

# DROIT DE L'ÉNERGIE, DROIT À L'ÉNERGIE

PAR MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur de droit à l'université Paris-Dauphine  
Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social

Tout anniversaire est un arrêt organisé du temps, une occasion, une aubaine : celle d'un regard. Regard en arrière et coup d'œil sur l'avenir, l'un aiguisant l'autre. Le plus souvent, si l'on compare les deux horizons, on y trouvera un certain *continuum*, l'avant et l'après se distinguant alors par un infléchissement, une accentuation, un affaiblissement, et mille autres variantes qui expriment un changement dans l'intensité. Mais il peut arriver que le changement porte sur la nature même des choses.

Dans cet anniversaire de la *Revue de l'Énergie*, jetons ce regard circulaire sur l'organisation du secteur de l'énergie, plus particulièrement celui de l'électricité, confrontée au droit. Dans le passé, on ne trouve guère d'articles juridiques, parce que le droit n'était que peu de choses. Qui s'en souciait vraiment ? Tout au plus s'exprimait-il sous la forme de l'organisation administrative et de quelques recours commentés devant le Conseil d'État. Ce n'était pas que le droit était embryonnaire ou archaïque : la qualité des Cahiers juridiques du Gaz et de l'Électricité suffit à attester le contraire.

Mais, dans une appréciation plus sociologique, on observera que les juristes suivaient et faisaient partie de l'intendance dans l'organisation d'un secteur menée par l'alliance des ingénieurs et du politique. Dans l'avenir, on a l'impression – et l'on s'en effraie – que tout est en train d'être recouvert par le droit, par les procès, par les juristes, par les avocats, leur activisme et leur puissance finissant par obscurcir de leur exaltation et de leur culture la nature physique des objets, contribuant à annihiler ainsi toute volonté politique souveraine.

S'il en est ainsi, nous ne serions pas dans l'inflexion d'intensité, nous assisterions à un changement de nature. Cela mériterait alors l'appellation de révolution. Il convient ici d'essayer de la décrire, de mesurer la vague que représente la juridicisation de l'organisation du secteur énergétique.

D'où vient cette montée en puissance du droit ? Si l'on en cherche la cause mécanique, laquelle se mêle à d'autres causes, notamment technologiques, c'est le droit européen qui se présente. Si l'on veut trouver ce qui serait une cause plus profonde, celle-là même qui aurait déclenché le mouvement européen, ce rouleau compresseur européen, on croise alors bien sûr le mouvement politique de libéralisation de secteurs cruciaux vers une économie ouverte mais aussi ce qui affleure aujourd'hui dans la réforme française sur l'électricité : des prérogatives des personnes contre l'État, prérogatives des opérateurs – producteurs, acheteurs, traders – mais encore du consommateur plus ordinaire, bref un « droit à l'énergie ».

---

## I. — LA MONTÉE EN PUISSANCE DU DROIT COMME RÉGULATEUR DES SECTEURS ÉNERGÉTIQUES

---

Ce n'est pas qu'il n'y avait pas de droit avant, mais le droit européen a substitué au droit ancien, lié à l'idée de souveraineté des États, un droit nouveau, lié à la constitution d'un pouvoir régulateur hors du pouvoir exécutif, si ce n'est hors de l'État.

## A – La contrainte juridique de l'Europe employée pour la libéralisation à l'encontre de la volonté pure de l'État

Il serait bien sûr inexact d'affirmer que le droit n'avait pas antérieurement sa part dans l'organisation des secteurs énergétiques. Au contraire, la contrainte réglementaire y était et y reste très forte. Reprenons un instant la définition usuelle du droit, celle qui permet de distinguer le phénomène juridique d'autres phénomènes – politiques par exemple – : le droit se reconnaît en ce qu'il est une prescription de comportement assortie d'une sanction en cas de méconnaissance. Le plus souvent, l'on affirmera que cette sanction doit être de nature étatique, appelant l'intervention de la puissance publique, faisant ainsi intervenir un policier, un huissier, un juge, et non pas être seulement une réaction sociale spontanée.

Si l'on en reste à cette définition du droit, les secteurs énergétiques n'ont jamais été victimes d'anomie mais bien au contraire sont depuis toujours réglementés très minutieusement, parfois étouffés même, par des prescriptions de comportements sanctionnées, et donc par du droit. Mais, si l'on peut s'exprimer ainsi, c'était naguère un autre droit, un droit non seulement techniquement mais essentiellement public. Ce caractère essentiellement public tenait au fait que, tout particulièrement en France, l'énergie était saisie par la théorie du service public, cœur du droit public.

Cela signifie que tout n'était qu'actes administratifs, actes unilatéraux ou contrats administratifs, les recours s'exerçaient devant le juge administratif et le Conseil d'État, marques certes fortes et incontestables de juridicité. Mais ce droit était la forme prise par la puissance de l'État pour organiser à sa guise, certes dans l'objectif de l'intérêt général et dans le cadre du service public mais à sa guise tout de même, les secteurs énergétiques français.

C'est cette nature là qui a subi le bouleversement qu'il s'agit de mettre en lumière ici. En effet, à partir du droit européen, le droit s'est mis en marche contre l'État et l'exercice que celui-ci faisait de son pouvoir souverain en la matière. En quelque sorte, deux droits se sont dressés l'un contre l'autre : le droit qui servait à l'État d'instrument pour une organisation souveraine des secteurs énergétiques et le droit qui servit à l'Europe pour arracher cette régulation de la perspective de la souveraineté.

D'une façon plus précise, on sait que ce sont, d'une part, des directives communautaires, par exemple la directive du 19 décembre 1996 sur la libéralisation du secteur électrique, d'autre part, des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes, par exemple l'arrêt *Commune d'Almelo* du 27 avril 1994, qui ont imposé ces nouvelles contraintes. Les outils sont là pour que se développent de force de nouvelles règles et des modes de contrôle de leur respect.

Les lois françaises sur la régulation électrique – en cours de discussion – sur la régulation gazière – projetée – sont marquées par les contraintes des directives dont elles ne sont que les transpositions. Par ailleurs, dans l'arrêt *Commission c./France*, que la Cour de justice des Communautés européennes a rendu le 23 octobre 1997, sont déjà en place les éléments à partir desquels, dans une longue procédure en manquement que la Commission a intentée contre l'État français, les mécanismes d'importation et de distribution de gaz et d'électricité seront admis ou non par les juges.

## B – La mise en place de régulateurs sectoriels indépendants et juridicisés

Si l'on en reste toujours à la dimension juridique du mouvement, position méthodologique qui ne doit pas faire oublier que le droit et l'économie sont intimement et dialectiquement unis dans la libéralisation des

secteurs énergétiques, il convient de regarder non plus la source du changement mais son contenu.

Chacun le sait : l'organisation des secteurs énergétiques naguère confiée au pouvoir exécutif, sur délégation du pouvoir législatif, en a été sortie pour incomber, du moins en partie, à des régulateurs indépendants, ne serait-ce que pour permettre à l'État de conserver encore la propriété d'un opérateur sans contrevenir à cette règle, jusqu'ici inconnue, du non-cumul de l'opérateur et du régulateur, règle que l'on peut dire constitutionnelle désormais du système.

Ainsi, sans prétendre exprimer toutes les configurations qui se mettent progressivement en place dans divers pays, des autorités indépendantes sont instituées. Elles sont hors d'atteinte du pouvoir de l'Administration, même si l'on peut considérer qu'une telle régulation est encore étatique. Mais, sur ce dernier point, elle devient le signe d'un État pluraliste, décentralisé, procéduralisé, bref d'un État dont on se demande si cela relève encore de la modernisation ou bien constitue une dénaturation de son être.

En outre, l'ancienne régulation administrative que l'on pourrait dire « concentrée » 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. Fondamentalement, seuls les ministres et les présidents des entreprises publiques concernées avaient à en connaître. À cela, le nouveau système substitue une régulation très procéduralisée, les avocats se glissant dans les prises de décision du régulateur pour l'influer avant dans des procédures quasi-juridictionnelles, pour les combattre ensuite par des recours systématiques portés devant le juge ordinaire.

Dans ce passage d'un type de régulation juridique à un autre type, le second déniait le premier, une difficulté s'ouvre alors : celle du risque de l'incohérence alors que la régulation a pour office de préserver ou

er de la cohérence. Si l'on se situe dans le ips, celle-ci se traduit dans la qualité de istance. Ces qualités de cohérence et de istance étaient antérieurement fournies l'État, dès l'instant que l'on pouvait – et i devait – faire confiance à sa bien- lance.

te sécurité est requise par des opérateurs mis désormais à l'incertitude du marché. le pouvoir exécutif, même si l'on veut n croire encore à sa vertu, qui n'était ssant que dans l'ancien système, ne peut s la fournir. Dans la nouvelle régulation dique qui se met en place, le régulateur i alors contraint à de nouvelles règles océdurales, productives de sécurité : tivation des décisions, cohérences des isions dans l'espace et dans le temps, sys- ie contraignant des précédents.

oquer cela, c'est déjà dépasser l'ambition reconstituer la révolution qui vient de se ser pour se hasarder à anticiper l'évolu- a du droit à l'avenir. Or, celle-ci pourrait n prendre la forme d'une montée en ssance d'une notion inconnue jusqu'ici : droit à l'énergie ».

## — LA MONTÉE EN PUISSANCE DES DROITS À L'ÉNERGIE

leure aujourd'hui l'idée qu'il existerait ou il faudrait construire un « droit à l'éner- » dont nous ne voyons encore que les éléments. Si l'évolution du droit de l'élec- tricité devait se faire dans ce sens, « le droit l'électricité » engendrant « un droit à ectricité », le personnage central du sys- ne serait décidément le juge.

### — L'idée même d'un droit subjectif l'énergie

droit subjectif se définit comme une pré- gative que détient une personne à l'en- tre d'une autre et dont elle peut imposer respect par tous. Le droit de propriété, le

droit de créance, le droit à la protection de la vie privée, sont des exemples de droits subjectifs. S'il y a violation par un tiers d'un droit subjectif, le titulaire de celui-ci peut obtenir du juge le rétablissement du droit et la sanction de celui qui y a porté atteinte.

Actuellement, en prenant l'exemple le plus avancé, se dessine un « droit de tous à l'élec- tricité », tel que le vise l'article premier du projet de loi en discussion devant le Parlement français sur la modernisation et le développement du service public de l'élec- tricité. Cela signifie que désormais les opéra- teurs économiques ont un droit d'accès à l'électricité, mais aussi au transport de l'élec- tricité et l'on pourrait bien repenser toute la problématique de l'accès au réseau – pour l'instant saisie par la théorie économique des facilités essentielles, théorie juridicisée par la jurisprudence française depuis 1998 – à tra- vers une théorie du droit subjectif.

Mais cette substitution de notions va beau- coup plus loin, en ce qu'elle rencontre la théorie du service public, dont on connaît le rôle historique central en matière énergé- tique. Pour de multiples raisons, notamment mises en lumière par Jacques Chevallier, la théorie du service public a exprimé un rap- port vertical entre l'État et l'assujetti, la bien- veillance de l'un lui faisant un devoir de four- nir à l'autre les biens essentiels.

Dès lors la théorie du service public, dans son acception classique, exclut la mise en place d'un rapport horizontal de contrat, celui-ci mettant les deux parties à égalité de puissance et de négociation. En cela, elle exclut que l'opérateur soit le créancier du fournisseur, ne serait-ce que du fait que l'É- tat serait alors acculé par un tel droit sub- jectif de créance à n'être qu'un débiteur. Or, on observe que non seulement le droit des contrats de droit privé prend place du fait de la libéralisation des secteurs, contrats entre producteurs et clients éligibles notam- ment, mais que, même lorsque la perspec- tive de régulation est conservée, un rapport de clientèle se met en place même à l'égard

des entités en charge du service public éner- gétique.

L'autre type de droit subjectif, qui contrarie la théorie du service public, du moins dans la description classique que l'on en fait sou- vent, n'est plus un droit de créance engen- dré par un rapport contractuel, mais un droit en lui-même, né dans l'idée d'huma- nité : le droit fondamental. Antoine Lyon- Caen l'a souligné depuis plusieurs années ; c'est cela que vise le projet de loi précité sur l'électricité.

Le droit fondamental est autonome de l'idée de contrat. Il n'est pas besoin d'avoir une puissance contractuelle pour pouvoir se prévaloir d'un droit de cette sorte ; c'est même tout l'avantage de la notion que de penser en terme de prérogatives juridiques au bénéfice de personnes éventuellement démunies de puissance de négociation. C'est pourquoi le projet de loi sur l'élec- tricité, s'il reconnaît un droit à l'électricité pour tous, concentre ensuite ses disposi- tions autour du phénomène de l'exclusion.

Le débiteur de ce droit fondamental reste encore à trouver. Cela peut être tous les opé- rateurs, au nom de l'intérêt général et dans des limites préalablement organisées. Cela peut être l'État au titre de cette bien- veillance qu'on lui prête encore. Cela peut être un opérateur désigné pour cette tâche, ou volontaire pour cela, dès l'instant que – car sa bienveillance n'est pas présumée – une contrepartie lui sera ordonnée.

On mesure alors que tout le système peut se réorganiser autour de la notion de droit à l'énergie et produire des effets heureux, notamment pour celui qui n'a pas les moyens de bénéficier des mécanismes de marché, sans que la notion de service public, et la puissance de l'État qui lui est associée, soit nécessaire. Certes, il reste encore à fonder ce droit fondamental, c'est- à-dire à démontrer en quoi, pour quoi, l'énergie est un bien essentiel à l'épanouisse- ment de chacun, alors même que l'alimen- tation équilibrée, par exemple, ne l'est pas.

Il faudra pour cela que la pensée prenne le temps de s'arrêter à la question de savoir à partir de quel moment les personnes privées d'un bien sont mises dans une situation telle qu'elles n'accèdent plus au minimum qui permet de vivre. Cela conduit à la nécessité de définir concrètement ce qu'est vivre, c'est qu'est vivre dignement, car la présente évolution croise la cristallisation très récente en législation du droit à la dignité, que la loi du 29 juillet 1994 a inséré dans l'article 16 du Code civil.

### B – Les conséquences juridiques et politiques attachées aux droits à l'énergie

Si l'on pense, dans ce périlleux exercice d'anticipation, que le service public ne va pas être simplement affecté par une théorie qui se décale par rapport à lui – l'on songe ici à la théorie du service universel – mais qu'il va être remplacé par son contraire, le droit subjectif de tous à l'électricité, il faut en mesurer les conséquences.

Tout d'abord, le droit à l'énergie est substantiel. Cela signifie qu'il confère à la personne un droit à avoir de l'énergie, toujours, d'une qualité et dans une quantité minimales. Dans la théorie du service public, prévalait le principe d'égalité, qui signifie que ceux qui sont dans une situation semblable doivent être pareillement traités. Mais cela peut signifier qu'ils sont aussi mal traités les uns que les autres.

Lorsque chacun dispose d'un droit à l'énergie, il peut directement demander sa satisfaction, sans considération pour le traitement dont d'autres bénéficient ou ne bénéficient pas. Qu'on approuve ou non le passage, on passe d'une perspective d'égalité formelle dans le groupe à celle d'un individualisme concret et revendicatif.

Toutes les dispositions que l'on qualifie de discrimination positive – dont le Conseil

d'État a lui-même souligné dans un rapport annuel qu'il s'agit d'une conception complètement renouvelée du principe d'égalité – se retrouvent aujourd'hui dans les secteurs d'infrastructures essentielles. Elles expriment cet avènement à un droit concret des consommateurs, notamment d'énergie.

Ensuite, le rapport de force s'inverse puisque ce n'est plus par concession que chacun bénéficie de l'énergie qui lui est nécessaire mais par l'exercice d'un droit non négociable. Enfin, si cette prérogative n'est pas respectée, le titulaire du droit pourra s'en plaindre auprès du juge.

Ainsi, le maître du nouveau jeu sera le juge, quelle que soit la fonction du droit que l'on envisage. On peut apporter trois faits dans ce sens. Tout d'abord, le régulateur dont il a été question, dans le même temps qu'il est extrait de l'administration centrale, se rapproche du statut et du rôle du juge. Que l'on raffine le vocabulaire en parlant de « quasi-juridictionnel » ne change pas la réalité des choses, mais traduit plutôt un parallèle restreint au juge romaniste. En effet, on relève que le régulateur le plus souvent tranche les différends entre opérateurs, office juridictionnel à part entière, mais qu'il est aussi fréquemment celui qui fixe les tarifs, office souverain inaccessible à un juge, le ramenant au statut de l'administrateur. Certes, mais si l'on dresse le parallèle avec le juge anglo-saxon, on sait que celui-ci a le pouvoir de fixer des prix dans des contrats. Le régulateur est donc comme un juge.

Ensuite, dans la régulation telle qu'elle se met en place on suppose, non comme effet pervers mais comme pièce à part entière du système, que les décisions deviennent systématiquement contestables, la motivation de celles-ci ayant l'avantage de les prêter à des recours. Cette production ordinaire des normes de comportement par le juge est le phénomène le plus bouleversant du sys-

tème. Sur recours, les juridictions vont donc participer à la régulation.

Plus encore, le problème le plus crucial qui se dessine est celui de l'interrégulation. Qui l'organisera, pour que la pulvérisation des régulations secteur par secteur, à fin d'ajuster au plus près, n'engendre pas une insécurité et un brouillage des règles ? Le législateur s'il est clairvoyant et trouve le temps pour le penser ; mais sans doute plutôt le juge, du seul fait que tous les recours contre les décisions des diverses autorités de régulation convergent vers lui. Pour prendre l'exemple français, le droit commun de la régulation est en train de prendre forme par la jurisprudence de la première chambre supplémentaire de la cour d'appel de Paris parce qu'elle connaît des recours contre les décisions des diverses autorités administratives indépendantes à office économique.

Enfin, puisqu'il sera désormais question des droits subjectifs, leurs titulaires, puissants – clients éligibles – ou faibles – exclus – qui voudront les voir reconnus, qui demanderont les indemnités comme prix de leur violation, iront voir le juge. Le droit de la responsabilité n'en est encore qu'à ses débuts en ces matières mais l'on peut penser qu'il va devenir entre les mains des juges un outil puissant de régulation des comportements. Ainsi, ce que l'on peut observer à propos de l'intermédiation boursière se reproduira sans doute à propos de l'intermédiation énergétique dont la structuration se dessine.

Bien sûr si l'on doit chercher à quoi ressemble ce droit encore en chrysalide, c'est l'image du droit anglo-saxon que l'on rencontre. C'est aussi une forme de cet affrontement des droits qui marque d'une façon plus générale l'évolution énergétique. Ce n'est déjà plus la guerre entre l'État et le droit à laquelle on assiste mais à celle, nouvelle, des systèmes de droit, guerre qui refléurit comme celle des roses ■