

EXISTE-T-IL UN DROIT DE L'ÉNERGIE?¹

Philippe TERNEYRE² - Claudie BOITEAU³

INDEX

1. LE DROIT DE L'ÉNERGIE: L'APPARENCE D'UN ASSEMBLAGE DE DROITS

1.1. L'existence d'un corpus de règles

1.2. Des règles manquant de cohérence

2. LE DROIT DE L'ÉNERGIE: L'ÉMERGENCE D'UN DROIT D'ASSEMBLAGE

2.1. Des objectifs

2.2. Une codification structurante

2.3. Une régulation indépendant

2.4. Un débat doctrinal

La question peut sembler incongrue au vu du riche dossier consacré au droit de l'énergie par les deux dernières livraisons de la Revue française de droit administratif (RFDA) et dont les contributions révèlent, pour la plupart d'entre elles, l'importance

¹ Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, mai - juin 2017 , p. 517-523

² Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

³ Professeur à l'Université Paris-Dauphine, Université de recherche Paris Sciences et Lettres

cruciale de l'énergie pour le développement des économies modernes ainsi que son utilité sociale.

Par sa présence même, ce dossier n'est-il pas alors une réponse à la question posée? D'ailleurs, n'y a-t-il pas désormais un code de l'énergie? Un incontournable « Dalloz Action » Droit de l'énergie⁴? Des recherches et des formations universitaires en droit de l'énergie? Des revues juridiques consacrées en tout ou partie à l'énergie⁵? Voire une Association française de droit de l'énergie (AFDEN). Quant aux réglementations encadrant les énergies, elles connaissent, ces dernières années, une progression exponentielle.

Mais le juriste ne se laissera toutefois pas leurrer par la multiplication de ces manifestations pour conclure trop hâtivement et mécaniquement à l'existence d'un véritable droit de l'énergie autonome. Il n'est donc pas inutile de se prêter à un exercice que d'aucuns jugeront peut-être trop académique. En effet, sans ignorer la vanité relative de la quête de l'existence d'un droit, il est souhaitable de ne pas renoncer à tout exercice de systématisation. Cette question existentielle est tout d'abord subordonnée à la réponse à une autre question: quel est l'intérêt théorique ou pratique de se poser la question de l'existence d'un droit de l'énergie si l'on postule qu'il n'existe, en droit interne, qu'un seul ordre juridique où aucune règle n'est indépendante des autres, car toutes articulées dans une seule et même hiérarchie des normes. Dit autrement, puisque, dans l'ordre juridique français (comme dans tout État de droit d'ailleurs), aucune branche du droit n'est autonome, pourquoi l'interrogation sur l'existence d'un droit de l'énergie ne serait-elle pas pure et vaine spéculation théorique?

⁴ P. SABLIERE, Dalloz 2014-2015.

⁵ Anc. Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz; Anc. Revue juridique de l'économie publique, LexisNexis; Revue Energie, Environnement, Infrastructures, LexisNexis; La revue de l'énergie, éd. Technip

Parfois, cette quête s'explique pour de mauvaises raisons. Il s'agit pour son auteur de justifier de l'existence même de son (nouveau) champ d'investigation ou, le plus souvent, de son souci de se séparer de certains de ses collègues. On sait que, en France, la science politique est née de sa séparation avec le droit constitutionnel, la criminologie avec le droit pénal ou la gestion avec l'économie. On sait que cette stratégie a, en règle générale, pour but de (d'auto) justifier la création d'un nouveau diplôme, d'un nouveau centre de recherche, d'une chaire particulière, d'une nouvelle section au Conseil national des Universités, etc.

Par-delà ces motivations – qui ne sont évidemment pas les nôtres –, la démarche tendant à déterminer si un droit sectoriel présente une certaine autonomie procède aussi d'un simple souci académique : un peu comme l'alpiniste gravit une montagne « parce qu'elle est là », le professeur de droit doit se demander, presque par conscience professionnelle (sinon personne ne le fera), si son champ particulier d'étude présente, en tout ou partie, un certain degré d'autonomie par rapport aux autres branches du droit (toujours sous réserve que le concept même de « branche » du droit ait un sens ou un intérêt autre que de permettre le découpage des enseignements dans les facultés de droit).

À cet égard, si beaucoup d'auteurs donnent une définition du droit qu'ils enseignent, qu'ils étudient, peu s'interrogent sur la question de savoir s'il s'agit d'une véritable « branche du droit », d'un « rameau » ou d'autre chose.

Au demeurant, certains auteurs vont jusqu'à nier le concept même de branche du droit. « À quel degré de généralité ou de spécificité s'arrête la construction d'une branche du droit? Quand y a-t-il branche principale ou branchillon secondaire ? » se demande par exemple M e Raymond Martin⁶. Maurice Cozian s'est essayé à démontrer l'absence

⁶ R. MARTIN, *Le droit en branches*, D. 2002. 1703

d'autonomie du droit fiscal, défendue par le doyen Trotabas⁷. Quant au professeur Denys de Béchillon, à qui était posée, à l'occasion du colloque fondateur de l'Association française de droit de l'énergie en 2008, la question de l'autonomie du droit de l'énergie, il répondait que si l'idée d'une autonomie absolue du droit de l'énergie n'a aucun sens (« aussi plausible qu'un rond carré »), celle de l'autonomie forte ou relative ne pouvait non plus être démontrée, sans doute parce que le droit ne se découpe pas en branches⁸.

En revanche, quelques auteurs et non des moindres, ont tenté d'isoler des éléments d'identification d'un droit/d'une branche du droit. Ainsi, dans le but de répondre à la question « Le droit économique existe-t-il? »⁹, le doyen Georges Vedel se proposait de suivre une démarche à la fois fonctionnelle et empirique. L'autonomie apparaît, estimait-il, « toutes les fois que l'application à une matière des principes et méthodes de raisonnement empruntés purement et simplement à une discipline existante conduit à des inexactitudes » ou bien « quand la matière considérée, bien que ne mettant en œuvre que des principes et méthodes empruntés à des branches existantes, en fait une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté ». Cette approche fonctionnelle se vérifie empiriquement, nous disait-il, si, « en se référant à une classification par objet », on a le sentiment que « l'on change (...) les solutions », alors on est face à une nouvelle discipline. En revanche, si cette référence ne révèle qu'« une simple juxtaposition de solutions dans la même matière », il convient de renoncer à chercher une discipline nouvelle¹⁰. Dans une démarche proche,

⁷ M. COZIAN, *Propos désobligeant sur une tarte à la crème: l'autonomie et le réalisme du droit fiscal?* RD fisc. 1999, n. 13, p. 530

⁸ Y a-t-il une autonomie du droit de l'énergie? », Contribution non publiée au colloque fondateur de l'AFDEN (2008), citée avec l'accord de l'auteur.

⁹ G. VEDEL, *Le droit économique existe-t-il?*, Mélanges Vigreux, Université de Toulouse 1981, p. 766.

¹⁰ G. VEDEL prend l'exemple du droit du travail qui est « autre chose qu'une somme de solutions: il est un ensemble de principes de solutions, ce qui est bien différent ».

le professeur Pierre Delvolvé recherche l'existence du droit public de l'économie¹¹ dans le particularisme de la discipline qu'il relève à la fois dans une organisation publique spéciale et une action publique en matière économique révélant cette part de nouveauté, évoquée par Georges Vedel, et qui s'exprime au travers de caractères propres (phénomènes échappant à l'emprise de la volonté humaine ; adaptation des solutions juridiques à l'action publique économique ; diversité des solutions ; mobilité et spécificité des solutions). Quant au professeur Benoît Delaunay, auteur d'un ouvrage novateur *Droit public de la concurrence* sur l'existence duquel il a été conduit à s'interroger, il soutient que, « pour qu'une nouvelle branche du droit apparaisse, elle doit regrouper un ensemble de règles autonomes, cohérentes se suffisant à elles-mêmes et s'affranchissant des règles du droit commun »¹².

De ces démarches, on peut alors déduire, sinon une méthode d'identification infaillible, du moins un faisceau d'indices que l'on empruntera aux auteurs mentionnés ci-dessus. Reste que, sans nier l'importance de ces indices dans l'identification d'une branche du droit, d'autres paramètres pourraient aujourd'hui, encore plus qu'hier, rendre vaine la recherche d'un particularisme affirmé d'une branche du droit en général et d'un droit spécial de l'énergie en particulier.

De fait, en raison du phénomène de « perméabilisation » ou « d'hybridation » des réglementations, d'une certaine globalisation des droits¹³ imputable à la mondialisation des économies et à l'influence du droit de l'Union européenne sur tous les droits économiques, on peut se demander si les indices classiques de l'autonomie des droits ne tendent pas à s'effacer au profit d'autres indices révélant de nouvelles cohérences, de nouveaux principes

¹¹ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz 1998, p. 9 et p. 47 s.

¹² B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015, n. 49.

¹³ P. LIGNÈRES et C. GAGEY, *La globalisation et le droit de l'énergie*, *Revue des juristes de Sciences Po*, n.8, nov. 2013.

directeurs, communs à des branches apparemment autonomes: qui peut, par exemple, croire que le droit des services publics évolue encore dans un (son) monde clos?

D'où notre démarche tendant à mettre en évidence, en première analyse, que le droit de l'énergie n'existe, en tant que tel, que comme un assemblage de droits, avant d'essayer, en seconde analyse, de montrer, comme pourrait le faire un bon œnologue, que ce droit existe peut-être sous la forme d'un droit d'assemblage.

1. LE DROIT DE L'ENERGIE : L'APPARENCE D'UN ASSEMBLAGE DE DROITS

Cette première partie n'est pas très difficile à mettre en évidence.

1.1. L'existence d'un corpus de règles

En apparence, donc, il n'est pas contesté qu'il existe un droit sectoriel de l'énergie, c'est-à-dire un corpus complet de règles (droit de l'Union européenne, lois, règlements...) qui s'applique à l'énergie, à toutes ses formes (traditionnelles comme nouvelles) et à toutes les séquences qu'elle implique (production, transport, distribution, fourniture). Il existe même un droit des marchés publics spécifique à l'énergie (définition des entités adjudicatrices chargées de réseaux d'énergie, catégorie de marché public global, critère de sélection des offres, ...).

Ce droit sectoriel, comme d'autres à caractère économique, trouve sa source dans les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) consacrées à « l'énergie » (art. 4 et 194) et les différents textes européens de droit dérivé (directives et règlements) consacrés au secteur énergétique (non seulement ceux relatifs à l'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie), dans de multiples lois françaises dont le titre renvoie d'ailleurs à « l'énergie » (lois de 1974 et 1980 sur les économies d'énergie, loi de 1996 sur l'utilisation rationnelle de l'énergie, loi de 2005 de programmation de la politique énergétique, loi de 2006 sur le secteur de l'énergie, loi de 2015 de transition énergétique, décret de 2016 sur la programmation pluriannuelle de « l'énergie »,...) et, aujourd'hui, dans un code de « l'énergie ». C'est par ailleurs une commission de régulation de « l'énergie »

(et non plus seulement, comme à l'origine, de l'électricité) qui est l'autorité administrative régulatrice du secteur.

En outre, comme les deux numéros de la RFDA consacrés au sujet le prouvent, la doctrine académique et professionnelle consacre désormais de très nombreux ouvrages et articles au droit de l'énergie¹⁴.

1.2. Des règles manquant de cohérence

Mais, en même temps, ce droit sectoriel de l'énergie peut être vu comme manquant de cohérence, d'unité, d'autonomie comme, au demeurant, d'autres droits sectoriels à caractère technique. Tout d'abord, lorsqu'apparaît une nouvelle énergie ou une nouvelle façon de produire de l'électricité, du gaz ou du pétrole, un encadrement juridique spécifique (voire une interdiction) semble toujours nécessaire plutôt que d'imaginer appliquer des règles déjà en vigueur pour d'autres formes d'énergie ou issues du droit commun des contrats, du droit de l'environnement, etc. (ainsi récemment pour la biomasse, le photovoltaïque, l'éolien, les biocarburants, la séparation de l'hydrolien de l'hydraulique...).

Ensuite, on ne peut pas dire du droit de l'énergie qu'il relève exclusivement, voire principalement, du droit public ou du droit privé: la compétence du juge dépend classiquement de la norme en cause, de ses auteurs ou de leurs destinataires, voire de la seule volonté du législateur, et non de l'objet traité.

¹⁴ Ainsi notamment des travaux exceptionnels de P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz Action 2014/2015, ouvrage de près de 3 000 pages et, du même auteur, « Y-a-t-il un droit de l'électricité, CJEG, janv. 1999. Chron. 1; ainsi, également la tentative, hélas sans lendemain, de M. SCHLESINGER, auditeur au Conseil d'État, de créer à l'ancienne RJEP une chronique régulière sur le « Contentieux de l'énergie »); *Energies renouvelables et marché intérieur*, (dir.) C. BOITEAU, BRUYLANT, 2014; B. Le BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, Le Moniteur, 2 e éd. 2012.

Par ailleurs, malgré l'apport considérable de sa récente codification dans un « code de l'énergie », le droit de l'énergie reste éclaté entre plusieurs codes et diverses lois éparses : code général des collectivités territoriales pour les réseaux de distribution d'électricité et de gaz et pour les réseaux de chaleur ; code de l'environnement pour le nucléaire, les éoliennes, le stockage et les canalisations de gaz ; code de l'urbanisme pour l'installation de certaines infrastructures énergétiques ; code de la construction pour les rapports existant entre bâtiments et énergie, etc.

En outre, le droit de l'énergie est, comme le droit des télécommunications, de l'audiovisuel, ou du numérique, un droit d'une extrême complexité, vraisemblablement en raison de l'objet auquel il s'applique et des enjeux politiques, économiques et sociaux qui le sous-tendent, mais aussi parce qu'il est le fait, non pas de juristes roués aux principes généraux du droit, mais d'ingénieurs et d'administrateurs qui n'ont sans doute jamais fréquenté les bancs des facultés de droit : d'où un droit parfois illisible ou faiblement normatif, très bavard, très instable, qu'il s'agisse des lois ou des règlements, parfois très en retard par rapport aux délais imposés, voire défaillant (v. par ex., la réforme de l'hydroélectricité) et qui raffole des acronymes ou des expressions compréhensibles par quelques happy few (c'est l'objectif recherché) : Tartam, Turpe, ATRT et ATRD, TRV, CSPE, ARENH, barycentres, équilibrage, effacement, consommateurs électro ou gazo intensifs,...

Enfin, si le droit de l'énergie – qui n'est pas traité par un juge particulier ou un juge unique – a incontestablement été, à l'occasion des divers recours formés contre les tarifs de vente des énergies ou ceux permettant le financement de la distribution et du transport d'électricité, à l'origine du développement de techniques contentieuses originales et performantes (enquêtes à la barre, contrôle de proportionnalité, office du juge, généralisation du contentieux de pleine juridiction,...), ces évolutions ont également été le fait de contentieux liés au droit des installations classées, au droit des communications électroniques ou au droit de l'audiovisuel.

Ce qui précède devrait alors conduire à renoncer à découvrir un véritable particularisme du droit de l'énergie permettant d'affirmer sans trembler son autonomie.

Cependant, dans une démarche sans doute moins ambitieuse mais aussi plus réaliste, il nous semble permis de percevoir au sein de la matière considérée les prémices d'un équilibre interne s'appuyant sur des complémentarités susceptibles de faire apparaître une sorte de droit d'assemblage.

2. LE DROIT DE L'ÉNERGIE: L'ÉMERGENCE D'UN DROIT D'ASSEMBLAGE

En œnologie, la finalité d'un bon assemblage est de réaliser une cohérence, un équilibre interne entre des cépages variés ou un même cépage provenant de parcelles différentes. En droit de l'énergie, la finalité de l'assemblage de ses composants est la même. De fait, on peut tenter de démontrer que si le droit de l'énergie existe, c'est parce qu'une savante alchimie est en cours de réalisation entre un ensemble de composants de nature variée, tels que des objectifs directeurs, une codification, une jurisprudence et un débat doctrinal, auxquelles les réglementations sectorielles mises en évidence précédemment trouvent alors à s'articuler.

2.1. Des objectifs

En premier lieu, le droit de l'énergie, tant interne qu'europpéen, poursuit des objectifs clairement affichés et qui en constituent le fondement.

En droit interne, la loi de programme relative aux orientations de la politique énergétique (POPE) du 13 juillet 2005¹⁵ a fixé des objectifs qui ont été sensiblement enrichis par la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015¹⁶. Ces objectifs sont codifiés aux articles L. 100-1 à L. 100-4 du code de l'énergie, insérés dans un titre préliminaire intitulé « Les objectifs de la politique énergétique », lui-

¹⁵ Loi n. 2005-781.

¹⁶ Loi n. 2015-992.

même placé en tête du livre premier consacré à «L'organisation générale du secteur de l'énergie ».

Ainsi, la politique énergétique est désormais guidée par sept objectifs. Tout d'abord, le lien établi dès 2005 entre énergie et compétitivité, s'inscrit dans la perspective d'une « croissance verte » (1°), définie comme « un mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et garant de la compétitivité des entreprises ». Ensuite, l'objectif de sécurité d'approvisionnement devra être réalisé dans le souci de réduire la dépendance aux importations (2°). Le caractère compétitif du prix de l'énergie doit permettre aux consommateurs de maîtriser leurs dépenses en énergie (3°). La politique énergétique doit préserver la santé humaine en luttant à la fois contre l'aggravation de l'effet de serre et les risques industriels majeurs (4°). Elle garantit par ailleurs la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie (5°) et la lutte contre la précarité énergétique (6°). Enfin, elle contribue à la mise en place d'une Union européenne de l'énergie et anticipe ainsi le renforcement du cadre réglementaire européen (7°).

Si le caractère général de l'énoncé de ces objectifs a conduit les auteurs des saisines du Conseil constitutionnel, tant en 2005 qu'en 2015, à invoquer leur absence de normativité, le Conseil a rejeté le moyen en considérant que ces dispositions relèvent de la catégorie des lois de programmation par lesquelles le législateur détermine, en application du vingtième alinéa de l'article 34 de la Constitution, « les objectifs de l'action de l'État », en l'occurrence dans « le domaine énergétique », et à l'encontre desquels le grief tiré du défaut de leur portée normative ne peut être soulevé¹⁷. Mais, comme le souligne le

¹⁷ Cons. const., 13 août 2015, n° 2015-718 DC, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, consid. 12, AJDA 2015. 1567; D. 2016. 1779, obs. L. NEYRET et N. REBOUL-MAUPIN; B. LORMETEAU: *La validation par le Conseil constitutionnel de la méthode de transition comme principe directeur de l'action publique dans le champ de l'énergie*, Constitutions 2015. 607.

professeur Véronique Champeil-Desplats, ces articles programmatiques à la « normativité douteuse, font souvent office d’utiles guides interprétatifs à l’usage des autorités d’application, qu’elles soient le juge ou l’administrateur chargé de définir les politiques publiques»¹⁸.

Dans cette perspective, les objectifs précités sont autant de principes directeurs encadrant et donnant du sens à une politique énergétique qui se traduira en dispositifs juridiques. Les pouvoirs publics sont alors invités à articuler la réglementation de l’énergie autour de la recherche d’une compétitivité économique respectueuse des attentes environnementales et sociales. On aura identifié là les trois piliers du développement durable, notion introduite en droit interne par la Charte de l’environnement et traduite en 2015 dans l’expression « transition énergétique », conçue telle « une transversalité programmatique de l’action publique»¹⁹.

Cette orientation est au demeurant clairement issue des objectifs de l’Union européenne en matière énergétique. À cet égard, on rappellera tout d’abord l’article 194 du TFUE qui fixe le cadre de la politique de l’Union dans le domaine de l’énergie, laquelle vise, « en tenant compte de l’exigence de préservation de l’environnement », à « assurer le

¹⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *N’est pas normatif qui peut. L’exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Nouv. Cah. Cons. const., 2007, n. 21.

¹⁹ B. LORMETEAU, *La validation par le Conseil constitutionnel de la méthode de transition comme principe directeur de l’action publique dans le champ de l’énergie*, Constitutions 2015. 607, préc.

fonctionnement du marché de l'énergie », « assurer la sécurité de l'approvisionnement », « promouvoir l'efficacité énergétique » et « promouvoir l'interconnexion des réseaux ». Ensuite, quand bien même l'objectif de protection de l'environnement est affirmé dès les premières directives de libéralisation des secteurs de l'énergie, c'est bien le « 3 e paquet Energie »²⁰ qui conjugue de manière plus volontariste que par le passé les objectifs de libéralisation des marchés et les préoccupations climatiques²¹. En témoignent par la suite, l'« Union de l'énergie »²² qui se décline en cinq « dimensions interdépendantes » (sécurité énergétique, intégration du marché européen, efficacité énergétique, décarbonisation de l'économie, recherche et compétitivité) et, enfin, le « paquet d'hiver », baptisé « Une énergie propre pour tous les Européens »²³, qui vise à réorganiser le marché de l'énergie afin de respecter les engagements pris par les signataires de l'accord de Paris sur le climat²⁴.

²⁰ Notamment directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité: directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz.

²¹ C. BOITEAU, *Mise en perspective des fondements internationaux et européens du droit de l'énergie renouvelable*, in *Energies marines renouvelables, Enjeux juridiques et socio-économiques*, dir. G. GUEGUEN-HALLOUËT et H. LEVREL, éd. Pédone, 2013, p. 7.

²² Paquet « Union de l'énergie », COM (2015) 80 final, 25 févr. 2015.

²³ Présenté par la Commission européenne le 30 nov. 2016.

²⁴ Avec l'Accord de Paris, l'Union européenne s'est engagée à réduire ses émissions de gaz à effet de serre de 40 % d'ici 2030. Elle s'était aussi fixée, par le « paquet énergie-climat 2030 », adopté par le Conseil européen en oct. 2014, l'objectif d'atteindre 20 % d'énergies renouvelables dans la production d'électricité en 2020, puis au moins 27 % en 2030, et de 20 % à au moins 27 % pour les économies d'énergie dans les mêmes délais.

Par leur transversalité économique et climatique, ces objectifs orientent ainsi globalement la réglementation en matière d'énergie et en assure la cohérence et l'harmonie, bien au-delà des seuls marchés de l'électricité et du gaz.

S'il est sans doute plus difficile de percevoir des principes directeurs au niveau constitutionnel, l'arrimage constitutionnel du droit de l'énergie n'est pas pour autant inexistant. La jurisprudence constitutionnelle relative aux services publics nationaux, élaborée en partie à propos d'entreprises du secteur de l'énergie, constitue un noyau dur des principes de gestion de certaines entreprises du secteur. Ainsi, c'est à propos de la privatisation de l'entreprise Gaz de France (GDF) que le Conseil constitutionnel a précisé la notion de service public national qui doit être, en vertu de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, propriété nationale²⁵. Un tel service public, ainsi qualifié par le législateur, est identifié au travers d'un critère territorial – il est organisé au niveau national – et d'un critère organique – il est confié à une seule entreprise²⁶. Il résulte de cette interprétation que la participation majoritaire de l'État s'impose quand GDF conserve sa qualité de service public national par détermination de la loi²⁷. En revanche, la privatisation de GDF est conforme à la Constitution dès lors que le législateur lui a préalablement fait perdre son caractère de service public national en organisant l'ouverture totale à la concurrence et en imposant des obligations de service public à l'ensemble des opérateurs²⁸. Enfin GDF ne dispose pas

²⁵ «Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de l'État ».

²⁶ Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie, AJDA 2007. 192, note G. Marcou; *ibid.* 473; *ibid.* 2006. 2437, chron. L. RICHER, P.-A. JEANNENEY et N. CHARBIT, note G. MARCOU; D. 2007. 1760, note M. VERPEAUX; *ibid.* 1166, obs. V. BERNAUD, L. GAY et C. SEVERINO; RFDA 2006. 1163, note R. de BELLESCIZE; *ibid.* 2007. 564, note A. LEVADE; *ibid.* 596, chron. T. RAMBAUD et A. ROBLOT-TROIZIER.

²⁷ Cons. const., 5 août 2004, n. 2004-501 DC.

²⁸ Décision n. 2006-543 DC, préc.

davantage d'un monopole de fait car le transport est ouvert à la concurrence, la distribution est également effectuée par les distributeurs non nationalisés, les activités de production et de stockage n'avaient pas été incluses dans la nationalisation, la fourniture n'est plus, à compter du 1^{er} juillet 2007, sous monopole et, le gaz constitue une énergie substituable²⁹.

Si le contrôle de constitutionnalité a posteriori n'a pas davantage fait naître de corpus constitutionnel de l'énergie au travers d'une appréciation spécifique des « droits et libertés que la Constitution garantit », une attention particulière aux principes environnementalistes susceptibles d'encadrer les réglementations sectorielles de l'énergie peut être observée, notamment au travers de la question prioritaire de constitutionnalité qui a conduit le Conseil constitutionnel à juger conformes à la Constitution les dispositions contestées de la loi visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines de gaz de schiste³⁰. Ce raisonnement a d'ailleurs été confirmé par la décision précitée n° 2015-718 DC³¹ où, à propos de la disposition de la loi relative à la transition énergétique tendant à plafonner la production d'électricité d'origine nucléaire, le Conseil constitutionnel estime que ce plafonnement ne portait pas atteinte au droit de propriété dans la mesure où les

²⁹ Décision n. 2006-543 DC, préc.

³⁰ Cons. const., 11 oct. 2013, n° 2013-346 QPC, Société Schuepbach Energy LLC, AJDA 2013. 2005; D. 2013. 2344; *ibid.* 2586, point de vue F. LAFFAILLE; *ibid.* 2014. 104, obs. F. G. TRÉBULLE; *ibid.* 1844, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN: le Conseil constitutionnel juge les dispositions contestées de la loi n. 2011-835 du 13 juillet 2011 visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique conformes à la Constitution et, ce faisant, écarte les griefs tirés de la méconnaissance de l'égalité devant la loi, de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété et des principes consacrés par les articles 5 et 6 de la Charte de l'environnement ; Cons. const., 7 mai 2014, n° 2014-395 QPC, Fédération environnement durable et autres: affirmation de la soumission au principe de participation du public, issu de la Charte de l'environnement, de l'élaboration du schéma régional du climat de l'air et de l'énergie, AJDA 2014. 954; D. 2014. 1043; Constitutions 2014. 186, chron. P. Lutton.

³¹ Note 14

autorisations d'exploiter des installations de production déjà délivrées « ne sauraient être assimilées à des biens objets pour leurs titulaires d'un droit de propriété » (consid. 56). Il a néanmoins exprimé une réserve en estimant que « les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce que les titulaires d'autorisations de création d'installations nucléaires de base déjà délivrées au jour de l'entrée en vigueur de la loi déferée, privés de la possibilité de demander une autorisation d'exploiter une installation pour laquelle ils disposent d'une telle autorisation de création ou contraints de demander l'abrogation d'une autorisation d'exploiter afin de respecter le plafonnement institué par l'article L. 311-5-5, puissent prétendre à une indemnisation du préjudice subi » (consid. 59).

2.2. Une codification structurante

En deuxième lieu, le droit de l'énergie a fait l'objet d'une codification structurante. Annoncé dès avant la Seconde Guerre mondiale³², le code de l'énergie a finalement vu le jour, dans sa partie législative, en 2011³³, puis a été complété par l'adoption de sa partie réglementaire en 2015³⁴. Certes, l'attente d'un code, qui aurait à lui seul fait apparaître l'autonomie d'une discipline, ne pouvait qu'être déçue, la codification ayant, avant tout, pour but l'accessibilité et l'intelligibilité des règles de droit, objectif de valeur

³² P. SABLIERE, *Quel code pour le droit de l'énergie*, AJDA 2008. 1302.

³³ Ord. N. 2011-504 du 9 mai 2011.

³⁴ Décret n. 2015-1823 du 30 déc. 2015 relatif à la codification de la partie réglementaire du code de l'énergie.

constitutionnelle³⁵. Quant au plan d'un code, s'il fait l'objet d'une attention particulière, il ne peut révéler ce qu'il n'a pas vocation à produire. En effet, un standard de codification conduit à regrouper en début de code les principes généraux régissant la législation considérée, les règles relatives à l'organisation et aux institutions, ainsi que les dispositions communes aux régimes juridiques, codifiés dans les livres suivants.

À cet égard, le code de l'énergie ne déroge pas à cette organisation. Il conjugue un plan horizontal, présentant dans deux premiers livres, l'organisation générale du secteur de l'énergie puis les mesures en faveur de la maîtrise de l'énergie et le développement des énergies renouvelables, et un plan vertical, traitant en cinq livres des principales énergies (électricité, gaz, pétrole, hydraulique, réseaux de froid et de chaleur), les livres consacrés à l'électricité et au gaz étant hypertrophiés. Les faiblesses de cette structure n'ont pas manqué d'être soulignées³⁶. La cohérence du livre deuxième ne saute pas aux yeux d'autant plus qu'un livre est consacré à l'hydraulique, première énergie renouvelable. Les arbitrages effectués, politiques notamment³⁷, n'ont pas favorisé la définition d'un périmètre susceptible d'identifier clairement les contours de la législation de l'énergie. Aussi est-il difficile de se satisfaire, à l'heure où plus de 70 % de la production d'électricité est

³⁵ Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, *Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, AJDA 2000. 31, note J.-E. SCHOETTL ; D. 2000. 425, obs. D. Ribes ; Dr. soc. 2002. 379, étude E. MARIE ; RTD civ. 2000. 186, obs. N. MOLFESSIS ; Cons. const., 17 janv. 2008, n° 2007-561 DC, *Loi ratifiant l'ordonnance n. 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail*, AJDA 2008. 851, étude D. LABETOULLE ; D. 2008. 2025, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; Dr. soc. 2008. 424, note V. BERNAUD.

³⁶ P. SABLIERE, *Un code en manque d'énergie*, AJDA 2011. 1427 ; R. PEYLET, *Le code de l'énergie*, RFDA 2011. 905 ; C. BOITEAU, *Le code de l'énergie: entre urgence mal contrôlée et choix politique discutable*, AJDA 2011. 1169.

³⁷ R. PEYLET, *op. cit.*

d'origine nucléaire, que les trois importantes lois qui traitent du nucléaire³⁸ aient été exclues du code de l'énergie au profit du code de l'environnement, le code de l'énergie se résignant à accueillir le seul dispositif de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH), issu de la loi sur la nouvelle organisation des marchés de l'électricité (loi NOME) du 10 décembre 2010³⁹. D'autres exemples pourraient être cités, tel que celui, ultra-sensible, des dispositions applicables au personnel des industries électriques et gazières, qui y sont évoquées mais non réunies en totalité dans le code de l'énergie⁴⁰. En conséquence, il serait bien audacieux de soutenir qu'en contrepoint de cette structure « amputée », « déséquilibrée » ou « hypertrophiée », apparaîtrait le droit de l'énergie recherché.

Cependant, cette structure disgracieuse n'est pas sans effet. Certes, l'importance des livres consacrés à l'électricité et au gaz conjuguée à celle que prennent, dans le livre premier, les principes régissant les secteurs de l'énergie – qui concernent, essentiellement, les secteurs de l'électricité et du gaz – fait apparaître la cohérence d'un droit de l'électricité et du gaz. Cette cohérence, qui provient directement de la transposition du 3^e paquet énergie régissant la libéralisation des deux secteurs, conduit à distinguer un droit de l'électricité et du gaz se structurant sous l'influence du marché libéralisé. Ce constat faisait d'ailleurs écrire à la présidente Marie-Dominique Hagelsteen « qu'il aurait peut-être été plus pertinent de se consacrer à un code de l'électricité et du gaz! »⁴¹. Toutefois, plus optimiste, Mme le Conseiller d'État Paquita Morellet-Steiner estime que « le nouveau code

³⁸ Loi n 68-943 du 30 oct. 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire ; loi n o 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire ; loi n o 2006-739 du 28 juin 2006 relative à la gestion des matières et déchets radioactifs.

³⁹ Loi n 2010-1488 du 7 déc. 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

⁴⁰ R. PEYLET, op. cit.

⁴¹ M.-D. HAGELSTEEN, *Un code pour le droit de l'énergie*, RJEP, janv. 2012.

confirme l'existence d'un droit de l'énergie au corpus homogène et original»⁴² grâce à l'unification de lois sectorielles successives, la clarification et l'ordonnement d'un corpus de dispositions qui se caractérisaient par « une stratification sans cohérence » et « une sédimentation des textes ». On peut en définitive considérer que ce code, par sa structure, certes aujourd'hui déséquilibrée, et les objectifs qu'il contient, préserve le développement à venir du droit de l'énergie et en constitue en quelque sorte la charpente.

2.3. Une régulation indépendante

En troisième lieu, on peut affirmer que la discipline s'est structurée sous l'effet d'une régulation indépendante. Il peut paraître étonnant de rechercher dans la mise en œuvre de la régulation des marchés de l'énergie des indices de l'autonomie d'un droit de l'énergie. En 2008, le professeur Denys de Béchillon écartait d'ailleurs cette piste, considérant, d'une part, que les autorités administratives indépendantes ne sont rien d'autre que « des organes administratifs de l'État, assujettis à la légalité ordinaire, et soumis à une forme assez banale de contrôle juridictionnel » et, d'autre part, que la « définition économique de la régulation (...) ne permet (pas) de penser qu'elle suffise à établir une spécificité d'essence, surtout sur le plan juridique »⁴³.

Certes, la Commission de régulation de l'énergie (CRE), simple autorité administrative indépendante, a pour mission de réguler, d'une part, les réseaux d'électricité et de gaz et, d'autre part, les marchés de l'électricité et du gaz. Si ce champ de compétence est vaste, il n'englobe pas pour autant l'ensemble des énergies. En outre, la loi du 20

⁴² P. MORELLET-STEINER, *De la loi du 15 juin 1906 au code de l'énergie: l'avènement du droit de l'énergie*, RJEP, janv. 2012.

⁴³ «Y a-t-il une autonomie du droit de l'énergie? », Contribution non publiée au colloque fondateur de l'AFDEN (2008), citée avec l'accord de l'auteur.

janvier 2017 portant statut des autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes⁴⁴ vient au renfort de la position du professeur Denys de Béchillon. En effet, en procédant à une uniformisation des statuts des autorités visées et surtout, en les soumettant à un contrôle parlementaire systématisé, la loi tend à rétablir à leur endroit le contrôle démocratique que le Parlement exerce, au travers du contrôle sur le gouvernement, sur les administrations publiques soumises au principe de subordination hiérarchique. La loi nouvelle banalise ainsi les autorités administratives indépendantes.

Toutefois, la spécificité de la fonction de régulation exercée par ces autorités, mise en lumière par la jurisprudence récente, mérite une attention renouvelée.

En effet, s'il convient, à la suite de Georges Vedel, d'être prudent et de reconnaître que « ce n'est pas parce qu'une législation ou une réglementation donne à la jurisprudence l'occasion d'avancer ou de se préciser qu'elles constituent une discipline nouvelle (...), il est tout de même topique », observait-il, « que la matière économique qui, si longtemps, intimida ou ennuya le juge administratif, lui ait fourni la démonstration pratique de la nécessité d'étendre son contrôle »⁴⁵.

Or une démarche comparable du juge peut être observée à propos de la réglementation dans le secteur de l'énergie. À cet égard, M. Schlesinger a lumineusement démontré, au travers d'une étude sur la jurisprudence relative aux tarifs réglementés de gaz et d'électricité⁴⁶, comment le juge administratif s'est saisi de la matière pour dépasser son

⁴⁴ Loi n 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

⁴⁵ Art. préc. p. 778

⁴⁶ M. SCHLESINGER, *Contentieux de l'énergie. La fixation des tarifs réglementés et le juge des marchés régulés*, RJEP déc. 2012, ét. 8.

rôle de « strict garant de la légalité»⁴⁷ et inventer « un office original de juge du marché régulé, qui contribue à l'évolution du cadre juridique, au fonctionnement du marché et à l'organisation de la régulation»⁴⁸. «Le juge administratif participe donc à la fois à l'élaboration des règles qui régissent le marché de l'énergie et au contrôle de son bon fonctionnement, notamment sur le plan concurrentiel»⁴⁹ et contribue indéniablement à l'émergence d'un droit des marchés de l'énergie régulés.

D'ailleurs, par elle-même, la fonction téléologique de la régulation économique favorise peu à peu l'émergence d'un corpus de principes, d'objectifs et de règles. En effet, en accompagnant l'organisation et le fonctionnement des marchés dans l'objectif d'instaurer et de maintenir un équilibre optimal, fondé sur un objectif concurrentiel ainsi que sur d'autres objectifs d'intérêt général, qui pourraient être réunis sous la bannière de l'ordre public économique⁵⁰, la fonction de régulation conduit les autorités qui en sont chargées à développer une réglementation sectorielle et une « jurisprudence » finaliste.

À cet égard, la palette de pouvoirs dont dispose la Commission de régulation de l'énergie, qui va de pouvoirs de décision, d'approbation ou d'autorisation à un pouvoir de sanction, en passant par celui de règlement des différends, lui permet de modeler le droit des marchés régulés du gaz et de l'électricité. Le pouvoir de règlement des différends est d'ailleurs assez topique. Ainsi, à propos de ce pouvoir dont dispose également l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), la cour d'appel de Paris a jugé

⁴⁷ Ibid

⁴⁸ Ibid

⁴⁹ Ibid

⁵⁰ Th. Pez, « L'ordre public économique », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2015, n. 49, p.43.

que l'autorité de régulation dispose d'un pouvoir normatif autonome dans le cadre de la procédure de règlement d'un différend⁵¹.

Enfin, la systématisation des conditions d'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre l'ensemble des actes de droit souple édictés par « les autorités de régulation » parachève l'évolution de l'office du juge de la régulation, qui prend ainsi l'exacte mesure de cette forme de normativité dans le domaine économique⁵² et, ce faisant, confirme que la régulation économique nécessite l'extension de son contrôle comme ce fut le cas pour la réglementation économique. Dès lors, la délibération de la CRE portant approbation de la conclusion de contrats entre fournisseurs d'électricité et gestionnaires de réseaux de distribution, se présentant comme une « communication », est désormais susceptible de recours⁵³.

Au total, ressortent tant de l'exercice des pouvoirs de l'autorité de régulation que du contrôle exercé par les juges judiciaire ou administratif, les ferments d'un corpus cohérent de règles encadrant les marchés libéralisés de l'électricité et du gaz.

2.4. Un débat doctrinal

Enfin, le débat doctrinal mérite une place privilégiée parmi les facteurs d'émergence d'un droit de l'énergie. Dans un secteur aussi technique et disparate (quel est

⁵¹ CA Paris, 17 déc. 2015, 2014/17660, 2014/17680, 2014/17688 et 2014/17695 ; Paris, 9 mars 2017, 2015/16315.

⁵² CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, Société NC Numéricable et Société Fairvesta International, Lebon p. 88, concl. V. DAUMAS; AJDA 2016. 572; ibid. 717, chron. L. DUTHEILLET de LAMOTHE et G. ODINET; D. 2016. 715, obs. M.-C. de MONTECLER; AJCA 2016. 302, obs. S. PELÉ; Rev. sociétés 2016. 608, note O. DEXANT - de BAILLIENCOURT; RFDA 2016. 497, concl. S. VON COESTER; RTD civ. 2016. 571, obs. P. DEUMIER; RTD com. 2016. 298, obs. N. RONTCHEVSKY; ibid. 711, obs. F. LOMBARD.

⁵³ CE, sect., 13 juill. 2016, n° 388150, Société GDF Suez, Lebon p. 384; AJDA 2016. 1481; ibid. 2119, note F. Melleray.

le lien/ le fil rouge qui relie les tarifs réglementés du gaz, le modèle concessif de la distribution ou le droit minier?), il revient à la doctrine, universitaire notamment, d'occuper « la place centrale » que lui reconnaît le professeur Jacques Chevallier « dans la constitution et le fonctionnement des différentes disciplines juridiques»⁵⁴. N'est-elle pas la mieux à même de nourrir cette « dynamique d'évolution (...) indissociable de l'évolution du contexte politique et social»⁵⁵ qui sous-tend les disciplines juridiques ? Ne lui appartient-il pas, dans sa « fonction de légitimation»⁵⁶, de faire apparaître la cohérence du droit de l'énergie et donc son existence ?

À cet égard, il ne fait guère de doute que la prise de conscience collective (au plan national comme international) de l'utilité vitale de la transition énergétique, qui consiste à réduire la consommation d'énergie et à rééquilibrer le mix-énergétique, a nécessairement des conséquences sur les règles de droit qui président à cette transition. L'existence du droit de l'énergie résiderait alors, non pas dans ses règles propres, mais dans sa finalité sociale, consistant, non pas à sauver le monde comme un super héros, mais au moins à régler spécifiquement des phénomènes pouvant affecter l'avenir de l'espèce humaine.

En outre, ce débat doctrinal s'inscrit aujourd'hui dans l'évolution de la recherche en droit qui, dans certains domaines, associe les disciplines de sciences et techniques aux disciplines de sciences humaines et sociales, la société civile et le monde des entreprises.

⁵⁴ J. CHEVALLIER, *Ce qui fait discipline en droit*, in *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit* (dir. F. Audren et S. Barbou des Places, Lextenso éditions, Coll. Contextes. Culture du droit, 2017 (à paraître)).

⁵⁵ Ibid

⁵⁶ PH. JESTAZ et CH. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2003, p. 245

Née sous l’impulsion des financeurs publics de la recherche (nationaux comme européens), cette évolution est omniprésente dans le domaine de l’énergie et se justifie par la nécessité, pour le lauréat de ces appels à projets, d’innover dans tous les domaines – notamment dans celui des solutions juridiques – afin d’éclairer les pouvoirs publics sur les directions à prendre⁵⁷.

* * * *

Arrivés (?) au terme de cette démarche interrogative sur l’existence d’un droit de l’énergie – qui n’avait rien d’hédoniste malgré son emprunt à la science du vin –, quelles conclusions provisoires peut-on alors en tirer? Tout d’abord, et assurément, qu’il n’existe pas un droit de l’énergie autonome, déconnecté de la hiérarchie générale des normes, doté d’instruments juridiques spécifiques et dont les différends se résoudraient tous devant un juge spécifique.

Mais, ensuite, et tout aussi assurément, qu’il existe bien un corpus de règles de plus en plus complet relatif au droit de l’énergie, désormais codifiées, animées par des objectifs communs d’origine communautaire et nationale, mises en œuvre par un régulateur indépendant, proactif et innovant et questionnées par une doctrine qui n’a plus rien de confidentielle. De cet ensemble se dégage donc une finalité sociale et économique traduite dans la transition énergétique, qui pourrait alors fonder l’existence du droit de l’énergie.

Devant ce constat, d’aucuns pourraient objecter à notre interrogation initiale « Tout ça pour ça? ». Peut-être. Mais en commençant notre démarche d’alpiniste, on ne savait pas vraiment ce qu’il y avait au sommet de la montagne. D’où maintenant notre souhait que d’autres chercheurs curieux explorent toutes les faces du droit de l’énergie, et par des voies autrement plus difficiles.

⁵⁷ Grand merci à AURÉLIE LAUNAY, ingénieur d’étude, responsable projet et pilotage au centre de recherche « Pau Droit Public », pour ces différents éléments de langage relatifs à l’enjeu sociétal du droit de l’énergie.