

RÉGULATION

Sous la responsabilité de Stéphane BRACONNIER, Professeur à l'Université de Poitiers et Marie-Anne FRISON-ROCHE, Professeur des Universités à Sciences-Po.

Laissons de côté les disputes académiques et prenons ce qui est acquis dans le droit de la régulation, justifiant une chronique propre. Nous ne prétendons pas aborder tout ce qui peut être embrassé par les définitions recevables, mais étudier les textes et décisions juridiques relevant indéniablement des dispositifs et du droit de la régulation. Des secteurs économiques sont à la fois ouverts à la concurrence, ses principes, ses règles et ses bienfaits, et gouvernés par d'autres règles, d'autres techniques et d'autres fins, empreintes de droit public. Que l'on présente cela comme une nouvelle forme de l'action publique ou comme une transition vers le marché concurrentiel ordinaire, ce mixte gouverne des secteurs durablement.

Les raisons pour lesquelles cette nouvelle intimité entre branches du droit s'opère dans le droit peuvent varier. Cela peut résulter d'une libéralisation de secteurs, la régulation ouvrant le droit public au droit de la concurrence, ou bien d'une limite de la compétition notamment par considération du réseau de transport géré par un seul opérateur, le droit de la concurrence intégrant le gouvernement public des monopoles. Cette chronique prend donc comme objet le droit de applicable à ce que l'on désigne souvent par l'expression « industries de réseaux », qu'il s'agisse des transports eux-mêmes, sous leurs diverses modalités (transport ferroviaire, aérien, routier et autoroutier, auxquels il convient d'ajouter le secteur postal, étroitement lié à ces réseaux de transport) ou des secteurs qui ne peuvent fonctionner que grâce à des réseaux de transport des biens mis sur le marché (énergie, télécommunications, audiovisuel).

La détermination de l'objet de cette chronique n'est certes pas incontestable en soi. On aurait pu y intégrer des droits ou des politiques publiques, jouxtant notamment les règles juridiques de la santé ou de l'éducation, ou encore commenter l'actualité dans les secteurs régulés bancaire et financier. Mais, de fait, les industries de réseaux présentent une unité forte de structuration dans les principes (équilibre entre la concurrence et l'intérêt général, que le principe de concurrence ne peut pour l'instant satisfaire seul) et dans les institutions (une autorité de régulation, des recours devant la Cour d'appel de Paris et le Conseil d'État). Enfin, contrairement aux secteurs bancaire et financier, qui sont plutôt gouvernés par souci de gestion et prévention des risques, le principe de concurrence y est solidement ancré, même si sa croissance est parfois encore inachevée.

Cette unité d'objet justifie une chronique, si on prête à celle-ci l'ambition de montrer la diversité des règles suivant les secteurs, mais aussi de mettre en valeur l'unité, notamment de méthode et d'organisations, de l'ensemble du droit applicable aux industries de réseaux. La globalisation croissante des échanges et du droit y afférant trouve dans la régulation un point d'ancrage et un vecteur de développement de plus en plus solide et dynamique. Ces phénomènes provoquent un décloisonnement des catégories existantes, qui perdurent néanmoins, et rendent indispensable une analyse économique sérieuse du droit applicables aux services d'intérêt général et, plus largement, aux industries de réseaux. La transversalité de l'approche retenue dans cette chronique devrait y contribuer fortement.

Stéphane BRACONNIER et Marie-Anne FRISON-ROCHE



Par Marie-Anne
FRISON-ROCHE

La maturation de la régulation énergétique par la loi du 9 août 2004

La loi du 9 août 2004 poursuit fondamentalement le mouvement de maturation du système de régulation de l'énergie. Elle cherche à perfectionner la régulation dans trois directions : les personnes, les engagements et les droit, triangle d'or des systèmes juridiques.

90

L. n° 2004-803, 9 août 2004, JO 11 août, p. 14256

Même si le principal objet politique de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, relève du droit de la concurrence, en ce qu'elle rend le statut d'EDF compatible avec la prohibition communautaire des aides d'État, elle poursuit fondamentalement le mouvement de maturation du système de régulation de l'énergie. Certes, il est ressorti des travaux préparatoires que s'il fal-

lait presser le pas pour la première question, il convenait, concernant la régulation proprement dite du secteur de « transporter les directives de façon circonspecte et prudente », c'est-à-dire en traînant les pieds le plus possible (cf. Rapp. Sénat n° 386, 2003-2004, p. 22 et s., consultable sur le site <<http://www.senat.fr>>).

Le régulateur, qui est au cœur des nouveaux systèmes de régulation économique, est peu visé par la loi, sans doute parce que les dispositifs le concernant sont suffisamment adéquats, complets et efficaces pour ne pas mériter réforme. La loi >

cherche plutôt à perfectionner la régulation dans trois directions : les personnes, les engagements et les droits, triangle d'or des systèmes juridiques.

I. – LES INNOVATIONS DE LA LOI CONCERNANT LES PERSONNES : LE GESTIONNAIRE DE RÉSEAU

L'on conviendra que le changement de statut d'EDF, cessant d'être un établissement public pour devenir une société anonyme, est un effet du droit général de la concurrence et non une mise en œuvre d'une politique de régulation du secteur. En effet, le statut juridique d'un établissement public appelant par nature la garantie financière de l'État, il rompt l'égalité entre les opérateurs en ce que l'opérateur en cause peut obtenir des financements plus avantageux que ceux obtenus par ses concurrents puisque les prêteurs peuvent exclure le risque de faillite, et constitue structurellement une aide d'État du fait même que l'État ne peut pas ne pas garantir ainsi l'établissement. La détention par l'État du capital social, prévue expressément par la loi, ne pose en revanche pas de difficulté, en raison de la règle communautaire de neutralité du capital.

Si l'on prend plus particulièrement la perspective de régulation, la personne concernée par la loi est plutôt le gestionnaire de réseau, auquel est consacré le titre II du texte. Il convient de décrire les dispositions de la loi, mais aussi de porter une appréciation et d'en tirer des consé-

quences. La loi prend des dispositions générales, valant pour tout gestionnaire de réseaux, qu'il soit opérateur privé ou public, qu'il gère le transport du gaz ou de l'électricité, puis le législateur adopte des règles spécifiques suivant qu'il s'agit de l'une ou de l'autre énergie. On retrouve ici une marque de la régulation énergétique, dotée certes de principes unifiés, mais dépendante aussi de la dualité économique et technique des deux types d'énergie visés. En outre, le titre III de la loi adopte pour les distributeurs d'électricité ou de gaz un dispositif analogue à celui appliqué au transport, dès l'instant que le réseau de distribution dessert plus de 100 000 clients, ce qui rend sa régulation aussi cruciale que celle du réseau de transport lui-même.

Concernant les principes communs, l'article 5 de la loi impose que la gestion du réseau de transport soit confiée à des personnes morales distinctes des producteurs et fournisseurs. Le législateur avait surtout en tête l'autonomie juridique de RTE, (Réseau de Transport d'Électricité), par rapport à EDF dont elle constituait jusqu'ici une sorte de «département autonome». Le principe d'autonomie juridique, imposé par deux directives européennes de 2003 successivement sur l'électricité et sur le gaz (cf. Dir. Parl. et Cons. CE n° 2003/54, 26 juin 2003, JOUE 15 juill., n° L 176, p. 37 ; Dir. Parl. et Cons. CE n° 2003/55, 26 juin 2003, JOUE 15 juill., n° L 176, p. 57), traduit la règle quasi-constitutionnelle du droit de la régulation, c'est-à-dire la prévention des conflits d'intérêts, qui interdit qu'une même entité soit à la fois celui qui fournit et celui qui transporte, dans la mesure où les autres fournisseurs et distributeurs, qui sont concurrents du premier, sont dépendants du second, titulaire d'un monopole naturel (cf., d'une façon générale, L'Europe de l'électricité entre concurrence et service public, Revue politique et parlementaire, n° 1026-1027, sept. 2003). En outre, l'opérateur ordinaire se nourrit économiquement du risque, alors que le gestionnaire a pour charge de diminuer celui-ci, ce qui conduit encore pour la sécurité de l'ensemble à ce que l'on distingue nettement les deux.

Sur le terrain des principes, le droit français obéit à la logique du droit de la régulation, mise en place par les directives communautaires, en dernier lieu la directive du 26 juin 2003. Cependant, la loi nouvelle prévoit dans son article 7 que le capital du gestionnaire du réseau de transport d'électricité «est détenu en totalité par Electricité de France, l'État ou d'autres entreprises ou organismes appartenant au secteur public». Souhaitons que concrètement le Gouvernement préfère utiliser les autres hypothèses que celle d'un RTE dont le capital social serait contrôlé à long terme par EDF, car le droit des sociétés définit ce type de rapport capitalisme comme un rapport de contrôle, conférant le pouvoir d'exercer une influence déterminante sur la politique sociétaire (cf., par exemple, Schmidt D., Les définitions du contrôle d'une société, in La prise de contrôle d'une société, RJ com. nov.1998, n° spécial, p. 9 et s.). Dans ces conditions, l'autonomie juridique de

RTE par filialisation d'EDF, même si elle semble tolérée par les directives communautaires en ce que celles-ci admettent que la propriété des actifs du réseau de transport demeure au sein d'un opérateur intégré, est apparue à certains comme un recul de l'indépendance effective et elle expose davantage le dispositif au grief de conflit d'intérêts que le système précédent, pouvant donc entraînant méfiance et contentieux.

C'est pourquoi l'article 6-1 de la loi brise expressément cet effet du droit des sociétés et, dérogeant expressément au Code de commerce, précise que la gestion du réseau de transport sera opérée

par les dirigeants du gestionnaire, indépendamment de la volonté des autres opérateurs, y compris l'opérateur contrôlant le capital du gestionnaire. En revanche, l'article 6-1 adopte des règles particulières régissant le fonctionnement du conseil d'administration des gestionnaires (le législateur suppose donc les gestionnaires constitués en société anonyme...), exigeant qu'une série de décisions ayant un effet structurant et patrimonial, comme la politique de financement ou des décisions de diversification ou de cession et d'acquisition significatives d'actifs, ne puisse être adoptées sans l'accord de la majorité des membres nommés par l'assemblée générale, c'est-à-dire sans l'accord de la majorité de leurs actionnaires purs et simples (l'usage du mot «nommés» pour désigner les membres du conseil d'administration désignés par l'assemblée générale, alors qu'on s'attendrait en droit des sociétés à trouver le qualificatif «élus» est une sorte de lapsus révélateur). Les travaux préparatoires précisent qu'il s'agit là d'un mode de préservation des intérêts patrimoniaux de l'actionnaire (cf. Projet de loi AN n°1613, 26 mai 2004, p.5, consultable sur le site <<http://www.assemblee-nat.fr>>), à qui on ne peut dénier le droit de décider tout en répercutant sur lui les conséquences patrimoniales lourdes de ce type de décisions. Mais l'on peut dire aussi qu'on en revient à la philosophie des *golden shares*, lorsque l'actionnariat est public, ce qui est nécessairement le cas pour RTE. Cette idée de *golden share*, abandonnée pour les opérateurs ordinaires, pourrait être retenue ici pour le gestionnaire du réseau de transport d'électricité, en ce qu'elle est un mode de régulation à part entière, qui s'apparente à des sortes de mécanismes pruden-tiels (cf., pour le lien entre *golden share* et régulation, Frison-Roche M.-A., La régulation par le capital social d'un opérateur : le jeu européen des *golden shares*, Les Echos, 6 juin 2003). Une telle interprétation, particulièrement forte pour RTE dont l'actionnaire majoritaire ne peut être que public, ne poserait pas de problème de conformité au droit de la concu-

L'on conviendra que le changement de statut d'EDF, cessant d'être un établissement public pour devenir une société anonyme, est un effet du droit général de la concurrence et non une mise en œuvre d'une politique de régulation du secteur.

rence, puisque le secteur énergétique figure parmi ceux pour lesquels les juridictions communautaires admettent l'existence d'un intérêt public justifiant ce type de dispositif.

En second lieu, la loi prévoit une série de mesures visant à préserver l'effectivité de l'indépendance du gestionnaire de réseau. Ainsi, les dirigeants ne peuvent avoir de responsabilité dans les activités de production ou de fourniture et d'une façon plus générale leurs «intérêts professionnels» doivent leur permettre «d'agir en toute indépendance». Plus encore, et la disposition est générale c'est-à-dire ne concerne pas seulement les gestionnaires publics de réseaux mais encore les gestionnaires privés, notamment en matière gazière, la personne qui assure la direction générale d'un gestionnaire de réseau «ne peut être révoquée sans avis motivé préalable de la Commission de régulation de l'énergie».

Ces exigences et ces protections sont tout à fait remarquables par l'analogie qu'elles présentent avec les mesures qui gouvernent la composition et la protection des personnes appartenant à l'autorité de régulation, notamment dans la loi du 10 février 2000 qui a créé l'Autorité de régulation de l'Électricité, transformée par la loi du 3 janvier 2003 en Autorité de régulation de l'Énergie. Cela renforce l'impression que le gestionnaire du réseau de transport est lui-même une sorte de régulateur du marché, ce qui explique ces mesures et justifie aussi des pouvoirs très exorbitants dont la loi dote les gestionnaires, notamment de suspension d'accès lorsque la sécurité du système le requiert, hors de toute prévision contractuelle. L'élaboration et la mise en œuvre de code de bonne conduite renforce ce lien particulier entre gestionnaire et de réseau et régulateur général et chaque année le régulateur évalue l'effectivité de l'indépendance du régulateur (cf., sur les progrès de l'idée et des techniques d'évaluation dans les systèmes de régulation, Hubert J.-M., Le bon usage des résultats de l'évaluation, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, coll. Droit et Économie de la régulation, vol. 1, Dalloz/Presses de Sciences Po, 2004, p. 106 et s.).

Faut-il s'étonner de cette sorte d'articulation entre le gestionnaire, régulateur de terrain qui organise l'accès et le transport, et le régulateur public général, sous la surveillance duquel le premier opère ? Cela n'a guère cours dans les industries de réseaux mais on rappellera qu'en matière financière, les entreprises de marché régulent l'accès au marché et exercent des pouvoirs unilatéraux sous le couvert de l'Autorité des Marchés Financiers. Cette sorte de «corégulation» du secteur entre le régulateur général du secteur et le régulateur particulier de l'accès et du transport permet d'éviter des lacunes dans la régulation et prévient ainsi le risque de crise générale. Mais l'on conviendra aussi qu'elle met le système en porte-à-faux lorsque l'autorité de régulation doit trancher un différent entre un gestionnaire de réseau qui lui est proche et un autre opérateur (cf. Guénaire M., L'expérience du règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie, in *Régulation et règlement des différends*, 10^e forum de la régulation, Sciences-Po, 24 avr. 2004 ; d'une façon générale, sur le passage délicat pour le régulateur d'une régulation orientée à un traitement non-orienté, puisqu'impartial, des conflits entre opérateurs, Richer L., Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie, in *Mouvement du droit public*, Mélanges Franck Moderne, Dalloz, 2004, p. 392-406, p. 402).

II. – LES INNOVATIONS DE LA LOI CONCERNANT LES ENGAGEMENTS : CODE DE BONNE CONDUITE, CONTRAT DE PLAN ET CONTRAT DE RÉSERVATION DE PUISSANCE

Il est parfois difficile de distinguer parmi les instruments juridiques ce qui est engagement et ce qui ne l'est pas. Ainsi, à première vue, ce «code de bonne conduite» est un engage-

ment, tandis qu'on soupçonne souvent les contrats de plan de ne l'être pas, mais en l'espèce, c'est plutôt l'inverse qui se produit.

En effet, l'article 6-III pour les gestionnaires de réseaux de transport, et l'article 15-3 pour les gestionnaires de réseaux de distribution, mettent à leur charge l'adoption d'un «code de bonne conduite» contenant «les mesures d'organisation interne prises pour prévenir les risques de pratique discriminatoire en matière d'accès des tiers au réseau». Voilà une conception très restrictive de ce qu'est un code de bonne conduite, lequel est d'ordinaire davantage programmatique et à dimension éthique forte. En outre, chaque année la Commission de régulation de l'énergie (CRE) publie un rapport sur le respect de ces codes par les gestionnaires, ce qui éloigne encore plus de l'acception traditionnelle d'un code de bonne conduite. Ce dernier point éclaire le dispositif : il s'agit non pas tant d'auto-organisation des activités du gestionnaire mais plutôt d'un dispositif a priori de contrôle, obligeant le gestionnaire à toujours montrer sa neutralité, associé à un contrôle *a posteriori* opéré par le régulateur général. On est donc proche de la philosophie de la transparence tarifaire en droit de la concurrence, imaginée pour prévenir et révéler les pratiques discriminatoires.

En revanche, l'article 1^{er} de la loi prévoit que les objectifs et les modalités de mise en œuvre des missions de service public assignées à EDF et à GDF font l'objet d'un contrat de plan. Une des raisons pour lesquels la loi substitue ce contrat de plan aux «contrats de service public» prévus par la loi NRE du 15 mai 2001 tient précisément au fait que ceux-ci sont trop peu contraignants (cf. Rapp. AN n° 1659, 2003-2004, p. 36, consultable sur le site <<http://www.assemblee-nat.fr>>), ce que justifie qu'on lui préfère un contrat de plan. En effet, la jurisprudence a progressivement associé à la technique du contrat de plan une force d'engagement de plus en plus contraignante (cf. CE, 19 nov. 1999, n° 176261, Fédération syndicaliste force ouvrière des travailleurs des postes et télécommunications, Rec. CE 1999, p. 354 ; CE, 9 avr. 2004, n° 248436, Syndicat national unifié des personnels des forêts et de l'espace naturel et a.). En outre, le texte précise qu'un contrat de plan peut aussi être conclu à l'égard d'autres entreprises que celles dont l'État a le contrôle. Le critère en est le fait que ces entreprises du secteur assument des missions de service public (cf., pour un exposé général de la loi du 29 juillet 1982 sur les contrats de plan, Delvolvé P., *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, n°314 et s., p. 376 et s.). On est donc passé d'une logique de tutelle sur une entreprise en tant qu'elle est publique, à une logique de régulation, par ce contrat passé avec une entité en tant qu'elle assure une fonction dont l'intérêt est collectif. Ce faisant, le contrat de plan ont vocation non seulement à devenir de plus en plus contraignant, puisqu'il s'agit vraiment d'un échange d'obligations et non plus une relation unilatérale entre l'État et son entreprise, mais encore cela renvoie à la notion économique de «contrat de régulation», c'est-à-dire d'un engagement à moyen terme entre l'État et les opérateurs d'un secteur pour chacun y trouve son compte, notamment quant aux coûts du service public, chacun étant protégé par le caractère obligatoire de l'échange.

Une autre forme d'engagement vise le droit plus ordinaire des contrats qui organisent l'accès, le transport et la sécurité des réseaux (cf., sur l'ensemble de ces contrats, Sablière P., *Droit de l'électricité*. Textes et commentaires, Dalloz, 2003, n° 52-2, p. 940). En effet, la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 est enrichie par la loi nouvelle pour permettre au gestionnaire du réseau public de transport de conclure des «contrats de réservation de puissance avec les consommateurs raccordés au réseau public de transport», comme le fournisseur peut lui-même, en matière électrique et gazière, faire des contrats de consommation suspendue en cas d'accroissement >

de consommation (contrat « effacement heure de pointe »). On pourrait s'étonner qu'il faille une prévision de la loi pour qu'un opérateur, doté de l'autonomie de la volonté, utilise sa liberté contractuelle, mais tout d'abord, il s'agit ici d'un contrat avec le gestionnaire lui-même, dont la CRE estime que l'impératif d'un accès régulé réduit « la part du pouvoir discrétionnaire (...) dans la négociation des contrats » (cf. Communication CRE, 24 oct. 2002, sur les nouveaux contrats d'accès aux réseaux, consultable sur le site), de plus les coûts de ces réserves et de l'appel à ces réserves pèsent sur d'autres opérateurs, ce qui justifie bien le seing de la loi. Enfin, ce contrat n'est pas tant fait pour satisfaire les intérêts des deux parties que pour assurer l'objectif général de sécurité du réseau de transport, visée d'intérêt public.

Ce nouveau contrat a un objet singulier, à savoir « l'effacement de consommation », c'est-à-dire le fait pour le cocontractant du gestionnaire d'offrir au système ce qui n'est pas consommé, au besoin en s'arrêtant d'utiliser pour lui-même l'énergie. Cette obligation de ne pas faire reçoit une contrepartie financière mais signifie aussi sans doute que la violation de l'obligation ne donnera lieu qu'à des dommages et intérêts. On observera que « les coûts associés sont répartis entre les utilisateurs du réseau et les responsables d'équilibre ». Sans doute fallait-il la loi pour le prévoir, car il s'agit là d'une obligation à la charge d'un tiers au contrat, contraire au principe de l'effet relatif des obligations contractuelles, cette disposition montrant à quel point c'est le système d'ensemble qui est le bénéficiaire d'un tel contrat et à quel point les tiers sont concernés.

Dès lors, on observe que c'est le fonctionnement du réseau qui engendre des contrats, passés entre diverses parties mais qui ont entre eux des liens très étroits, par exemple contrat d'accès, contrat d'approvisionnement, contrat d'injection, contrat de responsable d'équilibre, contrat de réservation de puissance. Quelles conséquences juridiques en tirer ? L'existence de ces liens incite à penser ces « ensembles contractuels » soit à travers la théorie des groupes de contrats, avec les conséquences notamment en matière d'action directe ou de responsabilité contractuelle et d'opposabilité de clause d'un contrat à l'autre, soit à tout le moins à travers la théorie de la cause et de la condition, chaque contrat étant rattaché aux autres, ce qui là aussi peut produire des effets dominos en matière de nullité ou de responsabilité et de résolution, soit encore à travers l'indivisibilité objective ou subjective entre les différents contrats.

III. – LES INNOVATIONS DE LA LOI CONCERNANT LES DROITS : OBLIGATION DE FOURNIR ET DROIT D'ACCÈS AUX CAPACITÉS DE STOCKAGE DU GAZ

Les systèmes de régulation ont évolué d'une conception abstraite et mécaniste, dans laquelle des principes objectifs de fonctionnement satisfaisaient chacun, à une conception plus personnaliste et qui inverse la logique : la régulation aurait pour objectif de concrétiser des droits, ces droits subjectifs des opérateurs et des consommateurs devenant premiers dans l'organisation. Cela est particulièrement net concernant l'accès, analysé désormais comme un « droit d'accès », qu'il s'agisse d'un droit fondamental à la consommation du produit en cause, le droit d'accès comme fin (cf., par exemple, Frison-Roche M.-A., *Droit de l'énergie, droit à l'énergie*, in *La Revue de l'Énergie*, Numéro anniversaire 50 ans, p. 615 et s. ; Lecercf M., *Droits des consommateurs et obligations des services*

publics, Editions d'organisation, 2000) ou du droit d'accès des concurrents au réseau, le droit d'accès comme instrument (cf. Vandamme J. et Rodrigues S. (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, ISUPE, 2003).

Le droit d'accès des opérateurs est donc un instrument et non une fin. Il peut s'agir d'accéder au marché par un accès nécessaire au réseau de transport. Mais, et voilà la pertinence de distinction entre les deux types physiques d'énergie, le gaz présente la spécificité technique de pouvoir se stocker, ce que l'on ne peut faire concernant l'électricité et ce qui réserve au gaz la difficulté de l'accès aux capacités de stockage. Cette question a été très discutée, elle a trouvé sa solution dans des dispositions qui n'ont été insérées qu'à la fin du processus législatif, à travers des dispositions réunies dans le titre VII de la loi nouvelle, qui vise « l'accès des tiers aux stockages de gaz naturel ».

Il faut rattacher cela au souci général de sécurité des mises à disposition d'énergie par rapport aux besoins de consommation, souci commun à toute énergie, l'instrument de contrat de réserve de puissance ayant alors le même but que la constitution de stock accessible. Il est donc logique que l'on trouve

les deux procédés juridiquement très distincts, dans la même loi puisque la fin est la même mais le contrat est le bon instrument pour une énergie non stockable tandis que le droit d'accès est le bon instrument pour une énergie stockable. Ici, non seulement le droit d'accès au stockage n'est qu'un droit-moyen, un droit-fonction, mais encore il n'est conféré aux opérateurs par la loi en tant qu'il leur permet de respecter leurs propres obligations. C'est donc une prérogative nécessaire à la réalisation non

pas d'autres prérogatives mais bien à la satisfaction de devoirs et d'obligations : pour devoir, il faut tout d'abord pouvoir, la puissance n'est donnée que pour bien servir l'intérêt d'autrui. Au sens juridique strict, il s'agit donc d'un « pouvoir » plus que d'un droit, au sens développé par Emmanuel Gaillard (cf. Gaillard E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985).

En effet, la loi nouvelle insère dans la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003, *relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie*, un nouvel article 30-1 qui vise la fonction des stocks de gaz, définie légalement comme le bon fonctionnement et l'équilibre du réseau, ainsi que la satisfaction des clients domestiques et des autres clients qui n'ont pas accepté une fourniture interruptible. La casuistique viendra peut-être nous dire ultérieurement s'il s'agit d'une hiérarchie d'objectifs ou bien d'objectifs simultanés, l'enjeu étant alors de pouvoir sacrifier l'un à l'autre dans le premier cas ou de devoir composer l'un avec l'autre dans le second cas (on se souvient d'une difficulté semblable à propos des objectifs des lois du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives, le législateur ayant dans ce dernier cas sans doute voulu la simultanéité tandis que la jurisprudence préféra mettre en hiérarchie).

Un nouvel article 30-2 précise que, par ailleurs et tout d'abord, tout fournisseur a l'obligation de disposer des réserves suffisantes pour satisfaire ses engagements de fourniture, sous peine d'amende pouvant aller jusqu'à deux fois la valeur du stock manquant. La seconde partie de cet article 30-2 (ce qui montre bien la corrélation entre l'obligation et le droit), précise que les fournisseurs, et à travers eux les clients éligibles, ont un droit d'accéder aux capacités de stockage, dans la mesure de l'obligation qu'ils ont contractée à l'égard de leurs clients de les fournir.

On pourrait s'étonner qu'il faille une prévision de la loi pour qu'un opérateur, doté de l'autonomie de la volonté, utilise sa liberté contractuelle (...).

Puisqu'il s'agit d'un droit d'accès à une capacité de stockage qui peut être vue comme constituant une facilité essentielle, l'article 30-3 en déduit logiquement l'obligation de prix d'accès négociés dans des conditions transparentes et non discriminatoires, les opérateurs de stockage devant publier chaque année leurs conditions commerciales générales. L'article 30-4 répertorie les hypothèses de refus légitime, techniquement donc les cas d'ouverture pour ne pas satisfaire la demande d'accès. On retrouve là encore de principes concrets de la régulation : soit l'accès n'est pas nécessaire au client, aucun cas le droit fondamental, parce qu'il ne correspond pas à un besoin, disparaît. Soit l'intérêt du système doit prévaloir, parce que «l'intégrité et la sécurité» des installations de stockage seraient mises en péril, ou parce que le ministre a émis un ordre de priorité.

Enfin, l'article 30-6 règle le sort des «capacités de stockage en conduite», c'est-à-dire celles qui sont sous la maîtrise du

gestionnaire du réseau de transport ou de distribution, la loi précisant que le gestionnaire assure la fourniture temporaire du gaz en cas de défaillance d'un fournisseur. Tout doit être fait pour éviter la défaillance, source de possible crise générale, et au besoin par le transfert de la tâche de fournir de l'un sur l'autre. Le gestionnaire est celui qui intervient alors en dernier ressort. Il est le personnage-clé de tout le système.

Une impression d'ensemble de cette loi du 9 août 2004 se dégage : son objet principal apparaît être la prévention et la gestion des risques, la mise en place de multiples mesures pour éviter la panne. Non seulement, les régulations mettent en équilibre le principe de concurrence et le principe de sécurité, mais encore, même pour les industries de réseaux, elles tendent désormais à faire du principe de sécurité leur priorité, ce qui conduit à mettre au cœur du dispositif les gestionnaires de réseaux. ♦