

Droits sectoriels de la Régulation

Cours du semestre de printemps 2018

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon n°3

**Le Droit sectoriel de
la Régulation de l'Énergie :
Le cadre**

Mardi 20 février 2018

I. ÉLÉMENTS DE BASE

II. QUESTIONS OUVERTES

III. UN CAS

- La **variété des moyens énergétiques**
 - Le charbon
 - Le gaz
 - L'eau
 - Le soleil (ancien mais nouveau)
 - Le pétrole (ancien mais nouveau)
 - Le vent (ancien mais nouveau)

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE

1. La variété des moyens énergétiques et des usages énergétiques

- La **variété des moyens énergétiques**
 - Le charbon
 - Le gaz
 - L'eau
 - Le soleil (ancien mais nouveau)
 - Le pétrole (ancien mais nouveau)
 - Le vent (ancien mais nouveau)
- **L'emprise des politiques publiques sur les différents moyens**
- **La dimension politico-militaire des moyens de production**
- **La porosité avec la nature**
- **L'emprise du souci environnemental**

Le **paradoxe des Codes**

- Le **Code de l'énergie**
 - Ne comprend pas le nucléaire
 - Ne comprend pas le pétrole
- Le **Code minier**
 - Le pétrole et le gaz
 - Le stockage sous le sol
- Le **Code de l'environnement**
 - L'eau
 - Le nucléaire

La **spécificité de l'électricité**

- L'électricité naturelle : foudre et électricité statique
- L'électricité fabriquée : le XIXème siècle, la puissance industrielle de l'Occident, la *Fée Électricité*, le règne des ingénieurs, les X.
- L'électricité produite par le charbon
- L'électricité produite par le pétrole
- L'électricité produite par le nucléaire
- L'électricité et l'autonomie nationale : économique et politique
- L'électricité produite par l'eau, le vent et le soleil
- Dimension économique-politico-sociétale

- La variété des **usages énergétiques**

- Énergie pour faire autre chose
- L'Énergie est un « média »
- Mais « média nécessaire »
- Succession de « médias nécessaires »
- Nationalisation d'EDF

Notions juridiques subséquentes :

- notion juridique de « **client éligible** »
- Notion juridique de « **droit à l'électricité** » (loi du 10 février 2000)
- Notion juridique de « **droit d'accès** » à la facilité essentielle de transport
- - **Droits subjectifs** légalement conférés

- La variété des **usages énergétiques**

- Sous-jacent de tous les marchés ordinaires
- Connection au droit de la concurrence
- Se chauffer, manger, se connecter
- Insaisissabilité d'une part de consommation
- EDF, « opérateur crucial » ?

Conséquences juridiques

- **L'Europe de la concurrence ne peut être que l'Europe de l'Énergie : quelle articulation ?**
- **L'Europe de l'Énergie ne peut être que l'Europe de l'environnement**
- **L'Europe de l'Énergie ne peut être que l'Europe politique et militaire si l'énergie est nucléaire, sauf à supprimer le nucléaire**

- La Trilogie :
 - **Production**
 - **Transport**
 - **Distribution**
- La coexistence de concurrences possibles et de monopoles économiques naturels
- Le secteur énergétique comme « secteur mature »
- Tesla ?opérateur énergétique

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE

2. L'unicité de la « chaîne de valeurs » énergétique

- L'approche juridique concentrée sur la seule électricité : prisme par l'opérateur public (EDF) et par son « attaque »
- L'extension au gaz
- Rien sur l'eau (sauf au R.U.), Rien sur le pétrole (entente)
- Une autre logique pour le soleil et le vent

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE

3. La méconnaissance par le Droit de l'économie énergétique

- La directive européenne de **libéralisation** du secteur électrique de 1996
- La loi sur le service public de l'électricité de 2000
- L'extension de la loi concurrentielle au gaz

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE

3. La méconnaissance par le Droit de l'économie énergétique

- La prédominance de la considération institutionnelle par l'adoption du modèle des télécoms : CRE sur l'ART.
- Prégnance du « droit public »
- Car « opérateur public »
- Mais où est la « valeur » ?
- Élément fédérateur de la notion d' « industrie de réseau » : est-ce si fondé ? Si durable ?

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE

3. La méconnaissance par le Droit de l'économie énergétique

- L'objectif concurrentiel : le « client éligible » comme « étape »
- L'opposition apparente entre la France et l'Allemagne
- La puissance des collectivités locales

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE

3. L'objectif concurrentiel

- Le Groupe *Électricité de France (EDF)*
- **La déverticalisation opérationnelle**
- **Régulation et Droit des sociétés**
- **EDF et aide d'État**
- **Le Droit des sociétés et la gouvernance**

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE

3. L'objectif concurrentiel

La déverticalisation opérationnelle

- **La déverticalisation substantielle**
- **Le « trading d'électricité »**
- **L'autonomie du transport (RTE)**
- **L'autonomie de la distribution (Enedis)**
- **La perspective du client : le « contrat unique »**

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE

3. L'objectif concurrentiel

L'obsession de la concurrence et du monopole naturel obstrue la question pertinente : quelle est la fin de la Régulation ?

- **Prévenir du risque**
 - **Coupure, catastrophe**
 - **Fragilité énergétique**
 - **Dépendance**
 - **Gaspillage**
 - **Pollution**
- **« maux globaux »**
- **« biens globaux » ?**

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE

4. Le maintien a-concurrentiel du secteur énergétique

Quelle est la fin de la Régulation ?

- **Prévenir du risque**
 - Analogie avec la banque (plus « industrie de réseaux »)
 - Prévention des maux globaux
- **Souci d'autrui et de la nature**
- **Promotion des biens globaux**
- **Mais dissensions nationales sur les moyens**

I. ÉLÉMENTS DE BASE

A. ÉVOLUTION DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE

4. Le maintien a-concurrentiel du secteur énergétique

Loi sur la transition énergétique pour une croissance verte **du 17 août 2015**

- **« Instrument législatif »**
- **de « régulation » : un but : « la croissance verte »**
- **Interprétation conséquente**
- **Comparaison avec le rapport du groupe de haut niveau du 31 janvier 2017 sur la « finance soutenable » (finance verte)**

II. QUESTIONS OUVERTES



1. Faut-il souhaiter plus de principe concurrentiel dans le secteur énergétique ?

II. QUESTIONS OUVERTES



2. Entre Régulation énergétique et Régulation environnementale, qui doit primer ?

II. QUESTIONS OUVERTES



3. Pourquoi les titres sociaux de l'entreprise E.D.F. devraient-ils demeurer des *Golden shares* ?

II. QUESTIONS OUVERTES



4. De quel régulateur l'entreprise Tesla relève-t-elle ?



III. LE CAS

Commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat, 20 mars 2013, (*Association « Robin des toits » - compteur Linky*)

2. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 341-4 du code de l'énergie, reprenant les dispositions du IV de l'article 4 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité : " **Les gestionnaires des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité mettent en œuvre des dispositifs permettant aux fournisseurs de proposer à leurs clients des prix différents suivant les périodes de l'année ou de la journée et incitant les utilisateurs des réseaux à limiter leur consommation pendant les périodes où la consommation de l'ensemble des consommateurs est la plus élevée** " ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article 1er du décret 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 : " Pour l'application des dispositions du IV de l'article 4 de la loi du 10 février 2000 susvisée et en vue d'une meilleure utilisation des réseaux publics d'électricité, les gestionnaires de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité mettent en œuvre des dispositifs de comptage **permettant aux utilisateurs d'accéder aux données relatives à leur production ou leur consommation et aux tiers autorisés par les utilisateurs à celles concernant leurs clients** " ; qu'aux termes de l'article 4 de ce décret : " Un arrêté du ministre chargé de l'énergie pris sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie précise, **au vu notamment des résultats de l'expérimentation et des exigences d'interopérabilité du système**, les fonctionnalités et les spécifications des dispositifs de comptage prévus à l'article 1er. (...) " ;

Sur la requête de l'association " Robin des toits " dirigée contre la décision qui aurait été révélée par le discours du 28 septembre 2011 du ministre chargé de l'énergie :

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier 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, en vertu des dispositions précitées de l'article 4 de ce décret, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, 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** ;

Sur les requêtes dirigées contre l'arrêté du 4 janvier 2012 :

En ce qui concerne la **légalité externe** de l'arrêté attaqué :

4. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort de l'arrêté attaqué que celui-ci se borne à déterminer les fonctionnalités des dispositifs de comptage devant être déployés en application du décret du 31 août 2010, selon différents niveaux de tension des réseaux publics d'électricité, à préciser les conditions d'interopérabilité de ces dispositifs de comptage et à prescrire les modifications à apporter aux documentations techniques de référence des gestionnaires de réseaux ; que, **contrairement à ce que soutiennent les requérants, cet arrêté ne fixe aucune règle relative au régime de propriété des dispositifs de comptage** ; que, dès lors, le moyen tiré de ce qu'il aurait incompétemment modifié ce régime doit être écarté ;

5. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes du IV de l'article 28 de la loi du 10 février 2000, dont les dispositions ont été maintenues en vigueur par l'article 6 de l'ordonnance du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie jusqu'à la publication des dispositions réglementaires correspondantes du même code : " Le collège [de la Commission de régulation de l'énergie] ne peut délibérer que si trois au moins de ses membres sont présents " ; qu'il ressort des délibérations, produites au dossier, que trois membres du collège siégeaient lors des séances du 7 juillet 2011 et du 10 novembre 2011 au cours desquelles la Commission de régulation de l'énergie a adopté, dans ses versions successives, la proposition d'arrêté relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité ; que les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les délibérations de la Commission de régulation de l'énergie comportant en annexe la proposition d'arrêté auraient été adoptées en méconnaissance des règles de quorum applicables à cette autorité ;

6. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 9 du décret du 27 mars 2006 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil supérieur de l'énergie : " Le quorum est égal à 18. Il est vérifié en début de séance. S'il n'est pas atteint, le conseil délibère valablement sans condition de quorum après une nouvelle convocation adressée dans le délai de six jours francs mentionné à l'article 8, sur le même ordre du jour et spécifiant qu'aucun quorum ne sera exigé lors de la nouvelle réunion " ; qu'il ressort de la feuille de présence signée par les membres du Conseil supérieur de l'énergie, produite au dossier, que vingt-quatre de ces membres siégeaient lors de la séance du 18 novembre 2011 au cours de laquelle a été examinée la proposition d'arrêté ; que, par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la consultation du Conseil supérieur de l'énergie serait intervenue en méconnaissance des règles de quorum applicables à cet organisme ;

En ce qui concerne la **légalité interne** de l'arrêté attaqué :

S'agissait de la **méconnaissance de la Charte de l'environnement** :

7. Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la Charte de l'environnement : " Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé " ; qu'aux termes de l'article 5 de cette Charte : " Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage " ;

8. Considérant, toutefois, qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que des éléments circonstanciés feraient apparaître, en l'état des connaissances scientifiques, des risques, même incertains, de nature à faire obstacle au déploiement de dispositifs de comptage dont les caractéristiques sont fixées par l'arrêté attaqué ; **qu'il ressort, en revanche, des pièces du dossier que les rayonnements électromagnétiques émis par les dispositifs de comptage et les câbles n'excèdent ni les seuils fixés par les dispositions du décret du 18 octobre 2006 relatif à la compatibilité électromagnétique des équipements électriques et électroniques, pris pour transposer la directive du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 relative au rapprochement des législations des États membres concernant la compatibilité électromagnétique, ni ceux admis par l'Organisation mondiale de la santé ; que le Gouvernement n'avait pas, dès lors, à procéder à une évaluation des risques des effets de ces rayonnements ou à adopter des mesures provisoires et proportionnées ; que les moyens tirés de la méconnaissance des articles 1er et 5 de la Charte de l'environnement doivent, par suite, être écartés ;**

S'agissant de la méconnaissance de l'article 8 de la convention signée à Arrhus le 25 juin 1998 :

9. Considérant que les stipulations de l'article 8 de la convention signée le 25 juin 1998 à Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, selon lesquelles " chaque partie s'emploie à promouvoir une participation effective du public à un stade approprié ", créent seulement des obligations entre les États parties à la convention et ne produisent pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne ; qu'elles ne peuvent, par suite, être utilement invoquées à l'encontre de l'arrêté attaqué ;

S'agissant de la **méconnaissance du droit de propriété et de la libre administration des collectivités territoriales** :

10. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, **l'arrêté ne fixe aucune règle relative à la propriété des dispositifs de comptage** ; que le moyen tiré de ce qu'il porterait atteinte au droit de propriété des collectivités territoriales ne peut qu'être écarté ; que par ailleurs, aux termes du second alinéa de l'article L. 341-4 du code de l'énergie : " Les cahiers des charges des concessions et les règlements de service des régies de distribution d'électricité sont mis en conformité avec les dispositions du présent article." ; que l'obligation de mise en conformité des cahiers des charges des concessions découle de cette disposition législative et non de l'arrêté attaqué, dont les requérants ne sont, par suite, pas fondés à soutenir qu'il porterait atteinte, pour ce motif, au principe de libre administration des collectivités territoriales ;

S'agissant de la **méconnaissance de la directive du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009** :

11. Considérant que le principe du déploiement de dispositifs de comptage intelligents a été arrêté et le calendrier de ce déploiement fixé par la directive 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, transposée sur ces points, en droit interne, par le décret du 31 août 2010 ; que l'arrêté attaqué se borne à déterminer les fonctionnalités des dispositifs de comptage devant être déployés en application du décret du 31 août 2010, à préciser les conditions d'interopérabilité de ces dispositifs et à prescrire les modifications à apporter aux documentations techniques de référence des gestionnaires de réseaux ; que les requérants ne peuvent, dès lors, utilement soutenir que cet arrêté serait illégal à raison du caractère prématuré du déploiement, dont il ne détermine ni le principe, ni le calendrier ; que les requérants ne peuvent pas davantage utilement soutenir que cet arrêté serait illégal pour décider du déploiement sans évaluation préalable des bénéfices des dispositifs de comptage ;

S'agissant de la méconnaissance de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et du code des marchés publics :

12. Considérant, d'une part, qu'il n'est pas soutenu que les dispositions de cet arrêté méconnaîtraient, par elles-mêmes, celles de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; qu'il suit de là que le moyen tiré de ce que l'arrêté serait entaché d'illégalité en ce qu'il aurait omis de rappeler les obligations découlant de cette loi ne peut qu'être écarté ; que, d'autre part, le moyen tiré de la méconnaissance du code des marchés publics, alors que les dispositions de l'arrêté en litige ne relèvent du champ d'aucune disposition de ce code, doit être écarté ;

S'agissant de la méconnaissance de l'article 18 de la loi du 3 août 2009 :

13. Considérant qu'aux termes de l'article 18 de la **loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement** : " **Les objectifs d'efficacité et de sobriété énergétiques exigent la mise en place de mécanismes d'ajustement et d'effacement de consommation d'énergie de pointe. La mise en place de ces mécanismes passera notamment par la pose de compteurs intelligents pour les particuliers, d'abonnement avec effacement des heures de pointe. Cela implique également la généralisation des compteurs intelligents afin de permettre aux occupants de logements de mieux connaître leur consommation d'énergie en temps réel et ainsi de la maîtriser** " ; que les **articles 1er, 2, 3 et 4 de l'arrêté attaqué définissent, en fonction du domaine du réseau public et de la puissance, les types de données que les dispositifs de comptage enregistrent et leur pas de temps** ;

14. Considérant que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, les dispositions combinées des articles 1er, 2, 3 et 4 de l'arrêté attaqué prévoient le **recueil de données permettant, d'une part, aux fournisseurs d'électricité d'instaurer des prix différents en fonction de la période de consommation et, d'autre part, aux utilisateurs ou à des tiers autorisés par eux d'accéder en temps réel, par l'intermédiaire d'une interface de communication, à ces données** ; que la circonstance que l'arrêté organise une collecte des données par pas de temps de dix à trente minutes, alors qu'aucun texte n'impose que les utilisateurs ou les fournisseurs accèdent en temps continu aux données enregistrées, ne méconnaît pas, en tout état de cause, les objectifs affirmés par l'article 18 de la loi du 3 août 2009 ;

S'agissant de la méconnaissance de l'article L. 322-8 du code de l'énergie :

15. Considérant qu'aux termes de l'article L. 322-8 du code de l'énergie : " Sans préjudice des dispositions du sixième alinéa du I de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, un gestionnaire de réseau de distribution d'électricité est, dans sa zone de desserte exclusive, notamment chargé, dans le cadre des cahiers des charges de concession et des règlements de service des régies : / (...) 7° D'exercer les activités de comptage pour les utilisateurs raccordés à son réseau, en particulier la fourniture, la pose, le contrôle métrologique, l'entretien et le renouvellement des dispositifs de comptage et d'assurer la gestion des données et toutes missions afférentes à l'ensemble de ces activités " ;

16. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que **le gestionnaire de réseau de distribution d'électricité a pour mission d'installer et d'entretenir les dispositifs de comptage, ainsi que de gérer les données qu'ils collectent** ; qu'il suit de là que **si les dispositifs de comptage doivent permettre un accès à ces informations pour les utilisateurs, il n'incombe pas, en vertu des dispositions précitées, au gestionnaire du réseau de distribution d'installer un afficheur déporté permettant de consulter les données enregistrées par les dispositifs de comptage** ; que, dès lors, en excluant l'installation d'un tel afficheur, l'arrêté en litige n'a pas méconnu les dispositions de l'article L. 322-8 du code de l'énergie ;

S'agissant de la méconnaissance du décret du 31 août 2010 :

17. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit plus haut, l'article 4 du décret du 31 août 2010 **a confié le soin à un arrêté de préciser " au vu notamment des résultats de l'expérimentation et des exigences d'interopérabilité du système, les fonctionnalités et les spécifications des dispositifs de comptage prévus à l'article 1er " ; que les requérants ne sont, par suite, pas fondés à soutenir que l'auteur de l'arrêté attaqué, en ce que celui-ci se borne à fixer les fonctionnalités et spécifications de ces dispositifs, aurait méconnu l'étendue de sa compétence ;**

S'agissant de l'annulation par voie de conséquence de celle du décret du 31 août 2010 :

18. Considérant que, par la décision n°s 346971-346972 du même jour que la présente décision, le Conseil d'État statuant au contentieux a rejeté la demande d'annulation pour excès de pouvoir du décret du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité ; que la demande d'annulation par voie de conséquence de celle de ce décret doit, dès lors, être écartée ;

19. Considérant qu'il résulte tout ce qui précède que les requêtes tendant à l'annulation de l'arrêté attaqué doivent être rejetées ;