

## **La directive relative au marché intérieur de l'électricité, en elle-même**

Marie-Anne Frison-Roche

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

*La directive du 19 décembre 1996 relative au marché intérieur de l'électricité présente des marges d'interprétation sur lesquelles les différents Etats membres vont pouvoir jouer pour adapter le texte dans leur législation au mieux de leurs intérêts. Ils ne pourront cependant ignorer qu'elle ne constitue qu'une étape vers une large libéralisation déjà programmée et que le texte impose l'ouverture à la concurrence. Certes, la lecture révèle que les modalités de cette ouverture sont proposées en alternative aux Etats : quant à l'installation d'unité de production, soit le mécanisme de l'autorisation, soit celui de l'appel d'offre; quant au transport, soit l'accès des tiers au réseau, soit l'acheteur unique. Mais cette liberté est trompeuse car les organisations concrètes des uns et des autres, imposées par la directive, sont très proches. Aussi la liberté laissée par la directive aux Etats est plus marquée en ce qui concerne les fins poursuivies par le texte : concurrence, mais aussi performance technologique, et encore maintien du service public ou protection de l'environnement. Dans la mesure où le droit communautaire place sa normativité dans les fins qu'il poursuit, c'est au niveau des arbitrages à opérer entre ces fins que les transpositions de la directive pourront différer selon les volontés politiques des Etats membres.*

*The electricity directive presents a margin of interpretation that will be used by each State member to adapt its own legislation in taking in account its own interests. However, State members cannot ignore that the directive is a step toward complete liberalization which imposes competition. Alternative introduction of competition are offered by the text : authorization or bidding for power generation; third party access or single buyer system for transmission. The range of choice is actually*

*limited because the ways of implementation are similar. The degree of freedom left to the State members is more important as far as the aims of the text are concerned : competition, technological performances, obligations of public service, environment protection, etc. Since European law places its normativity in its aims, some sort of arbitrations between various aims might be made by Members state in the transposition of the directive.*

1. Les directives sont des textes juridiques adoptés par des institutions communautaires, qui se distinguent des règlements en ce qu'elles se contentent de fixer aux différents Etats nationaux de grandes lignes de comportement et d'organisation, à partir desquelles ceux-ci doivent se caler, en modifiant leur droit interne au besoin, avec des marges d'autonomie laissées à chacun quant aux modalités d'application des principes communautaires arrêtés. Ainsi, la directive est en quelque sorte la partie noble du droit dérivé, c'est-à-dire des textes pris par les organes européens en application du traité de Rome.

2. Si les directives communautaires ont mauvaise presse en France, parfois au sens premier de l'expression, c'est certes au nom d'une souveraineté législative nationale regrettée, en ce que les organes européens se sont arrogés le pouvoir majestueux de poser des principes en matière économique. Mais il ne fallait pas alors signer le traité de Rome qui le prévoyait clairement. Aussi le reproche inverse est-il plus sensé. Il consiste à regretter que le droit communautaire ait produit plus de 20 000 directives, sur des sujets lilliputiens, formant une chape réglementaire sans précédent, étouffant les droits nationaux. Le droit français particulièrement, en ce qu'il se construit sur des principes et avait jugé l'excellence législative au faible nombre de textes et à leur stabilité, en a été abîmé<sup>1</sup>.

3. Mais, dans cet entrelacs peu glorieux, s'insèrent des directives importantes, fidèles à leur définition première. C'est alors sous l'angle précité de la légitimité politique qu'il convient de les aborder. Or, en matière de monopoles publics, les directives communautaires, qui furent par exemple déterminantes en matière de télécommunications, se sont souvent construites sur un article particulier du traité de Rome, l'article 90 § 3. Cet article 90 est devenu le pivot du droit communautaire en matière d'énergie électrique, en ce qu'à celle-ci correspond fréquemment une structure juridique d'entreprise publique titulaire d'un monopole. C'est le cas en France, à travers EDF.

<sup>1</sup> V. *infra* n° 13.

4. L'article 90 § 1 du traité de Rome rappelle que les Etats ne peuvent pas organiser ou permettre des comportements contraires au traité, et notamment les comportements anticoncurrentiels sanctionnés par l'article 85 (entente) et l'article 86 (abus de position dominante). L'article 90 § 2 pose, par dérogation, qu'une activité de service d'intérêt économique général peut être organisée par l'Etat national sous une forme non concurrentielle. Les monopoles publics sont aujourd'hui pris en tenailles entre ces deux paragraphes, que la directive sur le marché intérieur de l'électricité vise expressément<sup>2</sup>. Ce visa paraît techniquement superfétatoire mais symboliquement exemplaire de cet état. La jurisprudence exige en effet, en application de l'article 90 § 2, que les entreprises concernées démontrent la légitimité des droits exclusifs dont elles bénéficient au regard d'un intérêt économique général. En dehors même des difficultés liées à l'imprécision de la notion, la charge de preuve est lourde. La démonstration peut néanmoins être menée à bien; c'est ainsi que la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'arrêt *Commune d'Almelo*<sup>3</sup>, du 27 avril 1994, a admis l'organisation monopolistique de la distribution d'électricité parce qu'il a été prouvé qu'elle permettait la protection de l'intérêt général.

5. Enfin, l'article 90 § 3 est en quelque sorte le bras séculier des deux premiers paragraphes, en ce qu'il permet à la Commission des Communautés européennes d'adopter des directives pour assurer leur respect. Ces directives, qui devraient être techniquement neutres puisqu'il ne doit s'agir que de rappels à l'ordre, ont en réalité été des outils utilisés par la Commission pour mener puissamment une politique de déréglementation. S'il est naturel que les organes, notamment de structure bureaucratique, aient tendance à utiliser des instruments administratifs comme des armes politiques conduisant dans le même temps à la pérennité et à l'accroissement de leurs pouvoirs, les Etats nationaux destinataires peuvent néanmoins s'en émouvoir, notamment parce que le cœur de l'Etat français, à savoir les services publics, est remis en cause par des textes unilatéralement adoptés.

6. On doit en tout cas se réjouir, après que le recours à l'article 90§3 a été envisagé, que la directive communautaire «concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité» ait suivi une procédure plus démocratique, conduisant à un résultat plus politiquement assuré. Il s'agit en effet d'un texte adopté sur la base de l'article 100 A du traité de Rome, au terme d'une procédure qui associe le Parlement européen et le Conseil et n'admet son adoption que par codécision.

<sup>2</sup> Considérants n° 16 et 17. V. *infra* n° 25.

<sup>3</sup> Rec., p. 1477.

Née le 19 décembre 1996, la directive est solennelle et très importante. Maintenant qu'elle a réussi à voir le jour, non sans quelques affres, elle est entre les mains des différents Etats membres, qui vont devoir en transposer les principes et rendre leur organisation juridique interne adéquate à ceux-ci. L'article 27 de la directive impose cette mise en conformité au plus tard au 19 février 1999.

7. Certes, les Etats nationaux ont souvent eu tendance à ne pas respecter les délais de transposition, cette inertie, calculée ou due plus simplement à la difficulté de l'exercice, faisant des directives lettre morte. Mais les condamnations et l'invention prétorienne d'un « effet direct » attaché aux directives suffisamment précises pour le permettre, consistant à poser que la directive est alors créatrice de droits et d'obligations directement sur la tête des personnes, ont réduit considérablement ce cas de figure. Seul un retard est concevable, peut-être prévisible. Ce retard peut avoir une cause administrative mais aussi une cause technique, si la directive exige un changement trop brutal dans l'organisation économique. C'est pourquoi le texte a d'ores et déjà bâti, et un régime transitoire que la Commission peut accorder aux Etats qui le sollicitent, et des délais supplémentaires pour des pays déjà répertoriés, en ce qu'ils devront très sensiblement modifier leur organisation<sup>4</sup>.

8. Dans ce travail d'incorporation des principes de la directive dans l'organisation interne de l'électricité, les différents Etats disposeront de marges d'autonomie, du fait même de la nature d'une directive<sup>5</sup>, et au nom du principe de subsidiarité<sup>6</sup>. Mais l'autonomie peut aussi venir du travail d'interprétation de la directive. En effet, selon une règle d'herméneutique jamais démentie, l'agent qui applique un texte tient dans son pouvoir celui-ci car il a la puissance de faire transparaître son sens, en le recréant partiellement au besoin. Dès lors, l'un des enjeux politiques de la transposition de la directive tient dans la technique juridique d'interprétation des textes.

9. D'une façon générale, ce pouvoir de la découverte du sens n'échappe pas aux négociateurs qui glissent dans le texte des dispositions que le droit des sociétés, à propos des dispositions statutaires, désigne d'une façon imagée comme des « pilules empoisonnées ». Il s'agit de formules qui ont pour objet de bloquer l'application désavantageuse du texte pour la personne concernée. Par analogie, on peut qualifier ainsi des formules suffisamment vagues, ambiguës, voire contradictoires, pour que celui qui applique le texte puisse, en se prévalant néanmoins de

<sup>4</sup> Article 27-2, visant la Belgique, la Grèce et l'Irlande.

<sup>5</sup> V. *supra*, n° 1.

<sup>6</sup> Considérant n° 11.

sa neutralité obéissante, disposer en partie du sens et de la portée du texte pour l'appliquer d'une façon qui lui est profitable, voire entraver sans reproche possible son application. C'est pourquoi les textes les plus importants – et celui-ci ne fait pas exception – laissent souvent dans l'ombre les définitions des notions essentielles ou présentent des malfaçons apparentes, qui ne sont que des anticipations politiques des procédures ultérieures. Chacun est d'accord pour cela et la déficience rédactionnelle est souvent une condition de la signature commune.

10. Prenons-en l'exemple le plus net dans la directive sur le marché intérieur de l'électricité : la notion de «client éligible». Celui-ci aura le droit de bénéficier de la confrontation concurrentielle des producteurs d'électricité<sup>7</sup> : il est donc le coin dans la porte des monopoles et cette qualification est essentielle pour appliquer le texte. Plus concrètement, les compagnies de distribution pourront-elles être client éligible? A lire les premiers articles de la directive consacrés, selon la méthode anglo-saxonne usuellement reprise en droit communautaire, aux définitions convenues des notions clés, sont clients «les clients grossistes ou finals d'électricité et les compagnies d'électricité<sup>8</sup>». Mais le texte, dans son corps de dispositions techniques, laisse aux Etats membres le pouvoir de définir les clients éligibles<sup>9</sup>. La contradiction paraît nette, sauf à soutenir avec un rien de sophistique qu'un «client éligible» n'est pas de droit un «client élu» ... Toujours est-il qu'ainsi, chacun des Etats pourra lors de la transposition jouer sur les dispositions de la directive, sur l'une ou sur l'autre, donc dans un sens ou dans un autre.

11. Néanmoins, un texte résiste à l'interprétation, en ce sens que l'interprète ne peut pas lui faire dire n'importe quoi. Même les adeptes de l'œuvre *non finito* l'admettent. Dès lors, l'autonomie de l'interprète va porter sur le choix de la méthode d'explicitation du texte. Est souvent privilégiée la reconstitution du sens de la directive à travers ces sortes de travaux préparatoires que sont les négociations antérieures, les différents textes et arrêts précédents qui ont jalonné l'avènement du texte. Cela confère le pouvoir d'interprétation autorisée à ceux qui ont participé à la négociation. Mais les marges de manœuvre du législateur interne sont en ce cas assez réduites puisque le sens du texte est déjà cristallisé : les dispositions ont le sens que l'histoire y a déposé. Cette classique façon de faire, assez délaissée aujourd'hui en droit français parce qu'il a abandonné l'école de l'exégèse sans vraiment adopter la méthode

<sup>7</sup> V. *infra* n° 39.

<sup>8</sup> Article 2-7.

<sup>9</sup> Article 19-3.

historique d'interprétation, est très pratiquée en droit communautaire<sup>10</sup>, présenté alors comme un *continuum*<sup>11</sup>.

12. Mais, à côté de cette façon de voir, on peut songer à des méthodes plus classiques encore. Ainsi, le sens d'un texte ressort en premier lieu de sa lettre, sans davantage de recherches extérieures à l'exercice de lecture. L'interprétation littérale, d'un texte pris ainsi à la lettre, est présentée comme la plus respectueuse, requise pour les textes sacrés. En réalité, cette servilité n'est souvent qu'apparente, en raison de la plasticité des mots, de leur double sens, et des espaces laissés plus ou moins volontairement libres pour l'interprétation<sup>12</sup>. Dans la mesure où l'histoire de ce texte est déjà analysée par ailleurs<sup>13</sup>, c'est une analyse littérale du texte de la directive qui est ici proposée. Elle est d'autant plus légitime qu'en dix ans de négociation, chaque mot du texte a été pesé. Elle peut être source de plus de liberté pour l'interprète qui transposera le texte européen, que la méthode historique qui insère le texte dans ses antécédents pour projeter mécaniquement son avenir. Sans pouvoir faire une glose complète, terme à terme, mot à mot, il s'agit de faire parler le texte lui-même, hors de son contexte, dont il peut techniquement être extirpé si le politique y incline.

13. Mais l'analyse littérale en droit communautaire se double d'une autre exigence herméneutique : le raisonnement téléologique. En effet, le traité de Rome est un projet, économique en surface et politique dans ses soubassements. Il ne prend donc sens que par ses buts. Cette fondation par les fins impose que le texte trouve sa raison d'être, son sens dans l'acception première du terme, par les finalités vers lesquelles il tend. Cette logique communautaire a incité les rédacteurs à déposer dans la lettre du texte les fins qu'il poursuit. C'est la fonction des « considérants », sorte de motivation inaugurant le texte, qui rapproche ces actes normatifs de la technique rédactionnelle des jugements. Ainsi, pour toucher le sens de la directive prise en elle-même, sollicitant sa lettre et suivant sa propre structure, il convient de relever les fins posées par le texte en tant que raisons d'être (I). C'est à cette aune que s'organisent les moyens de réalisation (II).

<sup>10</sup> V. dans cet ouvrage, J. Batail, *Le Marché intérieur de l'électricité : la négociation de la directive et l'organisation du futur système français*. V. aussi S. Rodrigues, « L'impact du droit communautaire sur le régime de la fourniture de l'énergie électrique », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, CEDECE, à paraître.

<sup>11</sup> Plus particulièrement sur cette idée de *continuum*, V. *infra* n° 20.

<sup>12</sup> V. *supra* n° 8.

<sup>13</sup> J. Batail, *op. cit.*

I. — LES FINALITÉS AFFICHÉES PAR LA DIRECTIVE  
SUR LE MARCHÉ INTÉRIEUR DE L'ÉLECTRICITÉ

14. La conception française du droit, maltraitée sur le fond dans l'évolution des monopoles d'infrastructures essentielles, l'est également sur la forme. En effet, le droit français adopte comme critère formel de bonne et belle loi le texte qui, en peu de mots, dont le sens est précis, pose des principes gravés dans le marbre. On enseigne toujours que la loi a pour caractère la permanence, liée à l'intemporalité d'un législateur qui prend ainsi son modèle dans le divin. Sa modification est alors un accident ou une défaite.

15. La directive relative au marché intérieur de l'électricité s'échappe totalement de cette échelle de valeurs pour adopter une conception anglo-saxonne du bon droit, toujours adaptable, dont la vertu tient dans sa capacité à bouger, en accumulant des séries de dispositions dont le caractère flou accroît la pertinence. Dans une conception romaniste des choses, la loi vient clore une question; dans une conception de *common law*, elle n'est qu'une étape. En l'espèce, la directive est une étape dans la transformation du secteur électrique en secteur concurrentiel. Il est essentiel de noter que cette directive n'est qu'un moment dans la construction juridique du marché de l'électricité, une brèche qui n'a de sens qu'en anticipant sur les prochaines mesures allant plus nettement encore dans le sens de la concurrence ordinaire; elle se plaît à se définir comme telle (1). Les critiques que pourrait susciter la pluralité des fins poursuivies en sont affaiblies d'autant (2).

### 1. L'étape vers la réalisation des fins

16. Dans ses considérants, sont citées les directives antérieures<sup>14</sup>, puis le texte estime que le temps est venu d'aller plus avant : «il est désormais nécessaire de prendre des mesures supplémentaires dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur de l'électricité<sup>15</sup>», en rappelant le principe que «le marché intérieur de l'électricité doit être mis en place progressivement<sup>16</sup>...». Le texte se définit lui-même comme une étape, comme une «nouvelle phase<sup>17</sup>», comme «un pas important»; c'est à la notion de «pas», plus encore qu'à l'ampleur de son importance qu'il convient ici de s'arrêter.

<sup>14</sup> Considérant n° 7.

<sup>15</sup> Considérant n° 8.

<sup>16</sup> Considérant n° 5.

<sup>17</sup> Considérant n° 39.

17. Cette notion d'étape est essentielle, notamment parce que le marché intérieur de l'électricité, même achevé, n'est lui-même qu'un moment de l'établissement du marché intérieur de l'énergie<sup>18</sup>. Ainsi, ce marché de l'énergie est une fin poursuivie en raison d'une conception technologique de l'Europe. Ce droit construit fréquemment par des ingénieurs pose qu'un espace économique véritablement efficace ne peut exister réellement que si les biens nécessaires à l'activité économique, ces biens d'intendance auxquels l'électricité appartient, circulent librement et s'ajustent, notamment dans leur prix, grâce au processus concurrentiel. C'est pourquoi le premier considérant du texte vise cet ultime but du marché, sous sa forme plus générale<sup>19</sup>, puis le quatrième affirme que «l'établissement du marché intérieur de l'électricité s'avère particulièrement important pour rationaliser la production, le transport et la distribution de l'électricité tout en renforçant la sécurité d'approvisionnement et la compétitivité de l'économie européenne et en respectant la protection de l'environnement».

18. Ainsi, dans un droit économique totalement instrumentalisé, les fins elles-mêmes ne sont plus que des instruments les uns par rapport aux autres. On relèvera au passage que le marché de l'électricité est d'ores et déjà analysé comme un sous-marché de l'énergie, ce qui évoque l'accroissement de la substituabilité des différents modes d'énergie, notée par les économistes et ici transcrite, le juridique étant dépendant de mouvements économiques, dont il ne peut qu'accélérer ou ralentir le cours. Cette dépendance du juridique à l'égard de l'économique n'exclut pas la puissance du droit à influencer l'évolution de celui-ci. Notamment, la contrainte juridique d'un marché intérieur de l'électricité «doit favoriser l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux<sup>20</sup>».

19. Ainsi, la notion de calendrier est essentielle dans un droit communautaire que l'on décline date après date. L'on a parfois l'impression qu'il s'étire inutilement; en l'espèce, il a fallu dix années pour que le texte soit adopté; et lui-même n'est qu'une étape... Mais, le législateur communautaire est de nature pragmatique. Cela est en rupture avec notre tradition rousseauiste posant que la loi, née en l'instant de la Raison, est aimée par les hommes par la seule puissance de sa nature. Le pragmatisme prend acte de la capacité des destinataires des normes à les rejeter de fait si elles leur sont inadaptées ou par trop étrangères. C'est pourquoi l'avancée juridique doit être progressive, car elle doit être acceptée. En

<sup>18</sup> Considérant n° 2 : *Considérant que l'achèvement d'un marché de l'électricité concurrentiel est un pas important vers l'achèvement du marché intérieur de l'énergie.*

<sup>19</sup> Considérant n° 1 : *Considérant qu'il importe d'adopter des mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur (...).*

<sup>20</sup> Considérant n° 6. V. *infra* n° 33.

outre, la chose électrique a ses exigences et ses pesanteurs. Le cinquième considérant résume cette prudence – règle d'or du droit – en disant que «le marché intérieur de l'électricité doit être mis en place progressivement pour que l'industrie électrique puisse s'adapter à son nouvel environnement de manière souple et rationnelle et pour tenir compte de la diversité actuelle de l'organisation des réseaux électriques».

20. Ainsi, d'une façon plus générale mais parfaitement bien illustrée ici, le droit communautaire prend la forme rhétorique d'un discours normatif, dans lequel les textes ne sont que des étapes, des points d'arrêt, des points de repère, des instants<sup>21</sup>. S'impose l'idée philosophique qu'un texte précis ne peut jamais être un achèvement mais constitue le moment cristallisé d'une évolution qui n'a guère de terme, ou alors un terme utopique constitutif d'un horizon, tel celui du marché parfait. Cette conception eschatologique du droit communautaire, reprise ici, est un dépassement de l'opposition du droit romaniste et du droit anglo-saxon, puisqu'elle emprunte à la *common law* cette idée de *continuum* d'un droit qui se construit dans et par le temps, et au droit romaniste l'idée, finalement non antithétique, selon laquelle le droit se construit à partir des principes.

Dans cette directive sur le marché intérieur de l'électricité, ces principes sont si multiples que leur articulation, plus que leur sens distinctement pris, donne bien des marges à l'interprétation, lors de la transposition en droit interne.

## 2. La pluralité ambiguë des fins

21. La directive reprend la querelle quasi théologique et ressassée entre concurrence et service public. Le neuvième considérant dispose que, «dans le marché intérieur, les entreprises du secteur de l'électricité doivent pouvoir agir, sans préjudice du respect des obligations de service public, dans la perspective d'un marché de l'électricité qui soit concurrentiel et compétitif». Voilà un «sans préjudice» lourd de conséquence. Le service public est ainsi concédé. Cette concession est exprimée par la lettre même du treizième considérant : «... pour certains Etats membres, l'imposition d'obligations de service public peut être nécessaire pour assurer la sécurité d'approvisionnement, la protection du consommateur et la protection de l'environnement que, selon eux, la libre concurrence, à elle seule, ne peut pas nécessairement garantir».

22. On ne peut que relever la légère ironie du «selon eux» ... On y mesure à l'occasion que la directive est un type de texte qui relève

<sup>21</sup> P. Livet, *Langage et rationalité juridique*, à paraître.

grandement de la figure du contrat, fait de concessions échangées entre partenaires alliés aux intérêts opposés, rapprochant ainsi le droit dérivé du traité traditionnel. Ainsi, peu importe s'il est techniquement vrai ou non que la concurrence ne suffise pas à satisfaire ces différentes exigences; la démonstration n'en est pas nécessaire. Par convention, au sens fort du terme, la directive accorde aux Etats membres, et particulièrement à la France, le droit rhétorique de s'en prévaloir, c'est-à-dire de lever les options de la sécurité d'approvisionnement, de la protection du consommateur et de la protection de l'environnement, pour s'échapper du carcan concurrentiel.

23. La France ne peut en outre qu'être satisfaite du soin que prend, quasiment sous sa dictée, la directive, lui consacrant un quatorzième considérant *ad hoc*, à préciser que «la planification à long terme peut être un des moyens de remplir lesdites obligations de service public». La planification, méthode notamment chère à une culture administrative et technique française, qui s'en est faite le héraut, est donc encore préservée.

24. Ainsi, le service public persiste comme idée, ou à tout le moins comme invocation, dans un marché de l'énergie. Mais il ne s'agit tout de même pas d'une sorte de *jackpot*, notion qu'il suffirait de brandir pour se soustraire à une concurrence de principe. En effet, et il n'aurait pu en être autrement, les mesures dérogatoires adoptées par l'Etat membre au nom du service public doivent être justifiées. Le droit communautaire peut se définir conceptuellement comme le droit où tout est permis dès l'instant que tout est justifié. Cette rationalité discursive implique toujours des contraintes de forme et de fond, pour que compte soit rendu. Sur la forme, les mesures prises au titre du service public par l'Etat membre doivent être «clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables», publiées et communiquées à la Commission. C'est la première marche, procédurale<sup>22</sup>, du contrôle, donc des limites.

25. La seconde est de fond : au nom du service public, les règles générales du droit communautaire ne sauraient être violées. Après avoir cité l'article 90 § 1 et § 2, le texte pose dans ses considérants «que les Etats membres, lorsqu'ils imposent des obligations de service public aux entreprises du secteur de l'électricité, doivent donc respecter les règles pertinentes du traité dans l'interprétation qu'en donne la Cour de justice<sup>23</sup>». Ce «doivent donc», exprimant une obligation accrochée à une causalité, montre la puissance de la logique communautaire enchaînant les Etats dans les textes, et surtout dans l'interprétation que la Cour en donne. Où il est démontré une nouvelle fois que le pouvoir est non

<sup>22</sup> V. *infra* n° 34 s.

<sup>23</sup> Considérant n° 19.

dans la rédaction des textes mais dans le sens que le lecteur autorisé, particulièrement le juge, lui donne.

26. Mais l'intérêt général, fin du service public, peut être une fin elle-même contrariée par un intérêt supérieur à l'intérêt particulier des agents économiques sur le marché. Il s'agit alors d'un conflit d'intérêts supérieurs. Cela est exprimé par l'article 3 qui dispose que «Les Etats membres peuvent décider de ne pas appliquer les dispositions des articles 5, 6, 17, 18 et 21 dans la mesure où l'application de ces dispositions entraverait l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations imposées aux entreprises d'électricité dans l'intérêt économique général...» Voilà l'intérêt supérieur du côté des Etats membres, intérêt logé dans le service public. Mais l'article poursuit : «... et dans la mesure où le développement des échanges n'en serait pas affecté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt de la Communauté. L'intérêt de la Communauté comprend, entre autres, la concurrence en ce qui concerne les clients éligibles conformément à la présente directive et à l'article 90 du traité.» Voilà l'intérêt supérieur du côté de la Communauté, intérêt logé dans le marché concurrentiel.

27. Ainsi, apparaît la dimension politique de la confrontation; elle ne met pas en présence un intérêt général, celui du service public, et un intérêt inférieur, celui des entreprises en concurrence recherchant leur profit particulier. Si ce n'était que cela, la hiérarchie serait allée de soi. Mais il s'agit d'un conflit de deux intérêts généraux, communément politiques, exprimant chacun une conception fondamentale de la société, qui ne peuvent se situer l'un par rapport à l'autre que dans une figure de compromis, l'un admettant par arrangement l'autre, assez difficilement d'ailleurs. L'intérêt général du marché, dont la Communauté a la charge, et l'intérêt général du service public, dont l'Etat membre a la charge, se supportent mutuellement. C'est exactement la façon dont la directive fut construite à ce propos. Il ne pouvait en être autrement.

28. Enfin, sans qu'on en trouve vraiment trace dans le corps des dispositions techniques de la directive, le vingtième considérant expose que «dans l'établissement du marché intérieur de l'électricité, il devrait être pleinement tenu compte de l'objectif communautaire de la cohésion économique et sociale, notamment dans des secteurs comme les infrastructures, nationales ou intracommunautaires, qui servent au transport de l'électricité». Cette invocation de ce qu'on appelle souvent l'Europe des réseaux est assez ambiguë, croisée par une notion de cohésion, elle-même très plastique à l'interprétation. Des organisations exceptionnelles, telle l'organisation du secteur électrique français, pourront y prendre racine. Dans la mesure où seul un considérant en fait état, il s'agit d'une affirmation en latence, sans prolongement précis, que l'on a placé là pour qu'elle

devienne active plus tard, dans l'interprétation du texte ou dans un texte ultérieur.

29. L'on peut encore souligner l'ambiguïté d'une autre fin, qui est distincte de la finalité de l'organisation économique dont il s'agit : la préservation de l'environnement. Il s'agit alors d'une fin adjacente, c'est-à-dire d'une contrainte. Elle est à plusieurs reprises exprimée par le texte. Il est remarquable que le quatrième considérant, précité, la mette pourtant sur le même plan que la rationalisation de l'activité, la sécurité d'approvisionnement et la compétitivité de l'économie. On peut supposer qu'au-delà de cette légitime préoccupation de la sauvegarde de la nature, il s'agit d'une de ces figures de rhétorique qui permet, par cette confusion entre les fins et les contraintes, de brandir bien haut le respect de l'environnement pour justifier notamment des situations monopolistiques. La tentation en est d'autant plus grande que la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'arrêt *Commune d'Almelo*<sup>24</sup>, avait notamment justifié le monopole électrique par le respect de l'environnement, transformant la référence textuelle de l'article 90 § 2 à «l'intérêt économique général» en une référence plus générale et plus accueillante à «l'intérêt général» dans lequel peut mieux se glisser l'environnement et qui ouvre un champ plus vaste à l'argumentation.

30. Les nombreuses dispositions de la directive expriment ainsi une habileté consistant tout à la fois à éclairer son application, conformément à la téléologie communautaire<sup>25</sup>, et à permettre bien des originalités dans les mises en œuvre nationales du texte. Ces latitudes, condition politique de l'adoption de la directive, sont la marque non seulement des fins poursuivies mais encore des moyens d'y parvenir. Ce respect des organisations nationales s'affiche dans le onzième considérant qui pose que «conformément au principe de subsidiarité, un cadre de principes généraux doit être établi au niveau communautaire, mais que la fixation des modalités d'application doit incomber aux Etats membres qui pourront choisir le régime le mieux adapté à leur situation propre».

## II. — LES MOYENS PRÉVUS PAR LA DIRECTIVE EN PERSPECTIVE DU MARCHÉ INTÉRIEUR DE L'ÉLECTRICITÉ

31. La directive laisse en apparence beaucoup d'autonomie aux Etats membres pour s'organiser comme ils le veulent, dès l'instant que l'effet est obtenu : celui de l'ouverture à la concurrence des réseaux électriques.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, v. *supra* n° 4.

<sup>25</sup> V. *supra* n° 12.

Les figures des dispositions d'intendance peuvent ainsi se distinguer en deux catégories qui constituent le programme complet : la figure imposée (1) et la figure libre (2).

### 1. L'imposé

32. Le cœur du dispositif tient dans l'ouverture générale du réseau, générale non pas en ce qu'elle serait sans limite, car la directive n'est qu'une étape vers cela<sup>26</sup>, mais générale en tant que chaque Etat membre doit, selon des modalités qui lui restent propres, l'ouvrir pareillement aux autres, pour que la concurrence, même limitée, soit égale. Cette équipollence se mesure, selon la méthode pragmatique<sup>27</sup>, aux effets des dispositions nationales. Le douzième considérant, dont le contenu est littéralement repris par l'article 3-2 – la redondance ayant dans l'art législatif la vertu de l'insistance par laquelle on désigne le plus important –, est très net : «quel que soit le mode d'organisation du marché en vigueur, l'accès au réseau doit être ouvert conformément à la présente directive et doit aboutir à des résultats économiques équivalents dans les Etats membres, ainsi que, par conséquent, à un niveau directement comparable d'ouverture des marchés et à un degré directement comparable d'accès aux marchés de l'électricité». La netteté et la cohérence – exprimée par la locution «par conséquent» – de cette disposition, en distance par rapport à des formulations qui se prêtent, au sens fort, aux interprétations variées, expriment le caractère réellement indisponible du principe d'ouverture.

33. La concurrence étant parfois destructrice de la qualité, la directive contraint, avec les précisions techniques égrenées par les articles 7 et suivants, les Etats membres à désigner un gestionnaire du réseau de transport et un gestionnaire du réseau de distribution de l'électricité. Il s'agit d'assurer la performance technique du réseau et la gestion du flux d'énergie. L'objectif de politique économique d'obtention d'un maillage serré et efficace d'un réseau électrique européen est également poursuivi dans l'organisation de l'interconnexion<sup>28</sup>. Ainsi, la directive n'est pas seulement un texte de libéralisation du système électrique, au nom de la concurrence, comme on pourrait la présenter trop sommairement, mais également un projet d'établissement d'un réseau européen, marque d'une politique de la concurrence que l'on reproche parfois aux instances communautaires de négliger.

<sup>26</sup> V. *supra* n° 16 s.

<sup>27</sup> V. *supra* n° 19.

<sup>28</sup> Article 7-4.

34. En outre, ce qui va être imposé est d'ordre procédural. Ainsi, quelle que soit la procédure retenue par l'Etat membre à propos des nouvelles installations de production d'électricité, la procédure d'autorisation ou celle de l'appel d'offres «doivent obéir à des critères objectifs, transparents et non discriminatoires<sup>29</sup>». De la même façon, l'action du gestionnaire du réseau de transport «doit être objective, transparente et non discriminatoire<sup>30</sup>». Dans un leitmotiv, cette procéduralisation de l'action de l'Etat, contraire à une tradition du secret des motifs et de l'incontestabilité de décisions souveraines, correspond au puissant mouvement de modernisation de l'Etat. Cette contrainte procédurale de justification et d'égalité rejoint les signes de l'Etat de droit, seule façon désormais pour celui-ci de survivre conceptuellement. L'Europe, en le contraignant dans ce sens, l'y aide.

35. A travers les différentes dispositions de la directive, on retrouve l'ambiguïté d'une notion procédurale fondamentale : la transparence. La transparence est en train de devenir un mythe fondateur de notre société qui a troqué des objectifs substantiels contre des impératifs de façon de faire : transparence, impartialité et contrôle ne sont plus des modalités d'un système, mais son fondement. Le texte de la directive évoque très fréquemment ces trois exigences et notamment celle de transparence. Ainsi, la «transparence de la comptabilité» fait l'objet de minutieuses dispositions, dans les articles 13 et suivants. Elle a pour fin de permettre les contrôles des entreprises par les organes de régulation. Une société de transparence est fatalement une société de contrôle. C'est notamment pourquoi la transparence doit trouver ses limites, que le texte traduit également. Ainsi, l'information doit être parfois conservée secrète : l'article 9, pour le gestionnaire du réseau de transport, l'article 12, pour le gestionnaire du réseau de distribution, leur imposent de «préserver la confidentialité des informations commercialement sensibles...». L'interprétation de ce qu'est une information sensible pourra varier. Par souci d'impartialité et pour éviter les collusions, les procédures d'appel d'offres<sup>31</sup> ainsi que les procédures par lesquelles les Etats demandent à bénéficier du régime transitoire<sup>32</sup> doivent être en partie secrètes; enfin, pour éviter les conflits d'intérêt, le texte interdit à une même personne en charge de plusieurs activités d'utiliser dans l'une les informations obtenues à l'occasion de

<sup>29</sup> Considérant n° 23.

<sup>30</sup> Considérant n° 25 et article 7-5.

<sup>31</sup> Article 6-5.

<sup>32</sup> V. *supra* n° 7. L'équilibre est ici délicat car la Commission, devant laquelle la demande est formée, «informe les Etats membres de ces demandes avant de prendre une décision dans le respect de la confidentialité» (article 24-1, 24-3).

l'autre<sup>33</sup>. L'équilibre pragmatique et fondé entre information et secret sera un enjeu important de l'application de la directive.

36. Un autre mouvement culturel profond, à la croisée du substantiel et du procédural, est décelable dans les exigences non négociables de la directive : il s'agit de la distinction des activités. L'unicité fondamentale de l'Etat avait conduit, surtout en France, à une culture de la confusion, au nom d'un intérêt général que seul l'Etat pouvait exprimer. En sont nées les entreprises publiques à l'activité verticalement intégrée, dont EDF est le paragon. Avec la directive, proche d'une culture anglo-saxonne soucieuse des conflits d'intérêt et des risques de capture<sup>34</sup>, s'imposent les distinctions.

37. Distinction des personnes ou, à tout le moins, distinction des activités et, en tout cas, distinction des comptes. Au premier titre, c'est à un organe dont la nature juridique est indifférente mais qui doit être «indépendant des activités de production, de transport et de distribution d'électricité<sup>35</sup>» que doit être confiée l'organisation du suivi et du contrôle de la procédure d'appel d'offres pour l'installation de nouvelles unités de production<sup>36</sup>; au deuxième titre, celle «de l'acheteur unique doit être gérée séparément des activités de production et de distribution des entreprises verticalement intégrées<sup>37</sup>»; au troisième titre, «les comptes doivent être séparés pour chaque activité<sup>38</sup>». Cette exigence rejoint notamment ce qui avait été souhaité par l'avis du Conseil de la concurrence, concernant les activités d'EDF.

En dehors du noyau dur du principe d'ouverture des réseaux et des exigences de type procédural, l'application nationale de la directive laisse place à bien des possibilités.

## 2. L'admissible

38. Le texte de la directive regorge des occurrences du verbe «pouvoir<sup>39</sup>». Il recouvre notamment les hypothèses dans lesquelles

<sup>33</sup> Par exemple, à propos de l'acheteur unique, «Les Etats membres s'assurent qu'il n'y a pas de flux d'information entre les activités d'acheteur unique des entreprises d'électricité verticalement intégrées et leurs activités de production et de distribution, excepté l'information nécessaire pour s'acquitter des responsabilités d'acheteur unique». Cette dernière formule laisse place à des marges importantes d'interprétation.

<sup>34</sup> Ainsi, le considérant n° 31 pose «qu'il faut limiter le flux d'information entre les activités d'acheteur unique et ces activités de production et de distribution».

<sup>35</sup> Article 6-5.

<sup>36</sup> V. *infra* n° 40.

<sup>37</sup> Article 15-1.

<sup>38</sup> Considérant n° 32, article 14-3.

<sup>39</sup> articles 3-2, 3-3, 4, 5-1, 6-3, 8-2, 8-3, 8-4, 10-1, 11-3, 16, 17-4, 18-2, 21-4, 21-5, 23.

l'allégation justifiée du service public autorise l'Etat membre à imposer des obligations qui ne résultent pas de la simple loi du marché. Ainsi, réminiscence de la plus classique théorie du service public, l'article 10 autorise les Etats membres à «obliger les compagnies de distribution à approvisionner des clients situés dans une zone donnée» et à imposer une tarification en conséquence, notamment «pour assurer l'égalité de traitement des clients en cause». L'obligation de desserte et la péréquation sont donc préservées.

39. En outre, la principale liberté laissée par la directive aux Etats membres réside dans l'alternative offerte en matière d'organisation. Il s'agit tout d'abord du choix entre l'accès des tiers au réseau (ATR) et le système de l'acheteur unique, cheval de bataille des négociateurs français. Dans le système de l'accès au réseau (article 17), les tiers peuvent négocier un accès au réseau confié à un gestionnaire afin de conclure des contrats de fourniture entre eux. Dans le système de l'acheteur unique, une seule personne a le droit d'acheter l'électricité produite et que désire un client éligible, auquel elle la revendra. Cependant, les commentateurs ont immédiatement relativisé la liberté laissée à l'Etat à ce titre<sup>40</sup>. En effet, si l'option première entre l'un ou l'autre des modèles d'organisation est libre, l'organisation de l'un et de l'autre est minutieusement organisée par le texte. A ce titre, les modalités de l'organisation par acheteur unique sont de fait analogues à celles de l'ATR. Serait-ce donc une victoire française à la Pyrrhus, concédée sur la forme par un texte d'étape?

40. Cette liberté entre deux branches d'une alternative se retrouve lorsqu'il s'agit d'organiser la construction de nouvelles installations de production. Dans les articles 4 et suivants de la directive, le choix est laissé aux Etats membres entre la procédure d'autorisation et le système d'appel d'offres. Mais là aussi les critères procéduraux imposés par la directive sont communs aux deux organisations car le choix des candidats doit toujours être objectif et impartial.

41. Ainsi, et en conclusion, ce texte peut être considéré comme un chef-d'œuvre rhétorique, longuement mûri et travaillé par des orfèvres. Là où semblent être les libertés des Etats, c'est-à-dire dans les modalités d'application, se fera sans doute plus nettement sentir la contrainte communautaire, alors que leur marge de manœuvre résultera sans doute de l'articulation habile des principes et des fins, auxquels une apparence d'indisponibilité s'attache.

<sup>40</sup> S. Rodrigues, *op. cit.*