2008", *JCP-E*, n°.38, sept. 2008, p.3

M. A. FRISON-ROCHE, "Les différentes définitions de la régulation", in M. A. FRISON-ROCHE et L. COHEN-TANGUI (DIR.), *La régulation: monisme ou pluralisme? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels*, Colloque de la DGCCRF du 25 mars 1998, *LPA*, n° spécial, 10/07/1998

M. A. FRISON-ROCHE, "Définition du droit de la régulation économique", in M. A. FRISON-ROCHE (DIR.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Presses de sciences po et Dalloz, 2004

M. FROMONT, "Le principe de proportionnalité.", *AJDA*, 1995, p.156

J. GAUDEMET, "La codification, ses formes et ses fins", *Revue juridique et politique (indépendance et coopération)*, 1986, p.239

Y. GAUDEMET, "Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire", *RDP*, 01/03/2010, n°2, p.313

Y. GAUDEMET, "Le service public à l'épreuve de l'Europe: vrais et faux procès", Dalloz, *Mélanges Benoît JEANNEAU*, 2002, p.482

L. GAY, "Droits-créances", *JCL libertés*, fasc. 1100, 30/03/2009

B. GENEVOIS, "La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: complémentarité ou concurrence?", *RFDA*, 2010, p.437

M. GHEZALI, "Les nouveaux droits fondamentaux de l'homme", in *Vers un nouveau droit de l'environnement? Réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement*,

- CRIDEAU, Université de Limoges et CIDCE, 2003, p.85-116, www.cidce.org
- T. X. GIRARDOT, "Le retour de la loi écran devant le juge des référés", *AJDA*, 2006, p.1875
- J. J. GOUGUET, "L'éradication de la pauvreté: de la nécessité d'une alternative." in *Vers un nouveau droit de l'environnement? Réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement*, CRIDEAU, Université de Limoges et CIDCE, 2003, p.117-132
- M.B. GRANET, "Principe de précaution et risques d'origine nucléaire: Quelle protection pour l'environnement ?", *JDI*, n° 3, 01/07/2001, p.755 -803
- C. GRZEGORCZYK, "Evaluation pratique du paradigme systémique dans la science du droit", *Archives de philosophie du droit*, Le système juridique, 1986, p.281-301
- M. GROS, "L'environnement contre les droits de l'homme", *RDP*, 01/11/2004, p.1583-1595
- M. GROS, "Un droit peut-il en chasser un autre ?", *AJDA*, 03/05/2004, p.897
- G.-J. GUGLIELMI, "L'idée de codification dans la construction du droit administratif au XIXème siècle" *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, n° 8, 1996, pp. 109-133
- G.-J. GUGLIELMI, "L'introuvable principe de gratuité du service public", in ouvr. coll. *La Gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, 2003, p.39-54
- G.-J. GUGLIELMI, "Un service universel ?", in G. KOUBI et O. JOUANJAN (DIR.), *Objets et sujets universels*, Presses de la Faculté de droit de Strasbourg, 2007, p. 91
- G.-J. GUGLIELMI, "Le service public : « une idée bien vivante »", *PHAR Journal des praticiens hospitaliers anesthésistes-réanimateurs*, n°46, sept. 2008, p. 20
- G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, "Le service public à la française : une notion en extinction", *Cahiers français*, n° 339, Les Services publics, La Documentation française, août 2007, p. 1
- G.-J. GUGLIELMI, "La conception du service public 'à la française' ", *Evolution des politiques publiques : avenir du service public en France*, MFP Editions, 2009, p. 9-14
- G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, "La notion de service public en droit européen", *AJDA* 2009, p. 1783-1787
- M. GUILLAUME, "La question prioritaire de constitutionnalité", *Justice et cassation Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, 2010
- S. GUINCHARD, "Une class action à la française?", *D.*, 2005, p.2180
- M. GUYOMAR, "La conciliation des impératifs de sécurité publique et du droit au respect de la vie privée et familiale", *AJDA*, 2003, p.1055
- I. HACHEZ, "Le principe de *standstill*: le pari des droits économiques, sociaux et culturels?" *Administration publique*, 2000, p.30-57
- I. HACHEZ, "Les obligations correspondantes dans l'article 23 de la Constitution", *La responsabilité face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.294-324
- I. HACHEZ, "La Cour d'arbitrage et l'article 23 de la Constitution: "cachez ce standstill que je ne saurais voir!""", *Aménagement - Environnement*, 2005, p.132-140
- I. HACHEZ, "Le principe de *standstill* dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative", *Revue belge de droit constitutionnel*, n° 2, 2007, p.69-83
- I. HACHEZ, "La reconnaissance jurisprudentielle du principe de *standstill* en droit belge", in J. ILIOPOULOS-STRANGAS et T. ROUX (DIR.), *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Bruylant, 2008, p.185-202

Bibliographie

- I. HACHEZ et B. JADOT, "Environnement, développement durable et standstill: vrais ou faux amis?", *Aménagement - Environnement*, 2009, p.5-25
- M. HAURIOU, "L'institution et le droit statutaire", *Recueil de législation*, p.134-182
- M. HAURIOU, "La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre, et la liberté*, *Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, réimprimé Université de Caen, 1990 (publication originale en 1925)
- C. HERMON, "La réparation du dommage écologique la perspective ouverte par la directive du 21 avril 2004", *AJDA*, n°33, 04/10/2004, p.1792-1800
- L. HENNEBEL, "Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'Homme", *RTDH*, n°.71, 2007, p.641-668
- M.A. HERMITTE, "Evaluation des risques et principe de précaution", *LPA*, n°.239, 30/11/2000, p.13
- Y. JEGOUZO, "Les schémas de services collectifs", *AJDA*, 09/09/2002, p.683
- S. KARAGIANNIS, "La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique?" in *Colloque de la Société française pour le droit international*, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003
- A.-C. KISS, "De la protection intégrée de l'environnement à l'intégration du droit de l'environnement chronique internationale 2001-2004", *RJE*, n°.3, 2005, p.261-288
- A.-C. KISS, "Une étude d'impact. Les effets de la protection de l'environnement sur le droit international", in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.207-222
- A. C. KISS, "Les traités-cadres : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement", *AFDI*, 1993, p.793
- A.C. KISS, "L'irréversibilité et le droit des générations futures", *RJE*, n°.spécial, 1998, p.49 et s.
- A.C. KISS, "Compliance with international and european environmental obligations", *Annuaire de La Haye de droit international*, 1999, p.45-54
- J.-P. KOVAR, "La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable", *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, mai 2010, p. 78.
- D. LABETOULLE, "Quel avenir pour les codes à la française ? ", in COMMISSION SUPERIEURE DE CODIFICATION, *Vingt et unième rapport annuel 2010*, 2011, annexe 18, p.58 et s.
- C. LEBEN, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, n°33, 2001, p.19-40
- Y. LEROY, "La notion d'effectivité du droit", *Droit et société*, 2011/3 n° 79, p.715-732
- C. LONDON, "L'émergence du principe d'intégration", *Droit de l'env.*, 2001, p.139
- N. LUHMANN, "L'unité du système juridique", *Archives de philosophie du droit*, Le système Juridique, 1986, p.173
- P. MALAURIE, "Les enjeux de la codification", *AJDA*, 1997, p.642
- S. MALJEAN-DUBOIS, "Procédures de non respect des conventions internationales de protection de l'environnement", *JCL. env.*, fasc. 4930, 16/07/2007
- J.-P. MARGUÉNAUD, "Les devoirs de l'homme dans la Charte constitutionnelle de l'environnement", in *Mélanges Jaqualine Morand-Deville, Confluences*, Montchrestien, 2007,

p.879

- R. MARTIN, "L'action en représentation conjointe des consommateurs", *JCP G*, I 3756, n°17, 1994
- W. MASTOR, "La contribution carbone à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009 : chronique d'une mort - et d'une renaissance ? - annoncées", *AJDA*, 2010, p.277
- W. MASTOR, "Responsabilité environnementale et dommages et intérêts punitifs", *Constitutions*, n°1, mars 2010, p.144-145
- B. MATHIEU, "La dignité de la personne humaine : quel droit? quel titulaire?", *D.*, 1996, p.282
- E. MILLARD, "Hauriou et la théorie de l'institution", *Droit et Société*, 30/31, 1995, p. 381-412
- F. MODERNE, "Légitimité des principes généraux du droit et théorie du droit", *RFDA*, n° spécial , n° 4, 1999, p.722 et s.
- N. MOLFESSIS, "Droit fondamental un label incontrôlé", *JCP G*, n°.25, 25/06/2009
- G. MONEDIAIRE, "La probable utilité de l'étude d'impact social", *études foncières (ADEF)*, n°.125, 01/01/2007, p.20-25
- G. MONÉDIAIRE, "Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement", in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.605-635
- G. MONÉDIAIRE, "L'admission très circonspecte de la participation du public à l'élaboration des actes administratifs réglementaires: l'article 244 de la loi dite "Grenelle 2", *Complément territorial*. déc. 2010, p.13-17
- S. MONTEILLET, "Le contenu des évaluations environnementales stratégiques : évolutions en cours", *AJDA*, 2010, p.1298
- J. MORAND-DEVILLER et J.-C. BONICHOT, "Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement", *Lettre Recherche droit et justice*, 21/12/2008, n°31, p.4-5
- J. MORAND-DEVILLER, "Le juste et l'utile en droit de l'environnement", in droit commun de l'environnement, *Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.323-337
- J. MOULY, "Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme", *Dr; Soc.*, 2002, p.799
- E. NAIM-GESBERT, "Maturité du droit de l'environnement", *RJE*, n°.2, 2010, p.231-240
- E. NAIM-GESBERT, "Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement", *LPA*, n°46, 05/03/009, p.54-61
- E. NAIM-GESBERT, "L'irrésistible ordre écologique - Risque et Etat de Droit", in *Pour un droit commun de l'environnement - mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p.1323-1341
- E. NAIM-GESBERT, "Droit, expertise et société du risque", *RDP*, n°1, 01/01/2007, p.33-50
- B. OPPETIT, "De la codification", *D.*, 1996, p.33 et s.
- F. OST, "Entre ordre et désordre : le jeu du droit – Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit", *Archives de philosophie du droit*, Le système Juridique, 1986, p.133-162
- H. PAULIAT, "L' objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ?", *D.*, 1995, p.283
- O. PFERSMANN, "Hiérarchie des normes", in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la*

Bibliographie

culture juridique, PUF, p.780

E. PICARD, "L'émergence des droits fondamentaux en France", *D.*, 1998, p.6

E. PICARD, "La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique", in M.-J. REDOR (DIR.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis-Bruylant, 2001, p.17

P. PONCELA, "Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal", *Archives de philosophie du droit*, Le système juridique, 1986, p.121-131

M. PRIEUR, "Les études d'impact et le contrôle du juge administratif en France", *RJE*, n°.1, 1991

M. PRIEUR, "Démocratie et droit de l'environnement et du développement", *RJE*, 1993, p.23

M. PRIEUR, "Pollutions transfrontières et transfert de déchets radioactifs", *Caesura Revue critique de sciences sociales*, ULBRA, Canoas, Brésil, n°.4, 1994

M. PRIEUR, "Pollutions transfrontières et déchets radioactifs", *Revue québécoise de droit international*, n°.2, vol. 7, 1998

M. PRIEUR, "La convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale", in *RJE*, n° spécial: la convention d'Arhus, actes de la journée d'études du 28 janvier 1999, 1999, p.9-29,

M. PRIEUR, "Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement", *AJDA*, 2000, p.1030

M. PRIEUR, "Mondialisation et droit de l'environnement", in C.A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001

M. PRIEUR, "Pourquoi une codification ?", *RJE*, n° spécial, 2002, p.9-14

M. PRIEUR, "Commentaire de l'article II-97 du projet de Constitution européenne - protection de l'environnement", in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, *Traité établissant une constitution pour l'Europe : Partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.483-493,

M. PRIEUR, "Les nouveaux droits", *AJDA*, n°.21, 06/06/2005, p.1157-1163

M. PRIEUR, "Propositions de réforme du secret défense", in Rapport du groupe de travail dit « Accès à l'information », Débat public sur le projet EPR à Flamanville, annexe 16, 18/01/2006, p.107, www.debatpublic-epr.org

M. PRIEUR, "Nucléaire, information et secret défense", in Débat public sur le projet EPR à Flamanville, Rapport du groupe de travail dit « Accès à l'information » du 14/11/2005, annexe 8, p. 70, *RJE*, n°.3, 2006, p.289, www.debatpublic-epr.org

M. PRIEUR, "La gestion intégrée des zones côtières, le défi méditerranéen", in J. MORAND-DEVILLER, *Confluences : mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER*, Montchrestien, fév. 2007, p.901-912

M. PRIEUR, "Droit à l'environnement", *JCLA*, n°.360, 21/05/2007

R. RICCI, "Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique", *Droit et Société*, n°50, 2002

J. RIDEAU, "Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme", *RCADI*, 1997

J. RIDEAU, "La conditionnalité dans les accords d'association", in M. F. CHRISTOPHE-

TCHAKALOPP, *Le concept d'association dans les accords passés par la Communauté: essai de clarification*, Colloque, Paris V, 1998

J. RIDEAU, "Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne", in S. LECLERC, J. F. AKANDJI-KOMBE et M. J. REDOR, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999

J. RIDEAU et J. F. RENUCCI, "Dualité de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux: atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'Homme", *Justices*, avril-juin 1997, p.95

Y. ROBINEAU, "Les structures françaises: la Commission supérieure de codification", *RFAP*, n°82, avril-juin 1997, p.263-268

R. ROMI, "La notion de patrimoine commun de l'humanité en droit de l'environnement", *Quotidien juridique*, 9 septembre 1989

R. ROMI, "Le droit public de l'environnement, vers la maturité", *RDP*, n°4, 1990, p.1120 et s.

A. ROUYERE, "La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification?", *RFDA*, 2010, p.887

A. ROUYÈRE, "La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation", *Revue Lamy de la Concurrence*, n°4, 2005

V. SAINT-JAMES, "Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français", *D.*, 1997, p.61 et s.

E. SAVAUX, "La notion de théorie générale, son application en droit des contrats Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux", *LPA*, 28/11/2012, n°238, p.4

D. SIMON, "Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes", *LPA*, n°46, 05/03/2009, p.17

D. SIMON, "La Convention européenne des droits de l'homme et l'Union européenne, de Maastricht à Amsterdam, aliquid novi ? Quid juris ?" in B. HALLER, H.C. KRUGER et H. PETZOLD, *Law in a greater Europe, Towards a Common Legal Area, Studies in Honour of Heinrich Klebes*, Dordrecht Kluwer, 2000, p.227

D. SIMON, "Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne", *Europe*, n°2, repère 2, fév. 2008

D. SIMON, "Le traité de Lisbonne et la juridiction communautaire", *Europe*, n°1, alerte 1, janv. 2010

D. SIMON, "L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou infléchissement?", *Europe*, mars 2010, p.4-7

G. SIMON, "Existe-t-il un ordre juridique du sport ?", *Droits*, n°33, 2001, p.97-106

F. SUDRE, "Misère et Convention européenne des droits de l'homme", *Cahiers de l'IDEDH*, n°3, 1994, p.113

F. SUDRE, "Existe-t-il un ordre public européen ?" in P. TAVERNIER (DIR.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, Bruylant, 1996

F. SUDRE, "Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives", *RGDIP*, n°3, 1996, p.715 et s.

F. SUDRE, "A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme", *JCP G*, n°28, I 335 11/07/2001

F. SUDRE, "La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un

Bibliographie

exercice de "jurisprudence fiction", *RTDH*, n°55, 2003, p.755-779

A. TARSKI, "La conception sémantique de la vérité et les fondements de la sémantique", in Id, *Logique, sémantique, métamathématique 1923-1944*, tome 2, Armand Colin, Paris, 1974

V. TCHEN, "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", *JCLA*, fasc. 1440, 27/06/2010

P. TERNEYRE, "Existe-t-il encore une théorie générale des contrats administratifs ?", *Contrats publics*, n°100, 2010, p.14

P. TERNEYRE, "Les baux emphytéotiques administratifs", *Contrats publics*, n°108, mars 2011

P. TERNEYRE et B.NOYER, "Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation du domaine public des collectivités locales", *LPA*, n°83, 10/07/1996, p. 15 et n°84, 12/07/1996, p.8

F. TERRÉ, "La proportionnalité comme principe ?", *JCP*, n°25, 15/06/2009, p.52-57

M. TROPER, "Système juridique et Etat", *Archives de philosophie du droit*, Le système juridique, 1986, p.29-44

A. VAN LANG, "De l'art du trompe l'oeil. Réflexions désenchantées sur quelques aspects récents de la responsabilité environnementale", in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Dalloz, 2007, p.1671

A. VAN LANG, "L'enracinement constitutionnel de la responsabilité environnementale", in C. CANS (DIR.), *La responsabilité environnementale - prévention, imputation, réparation*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009, p.45-56

G. VEDEL, "Souveraineté et supra-constitutionnalité", *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p.84

M. VERPEAUX, "Référendum local, consultations locales et Constitution", *AJDA*, 24/03/2003, p.540

M. VIRALLY, "Vers un droit international du développement", *AFDI*, n°11, 1965, p.3-12

M. VIRALLY, "Réflexions sur le *jus cogens*", *AFDI*, n°12, 1966, p.5-29

P. WACHSMANN, "L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux"", *RUDH*, 2004, p.40-49

P. WACHSMANN, "Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *AJDA*, 2010, p.2138

T. WÄLDE, "International Law of Foreign Investment: Towards Regulation by Multilateral Treaties", *Business Law International*, 1999, p.50-79

J. WORBLEWSKI, "Les langages juridiques : une typologie", *Droit et Société*, n°8, 1988, p.15-30

J.C. ZARCA, "A propos de l'inflation législative", *D.*, 2005, p.660

P. ZAVOLI, "L'emprise de la Convention européenne des droits de l'homme sur les autorités de régulation", *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°2, 06/05/2004, p.6-11

Z. ZIEMBINSKI, "Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement", *Archives de philosophie du droit*, tome XIX, 1974

Rapports

BANQUE MONDIALE, Vers un meilleur équilibre - le groupe de la banque mondiale et les industries extractives: le rapport final de la revue des industries extractives, 17/09/2004

BANQUE MONDIALE, Rapport sur le développement mondial, 2003

C. BATAILLE, Rapport relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, n°1371, AN, 11/02/1999

C. BATAILLE et C. BIRRAUX, *L'évaluation de la stratégie nationale de recherche en matière d'énergie*, n°1493 (AN) et 238 (Sénat), OPESCT, 03/03/2008

J. BERGOUGNOUX, *Services publics en réseau: perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Commissariat général du Plan, la Documentation française, 2000

F. BERSANI, *Les stockages souterrains de gaz carbonique*, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, La documentation française, 05/04/2006

C. DE BOISSIEU, Division par quatre des émissions de gaz à effet de serre de la France à l'horizon 2050, Paris, La documentation française, 2006

A. BOREL, Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant la ratification du traité sur la Charte de l'énergie, n°1544, Assemblée nationale, 28 avril 1999

G. H. BRUNDTLAND, *Notre avenir à tous*, Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'ONU, Editions du fleuve, 1988

G. CERUTTI et M. GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe*, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et ministère de la justice, 16/12/2005, www.ladocumentationfrancaise.fr

P. CHAMPSAUR, *Rapport de la commission sur l'organisation du marché de l'électricité*, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, Paris, La documentation française, avril 2009

J. M. CHARPIN, M. LAFFITT, F. MASSOU, C. TRINK et P. PALAT, *Rapport sur le plan solaire méditerranéen*, Inspection générale des finances, mai 2009, 143

J.-M. CHARPIN et C. TRINK, Rapport de la concertation avec les acteurs concernés par le développement de la filière photovoltaïque, 17/02/2011, www.capenergie.fr

J.-M. CHEVALIER, Rapport sur la volatilité du prix du pétrole remis à madame Christine Lagarde le 9 février 2010, Ministère de l'Economie de l'Industrie et de l'Emploi, 2010

J.-M. CHEVALIER et J. PERCEBOIS, *Gaz et électricité: un défi pour l'Europe et pour la France*, la documentation française Rapport pour le Conseil d'analyse économique, 2008

P. CHEVET, Rapport au Parlement - Programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité - Période 2009-2020, Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire 2009

CIISE, *La responsabilité de protéger*, Lavoisier librairie, janv. 2001

CLINGENDAEL INTERNATIONAL ENERGY PROGRAMME, *Study on Energy Supply Security and Geopolitics*, Institute for International Relations "Clingendael", The Hague, the Netherlands, January 2004

LE CLUB DES JURISTES, *Mieux réparer le dommage environnemental*, Rapport, janv. 2012, www.leclubdesjuristes.com

COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU PLAN, *Energie 2010-2020 : trois scénarios pour la France*, éd.

Bibliographie

- C.G.P., 1998 ; Livre Blanc, Vers la future organisation électrique française, rapport Sénat, n° 439., avril 1998
- COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU PLAN, *Energie 2010-2020 : Les chemins d'une croissance sobre* Paris, La documentation française, septembre 1998
- COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *L'énergie*, La documentation française, 1972
- COMMISSION DE DROIT INTERNATIONAL, La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, 2006
- THE COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our Global Neighborhood: The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford University Press, 1995
- CONSEIL D'ETAT, *Les autorités administratives indépendantes*, études et documents n°52, 2001
- CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité*, n°57, Études et documents, Paris, la documentation française, mars 2006
- CONSEIL MONDIAL DE L'ÉNERGIE, *Les politiques d'efficacité énergétique : une vision mondiale*, 2007, www.worldenergy.org
- CONSEIL MONDIAL DE L'ÉNERGIE, *Intégration régionale de l'énergie en Afrique*, juin 2005
- CONSEIL SCIENTIFIQUE DE L'ÉVALUATION, *Petit guide de l'évaluation des politiques publiques*, la documentation française, 1996
- CONSUMERS INTERNATIONAL, *Charte Mondiale de l'énergie*, nov. 2008, www.consumersinternational.org
- COUR DES COMPTES, *Le démantèlement des installations nucléaires et la gestion des déchets radioactifs*, janv. 2005, www.ccomptes.fr
- COUR DES COMPTES, *Le démantèlement des installations nucléaires*, 2012, www.ccomptes.fr
- CRE, *Rapport de la CRE portant sur le respect des codes de bonne conduite et indépendance des gestionnaires de réseaux d'électricité et de gaz naturel*, 2008, www.cre.fr
- CRE, *Rapport sur la régulation incitative de la qualité de service des gestionnaires de réseaux gaziers et d'ERDF*, nov. 2010, www.cre.fr
- DAESNU, *Étude sur la situation économique et sociale dans le monde, 2011 : la grande transformation technologique pour une économie*
- DFID, *Energy for the poor Underpinning the Millenium Development Goals*, August 2002
- LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, *L'évaluation des politiques publiques*, 2004, www.ladocumentationfrancaise.fr
- B. DURIEUX, B. BROCHAND et J.M. CHEVALIER, *Conclusions des travaux de la commission chargée d'analyser les prix dans le marché du gaz*, La documentation française, 2006
- N. FONTAINE, *Livre blanc sur les énergies*, Ministère de l'industrie, la documentation française, nov. 2003
- C. GOASGUEN et J. MALLOT, *Les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi*, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques 19/11/2009
- A. GOSSEMENT, *Droit minier et droit de l'environnement - Eléments de réflexion pour une réforme relative à l'évaluation environnementale, à l'information et à la participation du public*, Rapport remis à Madame Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, Ministre de l'Ecologie, du Développement durable, des Transports et du Logement, Paris, le 12/10/2011

Rapports

IPCC, Special Report on Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation, Summary for Policy Makers, 2011

IPPC, *Third Assessments Report: Climate Change*, 2007, www.ippc.ch

JOHANNESBURG WORLD SUMMIT ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *A Framework for Action on Energy, Water and Sanitation*, Energy, Health, Agriculture and Biodiversity Working Group, 2002

I. KAUL, P. CONCEIÇÃO et K. LE GOULVEN, *Providing global public goods : managing globalization*, Oxford University Press New York, 2003

I. KAUL, I. GRUNBERG et M.A. STERN, *Global public goods : International cooperation in the 21st century*, New York: Oxford University Press, 1999

J.P. KIMMINS, *L'éthique de l'énergie: un cadre d'action*, World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), 2001

B. LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, mars 2004

C. LEPAGE, *Rapport sur la gouvernance écologique*, 2008, www.legrenelle-environnement.fr

J.P. LETEURTROIS, J.L. RAVARD, G. ROZEN, B. SCHNEITER et L. WINTER, *Rapport sur le renouvellement des concessions hydroélectriques*, Conseil général des mines, Conseil général des ponts et chaussées, Inspection générale des finances, nov. 2006

S. MALJEAN-DUBOIS, *Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques : place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles*, Mission de recherche droit et justice, www.gip-recherche-justice.fr, Mai 2008

MÉDIATEUR NATIONAL DE L'ÉNERGIE, Rapport d'activité pour 2008 à 2011

MÉDIATEUR NATIONAL DE L'ÉNERGIE, Rapport sur la facturation des fournisseurs d'énergie, l'information des consommateurs et le traitement des réclamations, déc. 2010, www.energie-mediateur.fr

J. MORAND-DEVILLER, J.-C. BONICHOT, M. TORRE-SCHAUB et L. VIDAL, *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2008

OCDE, *La réforme de la réglementation en France*, 2004

OCDE, *Mieux légiférer en Europe - France*, 2010

P. PELLETIER, A. DE QUERO et B. LAPOSTOLET, *Rapport du groupe de travail précarité énergétique*, 15/12/2009

PNUD, DAESNU et CME, *Rapport sur l'énergie dans le monde l'énergie et le challenge du développement durable*, 2000

M. PRIEUR et A. GUIGNIER, *Etat de l'art des questions soulevées par la participation du public aux travaux des instances internationales - Rapport au Ministère de l'Ecologie et du Développement Durable*, CIDCE, nov. 2006

N. STERN, *Stern Review: l'économie du changement climatique*, Version résumée du rapport en français, 2007, www.sternreview.org.uk

J.E. STIGLITZ, A. SEN et J.P. FITOUSSI, *Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social*, 2009, www.stiglitz-sen-fitoussi.fr

Bibliographie

- J. SYROTA, *Perspectives énergétiques de la France à l'horizon 2020-2050*, n°12, Centre d'analyse stratégique, La documentation française, rapports et documents, 2008
- TRANSPARENCE-INTERNATIONAL (FRANCE), *Déclencher l'alerte - Un nouveau dispositif de prévention et de lutte contre la corruption*, oct. 2004, www.transparence-France.org
- UNDP, *Integrating Human Rights with Sustainable Human Development*, recognising that human rights and sustainable development are linked and complementary, 1998
- UNDP, *Achieving the Millennium Development Goals: The role of energy services - case studies from Brazil, Mali and the Philippines*, 2005
- UNDP, *Energy Services for the Millennium Development Goals*, 2006
- UNDP, *Energizing Poverty Reduction*, nov. 2006
- UNDP, UNDESA et WEC, *World Energy Assessment Energy and the challenge of sustainability*, 2000
- UNDP, UNDESA et WEC, *World Energy Assessment Overview 2004 update*, 2004
- WORLD BANK, *Clean Energy and Development: Towards an Investment Framework*, 05/04/2006,
- WORLD BANK, *Environmental Assessment Sourcebook*, 1991
- WORLD BANK, *Improving Energy Supplies for Two Billion People, Rural Energy and Development*, Report n°15912GLB, 1996
- WORLD BANK, World Bank, *Energy and Development Report 2000: Energy Services for the World's Poor*, 2000
- WORLD BANK, *Sustainable Energy*, World Bank Group Brief, April 2006
- WORLD ENERGY COUNCIL, *Survey of Energy Resources*, 20th edition, 2004

Annexes***Consommation mondiale d'énergie***

8,4Gtep (milliard de tonnes équivalent-pétrole) / an

Source : IEA, *World Key Statistics*, 2010***Réserves mondiales d'énergie par source***

Sources d'énergie	Réserves mondiales en (Gtep)	Nombre d'années de production
Pétrole conventionnel	172	44
Pétrole non-conventionnel	410	105
Gaz naturel	185	64
Charbon	578	183
Uranium (réserves prouvées)	30	48
Uranium (réserves supposées)	65	105
Hydraulique	8,4/an	
Energie marine	16,8/an	
Eolien	1680 /an	
Solaire	23 940/an	
Biomasse	168/an	
Geothermie	42/an	

Source: BP *Statistical Review of World Energy* 2009 ; EUROPEAN RENEWABLE ENERGY COUNCIL, *[R]évolution énergétique vers un avenir énergétique propre et durable*, janv. 2007

Répartition spatiale de la production mondiale de pétrole brut

Répartition spatiale	Production en millions de tonnes	Production en %
AMERIQUE DU NORD	642,5	16,5
Etats-Unis	310,2	8
Canada	145,2	3,7
Mexique	187,1	4,8
AMERIQUE CENTRALE ET DU SUD	350,6	9
Brésil	84,7	2,2
Venezuela	154,7	4
EUROPE et EURASIE	845,1	21,7
Kazakhstan	63	1,6
Norvège	138,2	3,5
Russie	470	12,1
Royaume-Uni	84,7	2,2
MOYEN-ORIENT	128,1	31
Arabie-Saoudite	526,2	13,5
Iran	200,4	5,1
Irak	89,5	2,3
Koweït	130,1	3,3
Emirats-Arabes Unis	129	3,3
AFRIQUE	467,1	12
Algérie	86,5	2,2
Angola	61,2	1,6
Libye	80,1	2,1
Nigéria	125,4	3,3
ASIE PACIFIQUE	381,7	9,8
Chine	180,8	4,6
Indonésie	55	1,4
TOTAL MONDE	3895	100
OPEP	1692	43,3

Source : BP, *Statistical Review of Energy*, Historical data series, 2006

Répartition spatiale de la production mondiale de gaz naturel

Répartition spatiale	Production en milliards de mètres cubes	Production en %
AMERIQUE DU NORD	750,6	27,2
Etats-Unis	525,7	19
Canada	185,5	6,7
Mexique	39,5	0,1
AMERIQUE CENTRALE ET DU SUD	135,6	4,9
Brésil	45,6	1,7
Venezuela	28,9	1
EUROPE et EURASIE	1061,1	38,4
Pays-Bas	62,9	2,3
Norvège	85	3,1
Russie	598	21,6
Turkménistan	58,8	2,1
Royaume-Uni	88	3,2
Ouzbékistan	55,7	2
MOYEN-ORIENT	292,5	10,6
Arabie-Saoudite	69,5	2,5
Iran	87	3,1
Qatar	43,5	1,6
Emirats-Arabes Unis	46,6	1,7
AFRIQUE	163	5,9
Algérie	87,8	3,2
Egypte	34,7	1,3
ASIE PACIFIQUE	360,1	13
Australie	37,1	1,3
Chine	50	1,8
Inde	30,4	1,1
Indonésie	76	2,8
Malaisie	59,9	2,2
Pakistan	29,9	1,1
TOTAL MONDE	2763	100

Source : BP, *Statistical Review of Energy*, Historical data series, 2006

Organisations internationales intervenant dans le secteur de l'énergie

Organisations	Année de création	Statut	Nombre de membres	Siège	Rôle
Agence pour l'énergie nucléaire (AEN)	1972	Agence semi-autonome de l'OCDE	27 États	Paris	Contribuer au développement de l'énergie nucléaire en tant que source d'énergie compétitive, sûre et acceptable pour l'environnement.
Agence internationale de l'énergie (AIE)	1974	Agence autonome liée à l'OCDE	26 États	Paris	Coordonner les politiques, adopter des mesures communes pour gérer l'approvisionnement en pétrole et coopérer au développement de programmes énergétiques.
Agence internationale de l'énergie atomique	1957	Organisation internationale autonome sous l'égide de l'ONU	151 États	Vienne	Promouvoir un usage sûr et pacifique de l'énergie nucléaire. A cette fin, l'AIEA inspecte les installations existantes pour s'assurer d'un usage pacifique ; elle informe et publie des standards pour la stabilité et la sûreté des installations nucléaires et contribue à la recherche liée à l'énergie nucléaire.

Annexes

Organisations	Année de création	Statut	Nombre de membres	Siège	Rôle
Agence internationale de l'énergie renouvelable (IRENA)	2009	Organisation inter-gouvernementale	149 États signataires (dont 73 ratifications)	Abu Dhabi	Promouvoir un développement de l'énergie renouvelable à travers le monde.
Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA)	1957	Organisation internationale d'intégration	27 États	Luxembourg (siège de l'Agence d'approvisionnement d'Euratom)	Adopter des normes, contribuer à la recherche, au développement et à un approvisionnement équitable en combustible nucléaire.
Conseil mondial de l'énergie	1923	ONG	Plus de 3000 organisations incluant des représentants des États et sociétés et ONG	Londres	Fédérer les principaux acteurs mondiaux du secteur énergétique et promouvoir une gestion durable de l'énergie
Conseil mondial du pétrole	1933	Organisation informelle	61 États	Londres	Promouvoir l'utilisation du pétrole, dans la transparence et le respect de l'environnement ; faciliter le dialogue entre les intervenants du secteur pétrolier.
Droit à l'énergie SOS futur	2000	ONG	40 millions de membres répartis dans 400 organisations	Paris	Concourir à la reconnaissance du droit à l'énergie comme un droit fondamental, partager l'énergie et protéger les équilibres de la planète.

Annexes

Organisations	Année de création	Statut	Nombre de membres	Siège	Rôle
Forum international de l'énergie (FIE)	1991	Organisation informelle	90 États	Riyad	Promouvoir le dialogue entre les États producteurs et importateurs d'énergie par une réunion bisannuelle des ministres chargés de l'énergie.
Forum des pays exportateurs de gaz (FPEG)	2001	Organisation informelle	13 États	Doha	Défendre les intérêts des États exportateurs de gaz naturel par la collaboration et le dialogue.
ONU-Énergie	2002	Mécanisme de coordination inter-agences des Nations unies	193 États	New-York	Rapprocher les acteurs encourageant l'accès à l'énergie et orienter leurs actions en faveur des États en développement, afin d'atteindre les objectifs du millénaire.
Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP)	1960	Organisation internationale	11 États	Vienne	Réguler la production et le prix du pétrole par un effort coordonné de ses membres en instaurant un système de quotas de production

Traités internationaux relatifs à l'énergie

Dénomination du traité	Date de signature	Date d'entrée en vigueur	Nombre d'États membres	Observations
Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire amendée par le protocole additionnel du 28/01/1964, par le protocole du 16/11/1982 et celui du 12/02/2004	29/07/1960	01/04/1968	18	Régime de responsabilité civile applicable aux installations nucléaires (appliqué par les États membres de l'OCDE)
Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires	21/05/1963	12/11/1977	13	Régime de responsabilité civile applicable aux installations nucléaires
Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP)	01/07/1968	05/03/1970	178	Les États non dotés d'armes nucléaires s'engagent à ne pas chercher à développer ou acquérir d'armes nucléaires et à placer l'intégralité de leurs installations sous le contrôle de l'AIEA. L'ensemble des membres s'engage à négocier pour parvenir à un désarmement général sous un contrôle international.
Convention relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires	17/12/1971	15/07/1975	17	Régime de responsabilité civile applicable au transport maritime de matières nucléaires.
Convention de Vienne sur la protection physique des matières nucléaires	26/10/1979	08/02/1987	142	Assurer la sécurisation des matières radioactives, éviter le détournement de ces matières et sanctionner les utilisations frauduleuses.

Annexes

Dénomination du traité	Date de signature	Date d'entrée en vigueur	Nombre d'États membres	Observations
Convention de sur la notification rapide d'un accident nucléaire	26/09/1986	27/10/1986	69	Les Etats parties s'engagent à notifier sans délai à l'AIEA, tout accident nucléaire, sa nature, le moment où il s'est produit et sa localisation exacte. L'AIEA informe ensuite les États susceptibles d'être touchés physiquement par ces conséquences.
Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique	26/09/1986	26/02/1987	68	Faciliter la coopération lorsqu'un Etat est affecté par un accident nucléaire ou une urgence radiologique.
Convention sur la sûreté nucléaire	17/06/1994	24/10/1996	72	Contenir la radioactivité au sein des installations nucléaires en incitant les États à encadrer la sûreté nucléaire par des systèmes de réglementation, d'évaluation et d'inspection.
Traité sur la Charte de l'énergie	17/09/1994	16/04/1998	53	Cadre juridique à vocation universelle visant à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie.
Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs	12/09/1997	18/06/2001	42	Incitations générales de sûreté concernant le combustible nucléaire usagé, les déchets radioactifs, et les installations chargées de les recevoir.
Traité de réduction des armes stratégiques (START3)	08/04/2010	Non-rentré en vigueur. Régime applicable : Start 2 depuis le 14/04/2000	2	Traités américano-soviétiques destinés à réduire la totalité des arsenaux nucléaires.

Index

A

Accès à l'énergie	28
acteurs internationaux	92
assimilation de l'accès à l'énergie à un droit de l'Homme	115
droits de l'Homme	111
objectifs du millénaire	107
sources	94
taxe internationale	110
Accords d'Achnacarry	49
Accords énergétiques internationaux (négociation européenne).....	224
Agence de coopération des régulateurs de l'énergie. 203, 436	
Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME)	256
Agence française de développement (AFD).....	256
Agence internationale de l'énergie (AIE)	47, 145
Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA)... 48, 145	
Agence internationale des énergies renouvelables (IRENA)	148
Arabian light	47
Autorité de sûreté nucléaire (ASN).....	345

B

Banque européenne d'investissement	147
Banque mondiale.....	147
Bien public mondial	71
Bilan énergétique	287
champ d'application	139
méthodologie	139
Bonus-malus	291

C

Certification énergétique.....	295
Certificats d'économie d'énergie	296
Certificats verts.....	285
Code de l'énergie	
code pilote.....	470
code suiveur	471
codification à droit constant.....	444
effectivité	473
frontières.....	457
sécurité juridique	474
Commerce d'énergie	378
Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives.....	346
Commission de régulation de l'énergie (CRE).....	199
adaptation aux droits de l'Homme.....	431
Commission du développement durable des Nations Unies	146
Commission du droit international.....	147
Communauté de l'énergie	221
Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA) . 182	
Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA)	180
Conseil des régulateurs européens de l'énergie	203

Conseil mondial de l'énergie	51
Conseil mondial du pétrole	51
Conseil supérieur de l'énergie.....	498
Contrat de performance énergétique	558
Contrats de gré à gré.....	56
Contrats futurs	58
Contrats spot.....	57
Crise de l'énergie.....	27
Cycle de l'énergie	25

D

Délimitations territoriales	67
Développement durable	30
Diagnostic de performance énergétique.....	285, 518
Discours publicitaire sur l'énergie	570
Droit à l'énergie.....	465
clause des droits de l'Homme.....	268
contentieux administratif.....	236
contentieux de l'annulation	262
contentieux judiciaire	238
contenu (droit international)	119
droit d'être raccordé au réseau d'électricité.....	231
droit des peuples autochtones d'exploiter les ressources énergétiques de leur territoire	125
droit des populations à un approvisionnement suffisant en énergie.....	124
droit subjectif.....	228
garanties juridictionnelles.....	270
interprétation du Comité des droits économiques, sociaux et culturels.....	114
ordre juridique de l'UE.....	245
politique de coopération au développement	267
préalable à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent	230
responsabilité pour faute.....	263
service de maintien de l'énergie.....	235
tarification sociale et obligations procédurales des opérateurs	234
Droit au développement	108
Droit d'accès aux réseaux.....	351, 376, 396
Droit de l'énergie	
champ juridique	476
définition	35
dispositions relatives au personnel des entreprises électriques et gazières	352
doctrine	349, 477
droits et principes	347
droits subjectifs.....	465
frontières	356
institutions.....	345
langage.....	383
objectifs du droit de l'énergie	513
principes	466
Droit de l'énergie éolienne.....	369
Droit de l'énergie hydraulique.....	371
Droit de l'énergie solaire	367
Droit de produire de l'énergie	375
Droit de produire et de commercer de l'énergie	347, 465
Droit des énergies géothermique et de la biomasse.....	372

Index

Droit du cycle de l'énergie	374
Droit nucléaire	364
Droit pétrolier	366

E

Ecoconception	283
Efficacité énergétique	35
Energie	20
charbon	23
définition	20, 35
énergies de flux / énergies de stock	22
énergies minières / renouvelables	22
énergies renouvelables	24
gaz naturel	24
nature juridique	31, 339
pétrole	23
sources d'énergie	22
thermodynamique	20
transformations	21
unités de mesure	20
uranium	24
Energie grise	555
Energie propre	
critères principaux	136
critères supplémentifs	137
définition	136
droit à l'information sur l'énergie	300
droit à l'information sur l'énergie nucléaire	302
droit à un environnement sain	277
droit d'accès à l'énergie renouvelable	298
droit de consommer de l'énergie renouvelable	300
juge de l'UE	314
juge des droits de l'Homme	313
liberté de produire de l'énergie renouvelable	298
Energies marines renouvelables	569
Ethique de l'énergie	
cadre juridique	103
éthique des États producteurs d'énergie	98
sociétés de l'énergie	100
Evaluation des risques	
droit international	142
droit national	306
Evaluation énergétique	279
contrôle	589
évaluation préalable	521
expertise	520
portée juridique	524
suivi des projets	523
Evaluation environnementale	
droit international	140
droit national	304
Externalités	171
Extraction d'énergie minière	361

F

Fiscalité énergétique	
droit de l'UE	280
droit national	289
Fonds français pour l'environnement mondial (FFEM)	256
Formes d'énergie	21

Forum des pays exportateurs de gaz (FPEG)	47
Forum international de l'énergie (FIE)	51

G

G8	146
Garanties d'origine	284
Géographie de l'énergie	25
Géopolitique de l'énergie	28
Gestion de crise	
moyens curatifs	213
moyens préventifs	211
Gestion intégrée de l'énergie	548
Gouvernance globale	44
Gouvernance globale de l'énergie	44

H

Histoire de l'énergie	25
Histoire du droit de l'énergie	32

I

IFP Énergies nouvelles	346
Initiative de transparence sur les industries extractives (ITIE)	54
Intérêt général	583

J

Joint Oil Data Transparency Initiative (JODI)	54
---	----

L

Label Energy star	282
Lanceurs d'alerte	528
Lex petrolea	49
Liberté d'expression	320

M

Maîtrise de la demande en énergie	35, 379
Malédiction pétrolière ou mal hollandais	98
Management énergétique	572
Marché financier de l'énergie	50
Marchés publics	563
Médiateur national de l'énergie	203
Ministre chargé de l'énergie	345

N

Nationalisme énergétique	89
--------------------------------	----

O

Objectif de développement durable	541
Objectifs de valeur constitutionnelle	614
Objectifs quantitatifs d'énergie	294
Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz	346
Oléoduc Tchad-Cameroun	52
Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP)	46

Index

Organisation mondiale du commerce (OMC) 73

P

Partenariat global pour la réduction du torchage du gaz
(GGFR) 145
Participation citoyenne à la politique énergétique..... 307
Patrimoine culturel immatériel..... 70
Patrimoine mondial 68
Patrimoine mondial naturel et culturel 70
Planification énergétique..... 35, 206
Planification environnementale..... 307
Police de l'énergie..... 354
Police de l'environnement 324
Politique des transports..... 567
Politique européenne de l'énergie
fondement juridique actuel..... 188, 276
fondements juridiques antérieurs 186
Politique européenne de l'environnement 276
Principe de développement durable 278
Principe de la souveraineté nationale sur les ressources
naturelles 65
Principe de non-ingérence..... 258
Principe de non-régression 603
Principe de proportionnalité 580
Principe de subsidiarité 189, 210
Principe d'évaluation énergétique..... 466, 468
évaluation des traités internationaux..... 163
évaluation énergétique des politiques européennes ... 279
Principe d'intégration énergétique..... 467, 468, 531
fondements constitutionnels 542
intégration des finalités économiques, sociales et
environnementales du droit de l'énergie 543
Principes du marché intérieur de l'énergie..... 195
Principes généraux du droit de l'UE..... 193
Programme des Nations Unies pour le développement
(PNUD) 146
Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE)
..... 146
Projet d'intérêt européen 217
Projet Yasuni 106

Q

Qualité de la justice 494
Qualité de la norme énergie
contrôle du Conseil constitutionnel 512
contrôle du juge administratif 511
contrôle parlementaire 502
étude d'impact législative 507
exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité ... 504
principe de normativité..... 506
saisine du Conseil d'Etat pour avis 510
service de la législation et de la qualité du droit du SGG
..... 501

R

Rareté 39, 351, 373
Recours collectif..... 316

Régulateurs nationaux de l'énergie (rapprochement) 203
Régulation 198, 414
Réseaux transeuropéens d'énergie 215
Responsabilité environnementale..... 326

S

Secteur de l'énergie 25
Sécurité des approvisionnements énergétiques
droit international..... 64
Sept nouvelles sœurs 50
Sept sœurs 49
Service d'intérêt économique général 408
Service public
critères..... 386
principes 387
Service public de l'éducation 564
Service public de l'énergie
activités associées au service public 427
activités chargées du service public..... 425
Autorité de la concurrence 429
autorités locales..... 423
autorités nationales 422
contrôle de la concurrence 435
droit à l'énergie..... 396
évaluation par les usagers 525
garanties constitutionnelles..... 405
gestion déléguée..... 416
orientations législatives 392
péréquation tarifaire..... 401
précisions prétorienne 393
principe de responsabilité 391
principe de transparence 389
redevances..... 400
service public de la performance énergétique de l'habitat
..... 565
service public national 405
tarification 402
Service universel de l'énergie..... 252, 411
Simplification du droit..... 495
Sobriété énergétique 35
Sommet de Djeda..... 55
Stockage d'énergie 375
Stockage géologique de CO2..... 362
Stratégie nationale de développement durable..... 516
Stratégie nationale de la recherche énergétique 382
Subventions aux énergies minières..... 282

T

Tarifs réglementés de l'énergie 397
Traité sur la Charte de l'énergie 78
principe de transparence 415
Transition énergétique 22

V

Valorisation énergétique 381
Vol d'énergie 343

Table des matières

Sommaire.....	11
Liste des sigles et des abréviations.....	13
Introduction	19
L'énergie.....	20
L'accès à l'énergie.....	27
Le droit de l'énergie.....	31
Première partie : L'ordre juridique globalisé	39
Titre 1 : Le calibrage du droit international de l'énergie.....	41
Chapitre 1: Le droit économique de l'énergie.....	43
1/ L'encadrement du prix de l'énergie.....	43
I. Un cadre institutionnel fondé sur le concept de la gouvernance globale	44
A. Des acteurs spécifiques.....	45
1) Les acteurs étatiques	45
a) Les États.....	45
b) Les organisations intergouvernementales de l'énergie	46
2) Les acteurs privés.....	48
a) Les multinationales de l'énergie	49
b) Les sociétés financières	50
B. Des relations juridiques	51
1) Un cadre institutionnel informel.....	51
a) Des instances sectorielles	51
b) L'absence de régulation internationale du prix de l'énergie.....	52
2) Un cadre juridique précaire	53
a) Le principe de l'opacité.....	53
b) L'ouverture à la transparence.....	54
II. Un régime juridique	55
A. La loi du marché.....	56
1) Le marché physique de l'énergie.....	56
a) Les contrats de gré à gré.....	56
b) Les contrats spot.....	57
2) Le marché financier de l'énergie.....	58
a) L'encadrement du risque comme objectif.....	58
b) Le risque d'instabilité comme résultat.....	58
B. La loi du plus fort.....	59
1) Des relations diplomatiques.....	59
a) Des alliances stratégiques.....	59
b) Des pressions politiques	60
2) Des relations conflictuelles.....	61
a) Le conflit juridique	61
b) Le conflit armé	63

2/ L'encadrement de la sécurité des approvisionnements énergétiques	64
<u>I. Un cadre juridique général.....</u>	64
A. La nature juridique de l'énergie	64
1) L'énergie bien national.....	65
a) Une application du principe de la souveraineté nationale sur les ressources naturelles	65
b) Une délimitation territoriale discordante.....	67
2) L'énergie bien commun.....	68
a) Un bien du patrimoine mondial	68
b) Un bien public mondial	71
B. Le régime juridique de l'énergie	72
1) Des régimes juridiques généraux.....	72
a) Le droit international du commerce.....	73
b) Le droit international des investissements.....	74
2) Des régimes sectoriels	75
a) Des traités bilatéraux de protection des investissements.....	75
b) Des traités d'intégration économique	76
<u>II. Le traité sur la Charte de l'énergie.....</u>	78
A. Un accord ambitieux	79
1) Un cadre juridique à vocation universelle	79
a) Un contenu innovant.....	79
b) Une appréhension globale du secteur énergétique	82
2) Des effets novateurs sur le droit international	83
a) Une codification du droit des investissements	83
b) Le recours à l'arbitrage.....	85
B. Un accord en quête d'efficacité	86
1) Une légitimité restreinte	86
a) Un nombre limité de ratifications	86
b) Un renouvellement juridique difficile	87
2) Des perspectives de consolidation.....	88
a) Des instruments de gestion de crise.....	88
b) L'encadrement du nationalisme énergétique	89

Chapitre 2: Le droit social de l'énergie.....	91
<i>1/ L'accès universel à l'énergie comme objectif</i>	91
<u>I. Un cadre juridique</u>	92
A. Un objectif commun.....	92
1) Des institutions spécifiques	92
a) Une pluralité d'acteurs	92
b) Un manque de coordination.....	93
2) Des reconnaissances multiples	94
a) Une multiplication des dispositions sur l'accès à l'énergie	94
b) L'absence d'instrument opérationnel	96
B. Des actions sectorielles	98
1) Des mesures étatiques.....	98
a) La « <i>malédiction</i> » des États producteurs	98
b) Les attermolements des États consommateurs	99
2) Les engagements des sociétés de l'énergie.....	100
a) Des codes de bonne conduite comme normes sociales	100
b) Une privatisation de la règle de droit	102
<u>II. Des voies de consolidations</u>	103
A. Les critères d'une éthique de l'énergie	103
1) Une solidarité intra-générationnelle	103
a) La justice sociale de l'énergie.....	103
b) La solidarité énergétique.....	105
2) Une solidarité inter-générationnelle	105
a) Une gestion prudente de l'énergie.....	105
b) Une redistribution locale des revenus du secteur énergétique	106
B. Les moyens juridiques d'une éthique de l'énergie.....	107
1) Un cadre commun.....	107
a) L'accès universel à l'énergie comme objectif du millénaire	107
b) L'accès universel à l'énergie comme objet du droit au développement	108
2) Des règles expérimentales	110
a) Une taxe pour financer l'accès à l'énergie	110
b) La responsabilité des sociétés de l'énergie au regard des droits de l'Homme	111

2/ Le droit à l'énergie comme moyen	113
<u>I. Un droit individuel à l'énergie</u>	113
A. Un préalable à la satisfaction des droits de l'Homme	114
1) L'exégèse du Comité des droits économiques, sociaux et culturels...	114
a) Une interprétation constructive.....	114
b) Une source de modernisation des cadres juridiques.....	115
2) L'assimilation de l'accès à l'énergie à un droit de l'Homme	115
a) Un moyen d'intégrer l'énergie dans les politiques de développement	115
b) Une portée juridique limitée	117
B. Un droit de l'Homme à l'énergie autonome	117
1) L'état actuel du droit	117
a) Le droit d'accéder à un minimum d'énergie.....	117
b) Une acception restrictive	118
2) Des perspectives d'évolution.....	119
a) Les prérogatives des créanciers	119
b) Les obligations des débiteurs.....	120
<u>II. Un droit collectif à l'énergie</u>	120
A. L'émergence d'un droit par le recours juridique.....	120
1) Les recours quasi-juridictionnels.....	121
a) Le contrôle du respect des traités.....	121
b) L'Amicus curiae.....	122
2) Les recours juridictionnels.....	124
a) Le droit des populations à un approvisionnement suffisant en énergie	124
b) Le droit des peuples autochtones d'exploiter les ressources énergétiques de leur territoire	125
B. Le renforcement d'un droit par les actions des ONG	127
1) Une participation à la création normative	127
a) La création juridique matérielle.....	127
b) La création juridique formelle	128
2) La production de normes autonomes.....	129
a) L'instauration de standards sociaux.....	129
b) L'alerte par l'information.....	130

Chapitre 3: Le droit environnemental de l'énergie	133
<i>1/ Le cadre juridique de l'énergie propre</i>	133
<u>I. Un cadre conceptuel.....</u>	133
A. L'énergie propre comme méthode.....	134
1) Une reconnaissance progressive	134
a) Une origine technique	134
b) Une appropriation juridique.....	134
2) Un contenu novateur.....	136
a) Des critères communs	136
b) Des critères supplétifs.....	137
B. Une méthode fondée sur l'évaluation.....	138
1) Une évaluation énergétique	138
a) Un champ d'application général.....	139
b) Un modèle commun émergent.....	139
2) Une évaluation environnementale	140
a) Une évaluation écologique.....	140
b) Une évaluation des risques	142
<u>II. Un cadre institutionnel</u>	144
A. Des institutions normatives	144
1) Une multiplication des organisations	144
a) Des organisations consacrées à l'énergie	145
b) Des organisations d'appui à l'énergie.....	146
2) Des organisations fédératrices	147
a) ONU-Energie	147
b) L'Agence internationale des énergies renouvelables.....	148
B. Des institutions juridictionnelles	149
1) Les dommages protégés par la justice internationale	149
a) Les dommages transfrontières liés à l'énergie.....	149
b) Les crimes internationaux liés à l'énergie	152
2) L'accès aux juridictions internationales.....	153
a) Le recours à l'arbitrage	153
b) Le recours au juge.....	155

2/ Le régime juridique de l'énergie propre.....	157
<u>I. Un système embryonnaire</u>	157
A. Un cadre structurel	157
1) Une base commune.....	158
a) L'énergie propre comme support de l'intervention normative internationale.....	158
b) Des objectifs communs.....	159
2) Des règles à renforcer	160
a) Les dispositions environnementales du traité sur la Charte de l'énergie.....	160
b) Le projet d'accord cadre sur le droit international de l'environnement	162
B. Un cadre matériel	162
1) Un principe d'évaluation énergétique des traités internationaux	162
a) Une norme du droit impératif ?.....	163
b) La portée juridique de cette qualification.....	164
2) La normalisation technique de l'énergie	166
a) Des règles propres à l'énergie.....	166
b) Une source supplétive du droit international.....	167
<u>II. Une législation à construire</u>.....	167
A. Des moyens coercitifs	168
1) L'orientation vers le propre.....	168
a) L'orientation par la stimulation.....	168
b) L'orientation par la contrainte.....	169
2) L'éradication de l'impropre	170
a) L'éradication par le prix	170
b) L'éradication par la technique.....	172
B. Des moyens volontaires.....	172
1) L'engagement des sociétés dans la transparence	172
a) L'information sur la performance énergétique des produits	172
b) Les comptes-rendus sociaux et environnementaux des sociétés énergétiques.....	173
2) L'association des ONG aux activités énergétiques.....	174
a) La notation des sociétés	174
b) La collaboration aux projets énergétiques	174

Titre 2 : La modulation des droits européen et français de l'énergie...	177
Chapitre 1: Le droit économique de l'énergie.....	179
<i>1/ Le marché intérieur de l'énergie</i>	179
<u>I. Le cadre institutionnel</u>	180
A. Un cadre historique	180
1) Le fondement des premiers accords	180
a) Le traité CECA	180
b) Le traité CEEA	182
2) L'effondrement des premiers accords	183
a) La déshérence de la CECA et de la CEEA	183
b) L'émergence d'une politique commune sur l'énergie.....	186
B. Une compétence partagée.....	188
1) Une compétence de l'Union relative au marché intérieur	188
a) Des prérogatives renforcées par un fondement unique sur l'énergie	188
b) Des prérogatives encadrées par le principe de subsidiarité.....	189
2) Une compétence nationale concernant l'énergie.....	190
a) La mise en œuvre du marché intérieur de l'énergie	191
b) La définition d'obligations de service public	191
<u>II. Le régime juridique</u>	193
A. Un corps de règles ordonné.....	193
1) Des principes structurants.....	193
a) L'applicabilité des principes généraux du droit de l'Union	193
b) Les principes du marché de l'énergie.....	195
2) Des règles de fonctionnement.....	196
a) Un marché sectorisé.....	196
b) Un marché dissocié.....	197
B. Des activités régulées	198
1) Une régulation nationale.....	198
a) La CRE autorité administrative	199
b) La CRE autorité indépendante.....	201
2) Une co-régulation	202
a) Un rapprochement des régulateurs nationaux de l'énergie	203
b) Le médiateur national de l'énergie.....	203

2/ La sécurité des approvisionnements énergétiques.....	205
I. <u>L'action intérieure</u>	205
A. La politique de sécurité énergétique	205
1) Une compétence nationale.....	205
a) La planification énergétique	206
b) L'encadrement des activités énergétiques.....	207
2) Une compétence limitée par le droit de l'Union européenne	208
a) Des frontières établies par le droit originaire	208
b) Une marge nationale d'appréciation réduite.....	210
B. La gestion de crise.....	211
1) Des moyens préventifs.....	211
a) L'encadrement des stocks d'approvisionnement en hydrocarbures	211
b) L'obligation de renforcer les réseaux d'électricité	212
2) Des moyens curatifs.....	213
a) L'action concertée	213
b) La solidarité énergétique.....	213
II. <u>L'action transnationale</u>	215
A. Les compétences de l'Union européenne.....	215
1) Les réseaux transeuropéens d'énergie	215
a) Une prérogative encadrée	215
b) La source de la notion de « <i>projet d'intérêt européen</i> »	217
2) La conclusion d'accords internationaux	218
a) Des accords de coopération	219
b) Des accords d'association	221
B. Les compétences partagées	222
1) Des procédures encadrées.....	222
a) Une pluralité d'institutions	222
b) Un processus complexe de négociation.....	223
2) L'encouragement au partenariat.....	224
a) La coordination des politiques extérieures	224
b) L'obligation de coopération.....	225

Chapitre 2: Le droit social de l'énergie.....	227
<i>1/ Le droit à l'énergie dans la politique intérieure</i>	227
<u>I. Le cadre national.....</u>	227
A. Un droit à l'énergie affirmé	228
1) Un droit substantiel.....	228
a) Un droit subjectif	228
b) Un préalable à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent	230
2) Un contenu pluriel	231
a) Le droit d'être raccordé au réseau public d'électricité	231
b) Le droit à une aide de la collectivité pour maintenir l'approvisionnement en énergie.....	233
B. Des obligations partagées.....	233
1) Des procédures préventives	233
a) Une tarification sociale et des obligations procédurales à la charge des opérateurs	234
b) Un service de maintien de l'énergie du ressort de l'administration	235
2) Des procédures contentieuses	236
a) Les recours administratif	236
b) Les recours judiciaire.....	238
<u>II. Le cadre européen.....</u>	239
A. Le droit à l'énergie dans le système européen des droits de l'Homme... ..	239
1) Le droit à l'énergie <i>stricto sensu</i>	239
a) Une reconnaissance implicite	239
b) Une possible intégration dans le <i>corpus</i> existant	240
2) L'accès à l'énergie comme service essentiel	242
a) Une protection initiée par la Cour européenne des droits de l'Homme	242
b) Une protection confirmée par le Comité européen des droits sociaux.....	244
B. Le droit à l'énergie dans le système juridique de l'Union européenne... ..	245
1) La garantie des droits fondamentaux.....	245
a) Une protection apparente	246
b) Une protection incertaine.....	248
2) Le service universel de l'énergie	252
a) Un fondement européen pour le droit à l'énergie	252
b) Un contenu minimum pour le droit à l'énergie	253

2/ Le droit à l'énergie dans la politique étrangère.....	255
I. Le cadre national.....	255
A. La promotion du droit à l'énergie	255
1) Un cadre embryonnaire.....	255
a) Une diversité d'institutions.....	255
b) Des planifications sectorielles	256
2) Une intervention encadrée par le droit international	258
a) Le principe de non-ingérence	258
b) La responsabilité de protéger.....	258
B. Le contrôle du droit à l'énergie	260
1) Un contrôle national	261
a) L'abstention fautive au droit à l'énergie	261
b) La violation manifeste du droit à l'énergie.....	262
2) Un contrôle de l'Union.....	264
a) La responsabilité devant le Conseil	264
b) La responsabilité devant le juge	265
II. Le cadre européen.....	266
A. Les fondements juridiques du droit à l'énergie	266
1) La politique étrangère	266
a) Un champ d'application étendu	266
b) Un contrôle juridictionnel limité	267
2) La politique de coopération au développement.....	267
a) Un système fondé sur la « <i>clause des droits de l'Homme</i> ».....	268
b) Un instrument accessoire.....	269
B. Les garanties juridiques du droit à l'énergie	270
1) Les recours du citoyen européen	270
a) Les recours juridictionnels.....	270
b) Les recours alternatifs.....	271
2) Les recours des ressortissants étrangers	273
a) Les recours juridictionnels.....	273
b) Le droit de pétition	273

Chapitre 3: Le droit environnemental de l'énergie	275
<i>1/ L'orientation vers l'énergie propre.....</i>	<i>275</i>
<u>I. Un corps de règles issu de l'Union européenne</u>	<u>275</u>
A. Les caractéristiques de l'énergie propre	275
1) Des fondements juridiques	275
a) La politique de l'énergie.....	276
b) La politique de l'environnement	276
2) Une nature juridique spécifique.....	277
a) Un standard juridique.....	277
b) Une source d'inspiration de droits et principes fondamentaux.....	277
B. Les instruments de l'énergie propre.....	278
1) Un cadre global.....	279
a) L'évaluation énergétique des politiques publiques	279
b) La fiscalité énergétique.....	280
2) Des mesures sectorielles	282
a) La norme incitative	282
b) La norme contraignante	283
<u>II. Une transposition nationale</u>	<u>285</u>
A. L'évaluation énergétique	285
1) Des instruments émergents	285
a) Le diagnostic de performance énergétique	285
b) Le bilan énergétique	287
2) L'absence de méthodologie commune.....	288
a) Des instruments multiples pour une finalité commune	288
b) La nécessité d'un modèle unifié.....	288
B. Des moyens juridiques spécifiques	289
1) La fiscalité énergétique.....	289
a) Des critères jurisprudentiels.....	289
b) Des moyens ciblés	292
2) Des mesures sectorielles	294
a) La norme incitative	294
b) La norme contraignante	296

2/ L'efficacité de l'énergie propre	297
<u>I. Des moyens juridiques</u>	297
A. Les droits subjectifs de l'énergie propre.....	298
1) Un droit à l'énergie renouvelable.....	298
a) La liberté de produire de l'énergie renouvelable dans la limite d'une consommation domestique.....	298
b) Un droit de consommer de l'électricité issue de sources renouvelables.....	300
2) Un droit à l'information sur l'énergie.....	300
a) Des obligations d'information sur l'énergie.....	300
b) Un droit à l'information sur l'énergie nucléaire.....	302
B. La protection du droit de l'environnement.....	304
1) L'évaluation environnementale.....	304
a) Un régime applicable au secteur énergétique.....	304
b) Des règles spécifiques au secteur énergétique.....	306
2) L'encadrement des activités.....	307
a) La planification environnementale.....	307
b) La participation citoyenne.....	307
<u>II. Des recours administratifs et juridictionnels</u>	312
A. Les catégories de recours.....	312
1) Le recours des ONG.....	313
a) Des contours fixés par le juge des droits de l'Homme.....	313
b) Une jurisprudence de l'Union européenne en demi-teinte.....	314
2) Le recours collectif.....	316
a) Les procédures ineffectives.....	316
b) Des voies de modernisation.....	318
B. Les moyens invocables.....	320
1) Les prérogatives environnementales.....	320
a) La liberté d'expression.....	320
b) Le droit à un environnement sain.....	321
2) La réparation du préjudice écologique.....	324
a) La police environnementale.....	324
b) La responsabilité environnementale.....	326
Conclusion de la première partie	333

Seconde partie : L'ordre juridique autonome et intégré.....	335
Titre 1 : Un corps de règles structuré.....	337
Chapitre 1: Le Gouvernement organisé de l'énergie	339
<i>1/ Un champ juridique</i>	339
<u>I. Un corpus original</u>	339
A. Un objet commun : l'énergie	339
1) Une nature juridique variable	339
a) La chose énergie	340
b) Le bien énergie	341
2) Une portée juridique	343
a) L'énergie objet de droits.....	343
b) L'énergie objet du contrat	344
B. Un régime juridique.....	345
1) Des règles communes	345
a) Les institutions du droit de l'énergie	345
b) Les droits et principes du droit de l'énergie	347
2) Une identité propre	348
a) Une jurisprudence fédératrice.....	348
b) Une doctrine émergente.....	349
<u>II. Une classification</u>	350
A. Un contenu hybride	350
1) Des règles de droit privé.....	351
a) Le droit quasi-fondamental d'accès aux réseaux	351
b) Les dispositions relatives au personnel des entreprises électriques et gazières.....	352
2) Des règles de droit public	353
a) La police de l'énergie	354
b) La protection des ouvrages publics du secteur énergétique	355
B. Des frontières entre les champs juridiques.....	356
1) Les règles du droit de l'énergie	356
a) Une finalité énergétique.....	357
b) Une autonomie relative.....	357
2) Le droit applicable à l'énergie.....	358
a) Une finalité extérieure à l'énergie	358
b) Un complément au droit de l'énergie.....	359

2/ Une discipline juridique.....	360
I. Le droit des énergies	360
A. Le droit des énergies minières.....	360
1) L'encadrement des ressources génériques	360
a) L'extraction d'énergie minière	361
b) Le stockage géologique de dioxyde de carbone.....	362
2) L'encadrement des ressources spécifiques.....	364
a) L'utilisation de l'énergie nucléaire	364
b) L'organisation du secteur pétrolier	366
B. Le droit des énergies renouvelables	367
1) L'encadrement des ressources atmosphériques	367
a) Le droit de l'énergie solaire.....	367
b) Le droit de l'énergie éolienne.....	369
2) L'encadrement des ressources terrestres	371
a) Le droit de l'énergie hydraulique	371
b) Les droits des énergies géothermique et de la biomasse	372
II. Le droit du cycle de l'énergie	374
A. Un encadrement sectorisé du secteur énergétique	374
1) L'encadrement des activités en amont	375
a) La production d'énergie.....	375
b) Le stockage d'énergie.....	375
2) L'encadrement des activités en aval	376
a) L'accès aux réseaux d'énergie	376
b) Le commerce d'énergie	378
B. Le support d'un régime juridique commun sur l'énergie	379
1) Des règles transversales.....	379
a) La maîtrise de la demande en énergie.....	379
b) La valorisation énergétique	381
2) Des perspectives d'harmonisation	382
a) La stratégie nationale de la recherche énergétique	382
b) Un langage accordé	383

Chapitre 2: Le service public de l'énergie	385
<i>1/ L'organisation du service public de l'énergie</i>	385
<u>I. Le cadre juridique</u>	386
A. Un service public applicable à l'énergie.....	386
1) La conception traditionnelle du service public.....	386
a) L'applicabilité des critères du service public.....	386
b) L'applicabilité des principes du service public.....	387
2) Des principes complémentaires	389
a) Un principe de transparence	389
b) Un principe de responsabilité	391
B. Un service public spécifique à l'énergie.....	392
1) Des contours imprécis.....	392
a) Des orientations législatives	392
b) Des précisions prétoriennees	393
2) Un contenu incertain.....	396
a) La place du droit d'accès aux réseaux et du droit à l'énergie.....	396
b) L'insécurité juridique des tarifs réglementés	397
<u>II. Le régime juridique</u>	400
A. Le financement du service public	400
1) La double nature du financement	400
a) Une redevance pour le fonctionnement du service.....	400
b) Une péréquation des contributions du service public.....	401
2) La double méthode d'encadrement	402
a) Une évaluation des tarifs.....	402
b) Un contrôle de la rémunération	404
B. Les garanties du service public	405
1) Les garanties nationales.....	405
a) Le service public constitutionnel	405
b) Le service public national.....	406
2) Les garanties du droit de l'Union.....	408
a) Le service d'intérêt économique général	408
b) Le service universel de l'énergie comme seuil plancher	411

2/ La régulation du service public de l'énergie	413
I. <u>Le cadre structurel</u>	414
A. Les fondements de la régulation	414
1) Une origine supranationale	415
a) L'exigence de transparence du traité sur la Charte de l'énergie.....	415
b) La gestion déléguée en droit de l'UE.....	416
2) Une transposition nationale	417
a) La mise en concurrence par l'autorité publique	417
b) L'application du droit de la concurrence par le juge administratif.	420
B. Les acteurs de la régulation	422
1) Un cadre institutionnel.....	422
a) Des autorités nationales d'envergure	422
b) Des autorités locales à revaloriser	423
2) Un cadre fonctionnel.....	424
a) Des activités chargées du service public de l'énergie	425
b) Des activités associées au service public de l'énergie	427
II. <u>Les autorités de contrôle</u>	428
A. Un contrôle national	428
1) Une répartition des compétences	428
a) La CRE et l'Autorité de la concurrence	429
b) La CRE et le juge administratif	430
2) La CRE et les droits de l'Homme	431
a) Une adaptation engagée	431
b) Une adaptation inachevée.....	433
B. Un contrôle de l'Union européenne.....	435
1) Le contrôle de la concurrence.....	435
a) La répression des entraves au droit de la concurrence d'ampleur européenne	435
b) La garantie du « <i>droit d'accès aux réseaux</i> » dans les litiges transfrontaliers	436
2) Le contrôle des politiques énergétiques étatiques	437
a) Des aides d'État encadrées	437
b) Le favoritisme national sanctionné.....	439

Chapitre 3: Le code de l'énergie	441
1/ Un rôle de décodeur	442
<u>I. Un décodeur de méthode</u>	442
A. Une codification à droit constant	444
1) Une rigueur de principe	445
a) Codifier l'intégralité du droit de l'énergie	445
b) Ne codifier que le droit de l'énergie	446
2) Une souplesse d'exception	447
a) L'adaptation aux exigences d' « <i>harmonisation</i> » du droit	447
b) La maintenance des codes	449
B. Une codification partielle	451
1) Des dispositions non codifiées	451
a) Le droit « <i>souterrain</i> » de l'énergie.....	451
b) Le droit supranational de l'énergie	453
2) Des remèdes nécessaires.....	454
a) Une codification du droit de l'Union européenne.....	454
b) Une codification éditoriale	455
<u>II. Un décodeur de frontières</u>	457
A. Des frontières entre les champs juridiques	457
1) Des frontières étanches	457
a) L'extraction d'énergie minière.....	457
b) Les règles relatives au personnel des industries électriques et gazières.....	458
2) Des frontières poreuses.....	459
a) L'usage de l'énergie hydraulique	459
b) Le « <i>droit nucléaire</i> »	459
B. Des frontières dans le droit de l'énergie.....	460
1) La tentative du plan intelligible	461
a) Un choix pragmatique.....	461
b) Un choix risqué.....	461
2) La tentation du plan intelligent.....	462
a) Un plan fondé sur les formes d'énergie.....	462
b) Un plan guidé par le cycle de l'énergie	463

2/ Une fonction de révélateur	464
<u>I. Un révélateur des carences</u>	464
A. Les carences dans le contenu	465
1) Des prérogatives à affirmer	465
a) Les droits subjectifs du droit de l'énergie.....	465
b) Les principes normatifs du droit de l'énergie.....	466
2) Un dispositif fonctionnel à instaurer	467
a) Rendre commune l'évaluation énergétique.....	468
b) Rendre opérationnelle l'intégration énergétique.....	468
B. Les carences dans l'articulation des codes.....	469
1) Le code pilote de l'énergie	470
a) Un instrument au service de l'intégration énergétique.....	470
b) Un instrument de rationalisation du droit.....	470
2) Le code suiveur de l'énergie	471
a) Le principe du renvoi pour l'accessibilité du droit	471
b) L'exception des dispositions suiveuses pour l'intelligibilité du droit	472
<u>II. Un révélateur des enjeux</u>	473
A. Des enjeux juridiques.....	473
1) Une consolidation du droit de l'énergie	473
a) L'effectivité juridique	473
b) La sécurité juridique	474
2) Une émancipation du droit de l'énergie	476
a) L'autonomie d'un champ juridique.....	476
b) La consécration doctrinale.....	477
B. Des enjeux extra-juridiques.....	477
1) Des enjeux sociaux	478
a) Un code au service des usagers	478
b) L'éducation à l'énergie.....	480
2) Des enjeux politiques.....	481
a) Un code au service d'un homme	481
b) Un code au service d'une idéologie	482

Titre 2 : Une ouverture sur le système juridique.....	485
Chapitre 1: L'évaluation des objectifs du droit de l'énergie	487
1/ L'évaluation de l'applicabilité des objectifs du droit de l'énergie	487
I. Un cadre juridique commun	488
A. Des objectifs pour le droit de l'énergie	488
1) Des objectifs de fond	488
a) Des exigences qualitatives	488
b) Des exigences quantitatives.....	490
2) Des objectifs fondamentaux	491
a) La sécurité juridique	491
b) La qualité de la justice	494
B. Des solutions pour le droit de l'énergie	494
1) Des remèdes génériques	495
a) La simplification du droit	495
b) La clarification des compétences législatives et réglementaires	496
2) Des remèdes propres à l'énergie	498
a) Le Conseil supérieur de l'énergie.....	498
b) La consultation du public	499
II. Des moyens de contrôle.....	501
A. Des moyens matériels	501
1) Le recours aux institutions.....	501
a) Un encadrement de la méthode par le service de la législation et de la qualité du droit du SGG	501
b) La mise en ordre parlementaire	502
2) Des principes fondamentaux	504
a) Les exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme.....	504
b) Le principe de normativité de la loi.....	506
B. Des moyens procéduraux	506
1) Le contrôle <i>a priori</i>	507
a) L'étude d'impact législative.....	507
b) La saisine du Conseil d'État pour avis.....	510
2) Le contrôle <i>a posteriori</i>	511
a) Les pouvoirs du juge administratif	511
b) Les pouvoirs du juge constitutionnel.....	512

2/ L'évaluation de l'application des objectifs du droit de l'énergie	512
I. L'émergence d'objectifs propres au droit de l'énergie	513
A. Des objectifs généraux	513
1) Les objectifs des lois de programmation sur la politique énergétique	513
a) Des objectifs législatifs	513
b) Une portée juridique variable	514
2) Les objectifs de la stratégie nationale de développement durable	516
a) Une détermination pluripartite de la règle énergétique	516
b) Une portée juridique limitée	517
B. Des instruments communs d'évaluation	517
1) Une standardisation des évaluations.....	517
a) L'unification des indicateurs.....	517
b) La fiabilité des indicateurs.....	518
2) La transparence des évaluations	519
a) Les garanties d'indépendance de l'évaluateur.....	519
b) Un régime de l'expertise à construire	520
II. Le contrôle des objectifs du droit de l'énergie	521
A. Le contrôle des autorités publiques.....	521
1) L'évaluation <i>ex ante</i>	521
a) L'évaluation préalable des projets.....	521
b) L'obligation de transmettre un bilan énergétique	522
2) L'évaluation <i>ex post</i>	523
a) Le suivi de l'évaluation.....	523
b) Une portée juridique limitée	524
B. Le contrôle du public.....	525
1) La coopération des usagers du service public de l'énergie	525
a) Une évaluation des instruments de régulation.....	525
b) Une évaluation de la qualité du service.....	527
2) Des lanceurs d'alerte de fait	528
a) Des acteurs multiples	528
b) Un régime juridique à construire	529

Chapitre 2: L'intégration des objectifs du droit de l'énergie	531
<i>1/ Le principe d'intégration énergétique</i>	531
<u>I. Un principe autonome.....</u>	531
A. Une intégration des objectifs du droit de l'énergie dans l'action publique.....	532
1) Une méthode transversale.....	532
a) Un fondement constitutionnel.....	532
b) Des objectifs propres à l'énergie.....	533
2) Une méthode itérative.....	533
a) Des choix à motiver	533
b) Un processus à renouveler.....	535
B. Les manifestations de l'intégration énergétique dans le droit	535
1) La norme permissive.....	535
a) La permission de bénéficier.....	535
b) La permission de déroger	537
2) La norme contraignante	538
a) La contrainte de réfléchir.....	538
b) La contrainte d'agir	539
<u>II. Un principe renforcé par l'objectif de développement durable</u>	541
A. Le développement durable comme source d'intégration énergétique....	541
1) Un instrument au sommet de la hiérarchie juridique.....	541
a) Un fondement européen.....	541
b) Un fondement constitutionnel	542
2) Une portée juridique incertaine	543
a) Une redondance excessive	544
b) Des modalités opérationnelles imprécises.....	544
B. Le développement durable comme moyen d'intégrer l'énergie	544
1) Une précision du contenu de l'intégration énergétique.....	545
a) Des finalités énergétiques inhérentes au développement durable ..	545
b) Une signification pouvant être précisée par ses institutions d'orientation et de suivi	546
2) Une précision de la méthode de l'intégration énergétique	547
a) Une intégration dans les politiques publiques	547
b) Une intégration systématique	547

2/ La gestion intégrée de l'énergie.....	548
I. La gestion intégrée comme processus	548
A. Un processus de réception des objectifs du droit de l'énergie dans le système juridique	549
1) Une intégration locale des objectifs nationaux.....	549
a) Des institutions chargées d'une adaptation locale	549
b) Une transposition par la planification.....	551
2) Une intégration des objectifs dans les politiques sectorielles	553
a) Une intégration garantie par des instruments de coordination	553
b) Un principe de progressivité.....	554
B. Un processus de standardisation du droit.....	555
1) Une standardisation des référentiels	555
a) L'énergie grise comme fondement pertinent	555
b) L'énergie grise comme moyen juridique	557
2) Une standardisation des instruments	558
a) Le contrat de performance énergétique	558
b) L'interopérabilité des instruments d'évaluation	559
II. La gestion intégrée comme résultat.....	561
A. La gestion intégrée de l'énergie dans l'action publique	561
1) Une gestion intégrée des politiques publiques	561
a) La réduction des consommations d'énergie de l'Etat.....	561
b) La conditionnalité énergétique dans les marchés publics	563
2) Une gestion intégrée des services publics	564
a) L'intégration énergétique dans le service public de l'éducation ...	564
b) L'intégration énergétique dans le service public de la performance énergétique de l'habitat.....	565
B. La gestion intégrée de l'énergie dans les activités économiques.....	567
1) Une adaptation aux enjeux de l'énergie	567
a) La maîtrise de l'énergie dans les transports.....	567
b) Le développement des énergies marines renouvelables.....	569
2) Un moyen de promouvoir les objectifs du droit de l'énergie.....	570
a) L'encadrement du discours publicitaire sur l'énergie.....	570
b) La transparence dans le management énergétique	572

Chapitre 3: La conciliation des objectifs du droit de l'énergie	577
<i>1/ Un contrôle juridictionnel orienté vers l'équilibre</i>	577
<u>I. L'identification des normes prioritaires</u>	577
A. Un contrôle fondé sur la hiérarchie des normes.....	577
1) La priorité accordée aux droits fondamentaux	578
a) Des droits fondamentaux favorables aux objectifs du droit de l'énergie.....	578
b) Des droits fondamentaux défavorables aux objectifs du droit de l'énergie.....	579
2) Les modalités de la conciliation	579
a) Une application du principe de proportionnalité	580
b) Une hiérarchie matérielle incertaine.....	581
B. Un contrôle nuancé par l'intérêt général	583
1) L'intérêt général favorable aux activités énergétiques	583
a) L'identification des activités d'intérêt général.....	583
b) La portée juridique liée à l'intérêt général	584
2) L'intérêt général limitant les activités énergétiques	586
a) L'identification d'intérêts généraux conflictuels	586
b) La conciliation des « <i>intérêts publics énergétiques</i> ».....	588
<u>II. Le contrôle de légalité de l'intégration des objectifs du droit de l'énergie</u>	589
A. Le contrôle de la prise en compte des objectifs du droit de l'énergie ...	589
1) Le contrôle de l'évaluation énergétique	589
a) Le contrôle de l'existence de l'évaluation énergétique	590
b) Le contrôle de la prise en compte de l'évaluation énergétique.....	591
2) Le contrôle de l'intégration énergétique.....	592
a) Le contrôle de l'existence de l'intégration énergétique.....	592
b) Le contrôle de la prise en compte de l'intégration énergétique	593
B. Le contrôle de la conciliation des objectifs du droit de l'énergie	594
1) Le contrôle de la réglementation et des autorisations individuelles...	594
a) Un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation	595
b) Un contrôle fondé sur une analyse <i>in concreto</i>	597
2) Le contrôle des déclarations d'utilité publique	598
a) Un contrôle fondé sur la technique du bilan coût-avantages.....	599
b) Un contrôle renouvelé par le principe de conciliation ?	601

2/ Un cadre juridique propice à une consolidation du droit de l'énergie.....	603
I. <u>L'émergence d'un processus de non-régression du droit de l'énergie</u>	603
A. Un instrument de protection des intérêts publics énergétiques.....	604
1) Un principe fondé sur une diversité de fondements juridiques	604
a) Des dispositions spécifiques en droit de l'énergie.....	604
b) Une application générale et émergente en droit de l'environnement	605
2) Une portée juridique uniforme	607
a) Un principe applicable à toute décision publique.....	607
b) Des modalités d'application à préciser.....	607
B. Une intangibilité relative	608
1) Une marge d'appréciation pour modifier l'ordonnancement juridique	609
a) L'obligation de motiver la régression	610
b) Un seuil minimum de protection	611
2) Un contrôle juridictionnel minimum	611
a) La conception restrictive du Conseil constitutionnel	611
b) La thèse constructive de la justice européenne des droits de l'Homme	613
II. <u>Des objectifs de valeur constitutionnelle favorables aux intérêts publics énergétiques</u>	614
A. Un renforcement du droit de l'énergie	614
1) Le fondement d'obligations positives	615
a) L'obligation d'adopter un <i>corpus</i> énergétique.....	615
b) L'obligation d'évaluer l'efficacité du <i>corpus</i> énergétique.....	616
2) La censure des violations manifestes.....	617
a) L'invalidation de la norme incompatible	617
b) Un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation.....	617
B. Une obligation de moyen	618
1) Un pouvoir étendu des autorités normatives	618
a) Une liberté de choix des moyens	618
b) Une liberté de choix limitée.....	619
2) Des recours juridictionnels limités	620
a) Une justiciabilité restreinte	620
b) La nécessité de prouver une faute	621
Conclusion de la seconde partie.....	623
Conclusion générale	625
Bibliographie.....	627
Traités, ouvrages et manuels en droit de l'énergie.....	627
Traités, ouvrages et manuels sur l'énergie	628
Traités, ouvrages et manuels.....	630

Table des matières

Thèses et mémoires en droit de l'énergie	634
Thèses et mémoires juridiques.....	637
Articles, chroniques et notes de jurisprudence en droit de l'énergie	639
Articles, chroniques et notes de jurisprudence juridiques	649
Rapports	661
Annexes.....	665
Consommation mondiale d'énergie	665
Réserves mondiales d'énergie par source	665
Répartition spatiale de la production mondiale de pétrole brut	666
Répartition spatiale de la production mondiale de gaz naturel.....	667
Organisations internationales intervenant dans le secteur de l'énergie	668
Traités internationaux relatifs à l'énergie	671
Index	673
Table des matières	676
Résumé.....	701

Résumé

Le droit encadre depuis longtemps l'usage de l'énergie. Cependant, la création normative s'est récemment intensifiée et le cadre juridique a subi de profondes mutations au point de faire émerger un droit de l'énergie. De par sa nouveauté et sa complexité, la matière demeure difficilement intelligible. Cette étude propose une présentation globale de la discipline en adoptant une approche finaliste fondée sur l'accès à l'énergie. Elle expose un corps de règles structuré en réponse à une crise économique, sociale et environnementale mondialisée du secteur énergétique. Elle fait également apparaître le caractère globalisé du contenu. En ce sens, le système juridique international assure une fonction de calibrage du droit de l'énergie tandis que les systèmes européens et français permettent sa modulation en le détaillant et en l'adaptant aux cultures. L'analyse du droit de l'énergie dans le temps conduit à s'intéresser à la création normative et met en lumière un fonctionnement original. D'une part, un processus d'institutionnalisation de l'énergie participe à sa consolidation. D'autre part, des mécanismes innovants assurent une prise en compte de ses objectifs dans le système juridique pour accroître son efficacité. Alors que la mise en évidence d'un contenu et d'une forme spécifiques permettent d'aborder le droit de l'énergie dans l'unité, la compréhension de son fonctionnement s'avère propice à l'anticipation. Leur conjonction témoigne d'une œuvre à accomplir, un défi de la société, une condition pour la liberté.

Théorie générale du droit ; droit de l'énergie ; accès à l'énergie ; crise mondiale de l'énergie ; globalisation ; théorie de l'institution ; service public de l'énergie ; code de l'énergie ; objectifs du droit de l'énergie ; gestion intégrée de l'énergie ; doctrine juridique ; juge ; droits de l'Homme ; droit administratif ; droit constitutionnel ; droit public économique ; droit de l'environnement ; droit de l'urbanisme.