

Dr Etienne DURAND

These two chapters are part of a research book on current challenges of EU Energy Law (*L'énergie dans l'Union européenne*, dir. Pr. Claude Blumann, éd. Commentaire Mégret, Editions de l'Université de Bruxelles). They were sent to the editor in December 2023 and the monograph will be published in February 2024.

Titre II

Marché intérieur de l'énergie

Introduction

165. En dépit des considérations sociales, politiques, environnementales dont elle est indiscutablement porteuse dans le for des États et des individus qui les composent, l'énergie est appréhendée, à l'échelle de l'Union européenne, par le prisme de l'idéologie libérale qui sous-tend le processus d'intégration propre à celle-ci. Elle répond, en tant que telle, du « principe de l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre » (article 119 TFUE). Dès lors, les règles économiques de l'Union opposent une réticence spontanée à toutes les interventions étatiques de nature à compromettre la capacité du marché intérieur à déployer ses mécanismes d'intégration au secteur de l'énergie. Ces mécanismes sont connus, et trouvent leur expression la plus élémentaire à l'article 26, par. 2, TFUE, selon lequel « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ».

Cette orientation libérale, qui découle des traités, est par ailleurs fortement amplifiée par l'ambitieuse politique européenne de libéralisation du secteur de l'énergie, fondée sur l'ouverture à la concurrence des activités de production et de fourniture d'électricité et du gaz. Initiée dans les années 1990 sous l'impulsion de la Commission, cette construction repose sur l'idée selon laquelle la rationalité du secteur européen de l'énergie serait plus efficacement servie par le marché, qu'elle ne l'était jusqu'alors au travers d'organisations nationales monopolistiques, largement dominées par l'interventionnisme public.

166. Depuis le traité de Lisbonne, la prévalence du marché dans l'appréhension de l'énergie est confortée par l'article 194 TFUE, consacrant l'existence d'une politique européenne de l'énergie. D'emblée, les quatre objectifs cardinaux que se donne à réaliser ladite politique sont placés sous la double tutelle de l'environnement et du marché intérieur. Bien que le marché ne soit pas ici le seul dénominateur sous le pilotage duquel est supposée s'ériger l'action de l'Union en la matière, on relèvera qu'il y occupe une place de choix, puisque la réalisation du marché intérieur est, aussi et dans le même temps, l'un des objectifs de la politique européenne de l'énergie. Ainsi peut-on lire à l'article 194 TFUE, non sans y déceler une certaine redondance, que cette politique vise « dans le cadre de la réalisation du marché intérieur (...) à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur » de l'énergie. Cela va sans dire : l'économie générale du traité, autant que l'idéologie qui inspire les instruments sectoriels de libéralisation du secteur, poussent en faveur d'un modèle de libre-échange de l'énergie et de libre prestation des activités économiques qui lui sont associées. Parallèlement, les règles du marché intérieur enserment très étroitement la marge d'action des États membres sur ces sujets, chacune de leurs interventions pouvant être suspectée d'entraver le libre-

échange d'énergie, de restreindre les libertés économiques des opérateurs qui les exploitent, sinon plus largement de mettre en péril le processus européen d'intégration dans son ensemble.

167. Il n'en reste pas moins qu'un tel *a priori* ne résiste que fébrilement à la pression du contexte historique, social et politique dans lequel s'inscrit la question énergétique, et ce pour au moins trois catégories de raisons.

Les premières sont d'ordre historique. La nature stratégique de l'énergie et les liens étroits qu'elle entretient avec la souveraineté de l'État expliquent que ce secteur soit *a priori* rétif aux incursions extranationales, à plus forte raison lorsqu'elles se parent des vertus de l'économie de marché. En effet, le libéralisme économique prôné par les traités fondateurs des Communautés européennes s'inscrivait, à tous de points de vue, en opposition frontale face aux caractéristiques prêtées au secteur de l'énergie dans les États membres. De fait, le cadre national s'est historiquement imposé comme le plus propice à l'éclosion des politiques de l'énergie¹. En contrôlant une large part des activités y ayant trait, les États assurent les missions essentielles d'administration publique, tenant tant à la protection de l'ordre public national – à laquelle contribue la sécurité des approvisionnements – qu'à la prestation de services publics – passant par l'accès des usagers aux services énergétiques.

Les deuxièmes sont d'ordre conjoncturel. Elles tiennent à ce que le secteur de l'énergie est continuellement parcouru par des crises polymorphes, dont chaque manifestation invite à mettre en doute la pertinence du modèle de marché qui lui sert de support² : que l'on songe aux dérèglements climatiques, dont on n'ignore pas la filiation étroite qu'ils entretiennent avec le secteur de l'énergie ; à l'enlisement du conflit russo-ukrainien, qui fragilise les conditions d'approvisionnement énergétique des États européens ; ou bien encore à l'accroissement préoccupant de la précarité énergétique, que ce même conflit contribue d'ailleurs à exacerber au regard des effets délétères qu'il engendre sur les prix de l'énergie. Face à l'incapacité du marché à satisfaire spontanément de telles externalités, l'on peut légitimement s'attendre à ce que les États membres mettent en œuvre les moyens d'y répondre, en usant le cas échéant d'instruments *a priori* contraires aux règles économiques de l'Union³.

Les dernières, enfin, sont d'ordre institutionnel et sont liées à l'articulation des priorités politiques de l'Union dans le domaine de l'énergie et du climat. Car, parallèlement au processus de libéralisation lancé dans le cadre de la réalisation du marché de l'énergie, l'orientation politique des institutions européennes, dont le *Green Deal* constitue l'un des points cardinaux⁴, destine ce secteur à subir une transition profonde, marquée par une réduction des consommations énergétiques, un abaissement des émissions de gaz à effet de serre et un recours accru aux énergies issues de sources renouvelables. Or, la crédibilité d'une telle orientation dépendra en grande partie d'interventions étatiques – cherchant tantôt à limiter les activités fortement émettrices de gaz à effet de serre, tantôt à encourager le

¹ B. LE BAUT-FERRARESE, « Quelle place pour la politique nationale de l'énergie ? », in B. LE BAUT-FERRARESE (dir.), *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant 2015, pp. 197-221.

² « *This market doesn't work anymore* », fustigeait la présidente de la Commission devant le Parlement européen lors de la session plénière du 8 juin 2022. En pointant les hausses de prix de l'énergie consécutives à la crise ukrainienne, Mme Van der Leyen exhortait à une réforme structurelle d'ampleur du marché européen de l'électricité, qui se fait cependant toujours attendre ...

³ Topique, à cet égard, est la communication de la Commission du 13 octobre 2021, *Lutte contre la hausse des prix de l'énergie : une panoplie d'instruments d'action et de soutien*, COM (2021) 660 final, dans laquelle la gardienne des traités recense, pour ainsi dire, l'ensemble des dispositifs dérogatoires aux règles du marché contenus dans le droit de l'Union et que les États membres peuvent employer pour lutter contre la hausse des prix de l'énergie.

⁴ Voy. *supra*, n°

développement de celles qui ne le sont pas – susceptibles de relever des interdictions posées par les règles européennes du marché⁵.

Force est ainsi d'admettre que, si le marché est dans tout, il ne peut pas tout. Et c'est sans doute un moindre mal que d'accepter une inflexion de ses mécanismes lorsqu'ils empêchent d'assurer la représentation et la préservation des intérêts stratégiques associés au secteur de l'énergie, tels que la protection de l'environnement, de la sécurité d'approvisionnement, et celles des consommateurs nationaux.

Ces considérations liminaires renseignent sur l'ambivalence des relations qu'entretiennent l'énergie et le droit européen du marché. Car, en contrepoint de sa dimension économique qui justifie son adossement aux règles du marché, le secteur de l'énergie est animé par des considérations non économiques diverses qui exigent d'y déroger. Plus que d'organiser le libre-échange sur l'espace européen, le droit du marché intérieur s'impose alors comme le cadre juridique privilégié pour arbitrer les priorités économiques et non économiques qui animent le secteur de l'énergie, au travers de ses mécanismes d'intégration négative (Chapitre I) et positive (Chapitre II).

⁵ Voy. *infra*, n°.

Chapitre I

L'énergie soumise aux règles d'intégration négative du marché intérieur

168. La réalisation du marché intérieur exige *a minima* que soit assuré le respect des libertés fondamentales de circulation posées par le droit primaire européen. Il s'agit là d'un processus d'intégration négative qui repose en grande partie sur le démantèlement des obstacles nationaux aux échanges, prérequis indispensable pour affranchir l'Europe des frontières qui la divisent. Or, dès l'instant qu'elle relève du champ des règles du marché intérieur, l'énergie profite de l'ensemble des libertés de circulation garanties par ce dernier. Celles-ci protègent, plus précisément, la libre de circulation des produits énergétiques (I) autant que des acteurs qui les exploitent (II).

I Libre circulation des produits énergétiques

169. La libre circulation des marchandises occupe une place singulière dans le cadre du marché intérieur, non seulement parce qu'elle en est la condition première de réalisation, mais aussi parce qu'elle a servi de point d'appui pour la construction de la jurisprudence de la Cour au sujet des autres régimes de libertés⁶. Il n'est donc pas surprenant d'envisager qu'une telle liberté puisse *a priori* permettre un arrimage privilégié de l'énergie au droit du marché intérieur européen. En la matière, l'application du régime de libre circulation est déterminée par la notion de « marchandise ». Or l'interprétation extensive dont cette notion fait l'objet est susceptible de coiffer une vaste diversité de produits énergétiques, lesquels bénéficient partant du régime de libre circulation protégé par le droit primaire européen (1). En retour, celui-ci exerce une contrainte sur les politiques des États membres, dès lors qu'elles sont de nature à compromettre le libre-échange d'énergie (2).

1 Les produits énergétiques bénéficiaires des libertés de circulation

170. Appréhender l'énergie à l'aune de la notion de « marchandises » pourrait constituer une tâche futile qu'une approche intuitive permettrait de résoudre sans grande difficulté. Plus encore, la jurisprudence de la Cour de justice montre que la notion de marchandise fait l'objet d'une interprétation large : relèvent de cette catégorie tous « les produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales »⁷, tous les « biens susceptibles de faire l'objet d'une importation ou d'une exportation »⁸, ou bien encore tous les « objets qui sont transportés par-delà une frontière pour donner lieu à des transactions commerciales »⁹. Cette conception extensive de la notion de « marchandise » est *a priori* capable de concerner les produits énergétiques.

Cette opération, pourtant, est moins aisée qu'il n'y paraît aux premiers abords. En effet, même réduite à son acception physique¹⁰, l'énergie est protéiforme et la notion est susceptible de désigner des réalités elles-mêmes diverses. *A minima*, les sciences physiques invitent à distinguer l'énergie primaire, secondaire et finale. L'énergie primaire comprend l'ensemble des matières premières ou phénomènes naturels susceptibles d'être converties par l'homme en

⁶ En ce sens : P. OLIVER, « La spécificité de la libre circulation des marchandises », in E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 277-288 ; F. MARTUCCI, *Droit du marché intérieur de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2021, p. 49.

⁷ CJ, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, 7/68.

⁸ CJ, 21 septembre 1999, *Läära*, C-124/97, point 24.

⁹ CJ, 28 mars 1995, *The Queen c. Secretary of State for Home Department*, C-324/93, point 20.

¹⁰ L'origine étymologique du terme l'associe à l'idée de « force en action » (du grec *ἐνέργεια/enérgeia*), l'énergie est tout autant susceptible de désigner une vertu morale, un phénomène physique, une grandeur mathématique, etc.

vue de leur exploitation. L'on parle également à leur égard de « sources d'énergie », lesquelles interviennent « à l'entrée du système énergétique »¹¹, et recourent les sources fossiles et les sources renouvelables¹². L'énergie secondaire désigne, quant à elle, celle qui est issue de l'exploitation d'une source primaire, et obtenue après une¹³ ou plusieurs conversions¹⁴ de celle-ci (électricité, carburants raffinés, hydrogène, etc.). L'énergie finale, enfin, est celle qui est mise à disposition de l'utilisateur final et que celui-ci consommera pour la satisfaction de ses besoins individuels (éclairage, froid, chauffage, etc.).

En toute hypothèse, s'il faut s'attendre à ce que les contours de l'énergie *lato sensu* n'épousent qu'imparfaitement ceux de la notion de marchandise, cette qualité est, à tout le moins, susceptible de concerner à la fois les sources d'énergie (§1) et les productions dont elles sont issues (§2).

§1 L'appréhension des sources d'énergie par le régime de libre circulation des marchandises

171. La science physique classe traditionnellement les sources d'énergie en deux catégories, que sont les sources d'énergie fossiles et les sources d'énergie renouvelables. On entend par énergies « fossiles », celles qui sont issues de la transformation de matières organiques constituées dans la roche terrestre, depuis plusieurs millions d'années, par enfouissement ou infiltration¹⁵, à l'instar du pétrole, du gaz naturel et du charbon. Contrairement aux énergies fossiles qui sont présentes en quantité limitée sur terre, les sources d'énergies « renouvelables » sont *a priori* intarissables : soit parce qu'elles reposent sur des flux naturels pérennes, à l'instar du soleil et de l'ensemble des énergies y étant naturellement liées¹⁶, de la chaleur de la terre et de la gravitation, desquelles procèdent la géothermie et l'énergie marémotrice ; soit parce que leur exploitation par l'homme s'opère à un rythme au moins équivalent à celui de leur remplacement (ce qui est le cas de la biomasse notamment). Reprenant à son compte cette catégorie issue de la science physique, le législateur européen dresse une liste des « sources d'énergie renouvelables » au sens du droit de l'Union européenne, dont la version actuellement la plus aboutie est donnée par l'article 2 de la directive 2018/2001¹⁷. Selon cette disposition, est une énergie renouvelable « une énergie produite à partir de sources non fossiles renouvelables, à savoir l'énergie éolienne, l'énergie solaire (solaire thermique et solaire photovoltaïque) et géothermique¹⁸, l'énergie ambiante¹⁹,

¹¹ J. PERCEBOIS, « Énergie et théorie économique : un survol », *Revue d'économie politique*, 2001, pp. 815-860, spéc. p. 815.

¹² Voy. *infra*, n°.

¹³ Ainsi en est-il, par exemple, de l'électricité produite à partir d'une centrale électrique.

¹⁴ Ainsi en est-il, par exemple, de l'électricité issue de l'énergie hydraulique, laquelle traduit le passage de l'énergie cinétique de l'eau lors de sa chute, en une énergie mécanique, lors de l'action d'une turbine, puis en énergie électrique.

¹⁵ B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, Paris, Le Moniteur, 2^{ème} éd., 2012, p. 22. Voy. également sur cette question : Ch. KROLIK, *Contribution à l'élaboration d'une théorie du droit de l'énergie*, thèse, Université de Limoges, 2011, spéc. pp. 21-22 ; M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie*, Paris, LGDJ, 2020, p. 17.

¹⁶ Le soleil est à l'origine du vent, de la chaleur de l'air ambiant, du cycle de l'eau et des phénomènes hydriques provoqués par les forces d'attraction entre la lune et le soleil (B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, *op. cit.*, p. 40).

¹⁷ Directive 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *JO*, n° L 328, 21 décembre 2018.

¹⁸ Soit « l'énergie emmagasinée sous forme de chaleur sous la surface de la terre solide » (article 2, al. 2, sous 3)).

¹⁹ Soit « l'énergie thermique naturellement présente et l'énergie accumulée dans un environnement fermé, qui peut être emmagasinée dans l'air ambiant, hors air extrait, dans les eaux de surface ou dans les eaux usées » (article 2, al. 2, sous 2)).

l'énergie marémotrice, houlomotrice et d'autres énergies marines, l'énergie hydroélectrique, la biomasse, les gaz de décharge, les gaz des stations d'épuration d'eaux usées et le biogaz »²⁰. Cette *summa diviso* n'est cependant pas complète car l'uranium, utilisé pour la production d'énergie nucléaire *via* un processus de fission, ne relève ni de la catégorie des sources renouvelables, ni de celles des sources fossiles « faute de résulter de la lente décomposition de matières organiques »²¹.

À l'évidence, la diversité des matières ou phénomènes relevant de la catégorie physique des énergies primaires laisse à penser que le périmètre de la catégorie juridique de marchandises ne puisse la concerner que ponctuellement. Certaines sources sont ainsi *a priori* exclues de la qualité de marchandises (a), d'autres, en revanche, présentent les attributs requis pour relever d'une telle catégorie et auront, dès lors, vocation à bénéficier de la liberté de circulation y associée (b).

a) Des sources exclues de la notion de marchandise

172. C'est spécifiquement dans le domaine des sources d'énergie renouvelables que l'étendue de la qualification de marchandise est le plus étroitement circonscrite. La raison en est simple : si l'on s'en tient à la liste des « sources d'énergie renouvelables » identifiées par le législateur de l'Union, il apparaît que la nature physique de certaines d'entre elles rend impossible leur appropriation et, partant, leur échange sur le marché, ce qui suffit à les extraire du champ de la notion de marchandise. L'air, la mer, l'eau courante et la lumière : l'ubiquité de ces sources naturelles et leur usage non rival expliquent que leur exploitation doit s'opérer *in situ* et « les individus voudraient-ils acheter ou vendre ces sources d'énergie, bref, les échanger, qu'ils ne trouveraient pas de marché pour le faire »²².

Cela étant, bien qu'elles soient rétives à la qualification de marchandise au sens qu'en retient la Cour de justice, l'exploitation de ces sources d'énergie issues du milieu naturel n'échappe pas complètement au droit européen du marché intérieur. En effet, lorsqu'ils sont employés comme sources d'énergie, ces flux naturels constituent le siège d'une activité économique (de production d'électricité la plupart du temps). Aussi, leur accès doit-il être garanti dans le respect des libertés économiques de circulation prévues par le droit de l'Union, au bénéfice des entreprises qui convertissent ces sources primaires en énergie secondaire. Ainsi des régimes nationaux d'autorisation d'exploiter l'énergie solaire, éolienne ou hydroélectrique pourraient, le cas échéant, relever de l'interdiction des entraves à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services²³. C'est là le signe d'une approche extensive des règles du marché à l'égard de l'énergie : l'inaptitude physique d'une source d'énergie à faire l'objet d'un échange suppose de garantir la libre mobilité des opérateurs intéressés à son exploitation.

²⁰ Il avait été, lors de la révision de la directive, envisagé de modifier la liste des énergies renouvelables pour y introduire l'hydrogène renouvelable, dans le prolongement de la communication de la Commission, intitulée *Une stratégie de l'hydrogène pour une Europe climatiquement neutre*, visant à faire de l'hydrogène renouvelable une « priorité essentielle pour la réalisation du pacte vert » (COM (2020) 301 final). Dans l'accord final conclu entre le Parlement européen et le Conseil en septembre 2023 sur la modification de la directive, cet amendement n'a pas été retenu. En revanche, la nouvelle directive introduit la notion de « carburants renouvelables d'origine non biologique » entrant dans la production d'hydrogène, qui permet de le qualifier d'« hydrogène renouvelable ».

²¹ M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie*, *op. cit.*, p. 17.

²² B. LE BAUT-FERRARESE, « Marché des énergies renouvelables et droit du libre-échange », in S. DOUMBE-BILLE, (dir.), *Défis énergétiques et droit international*, Bruxelles, Larcier 2011, pp. 177-197, spéc. p. 179.

²³ Voy. à ce sujet, *infra*, n° et s.

b) Des sources incluses dans la notion de marchandise

173. Dès l'instant où elles peuvent faire l'objet d'un échange sur le marché, les sources d'énergie tombent dans le champ de la notion de marchandise et tirent profit, en tant que telles, des règles de libre-échange posées par le traité. Ainsi en va-t-il à propos de certaines sources d'énergie renouvelables identifiées par le législateur de l'Union : le bois et les produits issus du milieu végétal qui constituent la biomasse verte ; les bûches, granulés ou panneaux de bois, susceptibles d'être convertis en électricité par combustion, pyrolyse ou gazéification ; autant que l'ensemble des produits agricoles²⁴ utilisés aux fins de production énergétique. Au sujet des sources d'énergie fossiles, la qualification de marchandise s'impose avec moins de difficultés.

D'une part, en effet, une telle qualité procède de la déclinaison des critères jurisprudentiels utilisés par la Cour pour identifier des marchandises : la jurisprudence de la Cour renseigne ainsi que le pétrole²⁵ et le gaz naturel²⁶, appartiennent à la catégorie des marchandises au sens du traité, de sorte que les politiques nationales qui en limitent les conditions d'échange doivent s'apprécier au regard des régimes d'interdiction des entraves à la libre circulation des marchandises²⁷. De même, la Cour a retenu que les déchets – qui peuvent constituer des sources d'énergie renouvelables – sont susceptibles de faire l'objet de transactions transfrontalières et, partant, « doivent être considérés comme des produits dont la circulation (...) ne devrait en principe pas être affectée »²⁸.

D'autre part, la libre circulation de certaines sources primaires d'énergie a constitué le support de mécanismes ciblés d'intégration sectorielle. C'est, précisément, le cas du charbon, que le traité CECA avait destiné au libre échange sur l'espace communautaire. À un stade encore précoce de l'intégration communautaire, l'interdiction des entraves aux échanges de charbon préfigurait ainsi le régime général de libre circulation des marchandises qui sera instauré par le traité de Rome en 1957. Plus précisément, le chapitre 2 du traité CECA, portant sur l'« établissement du marché commun » du charbon, énonçait des dispositions permettant la « suppression des droits de douanes et des restrictions quantitatives ». L'expiration du traité CECA, intervenue en 2002, a mécaniquement provoqué un basculement du charbon dans le champ des règles du TFUE intéressant la circulation des marchandises. Il en va de même du combustible nucléaire, dont le régime de libre circulation est régi par les règles sectorielles du traité Euratom. Si ce traité a vocation à s'adresser à la production d'énergie nucléaire, il ne se désintéresse pas des sources primaires desquelles elle est issue. Ainsi, dans le cadre des dispositions du Chapitre 9 de son Titre II consacrées à la libre circulation des « biens et produits relevant des dispositions du (...) marché commun nucléaire » (annexe IV), le traité Euratom énonce une série d'interdictions faites aux États membres de restreindre le libre échange des matières fissiles spéciales, matières brutes et minerais dont sont extraites les matières brutes permettant de produire de l'énergie nucléaire.

§2 L'appréhension de l'énergie secondaire par le régime de libre circulation des marchandises

174. La conversion des énergies primaires en énergies « commerciales » facilite leur appréhension par les catégories juridiques du droit de l'Union : la Cour de justice a jugé que

²⁴ Rappr. CJ, 9 décembre 1997, *Commission c. France*, C-265/97 (affaire dite de la « guerre des fraises »).

²⁵ CJ, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, point 17.

²⁶ CJ, 23 octobre 1997, *Commission c. France*, C-159/94, points 35 à 39.

²⁷ Voy. *infra*.

²⁸ CJ, 9 juillet 1992, *Belgique c. Commission (Déchets wallons)*, C-2/90, point 28.

le gaz, l'électricité ainsi que le pétrole constituent des marchandises au sens du traité et doivent, partant, pouvoir librement être échangées dans l'enceinte du marché intérieur²⁹. Au surplus, il faut signaler que le caractère stratégique de ces produits qui, de l'aveu de la Commission, ne fait pas de l'énergie une « marchandise comme les autres »³⁰, n'indexe pas leur qualification juridique³¹. Ainsi la Cour refuse-t-elle d'écarter l'applicabilité du régime de libre circulation à l'égard de l'énergie secondaire, « au seul motif qu'elle a une importance particulière pour la vie ou pour l'économie d'un État membre », y compris d'ailleurs lorsque cet État se trouve en situation de grande dépendance énergétique³².

De fait, l'énergie subit le caractère attractif de la notion de marchandise, dont la définition ne varie pas au gré des aspects d'intérêt général liés au commerce de tel ou tel produit car, comme le souligne la Cour, « le traité étend l'application du principe de libre circulation à toutes les marchandises, sans autre exception que celle expressément prévue par le traité »³³. Cette approche « globalisante » de la Cour de justice l'a conduit, en particulier, à neutraliser certaines caractéristiques physiques de l'énergie qui pourraient mettre en doute sa qualité de marchandise. Une telle prise de position ressort de sa jurisprudence relative aux réglementations nationales limitant le commerce d'électricité. En particulier, à l'occasion d'un litige portant sur l'attribution d'un monopole d'importation et d'exportation d'électricité en Italie³⁴, les autorités nationales ont tenté d'établir qu'au regard de ses propriétés physiques, « l'électricité présente des ressemblances bien plus marquées avec la catégorie des “services” qu'avec celle des “marchandises” »³⁵, de sorte que les règles du traité relatives à la libre circulation des marchandises ne sauraient trouver application. Cette analyse n'a pas été suivie par la Cour qui, depuis l'arrêt *Commune d'Almelo*, retient qu'« il n'est pas contesté en droit communautaire, ni d'ailleurs dans les droits nationaux, que l'électricité constitue une marchandise »³⁶.

²⁹ Au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, la qualification de marchandise est soit déduite de l'application à une source énergétique donnée des règles du traité relatives à la libre circulation des marchandises (ainsi en va-t-il pour le gaz : CJ, 23 octobre 1997, *Commission c. France*, C-159/94), soit explicitement retenue à propos de l'électricité (CJ, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, point 28) et du pétrole (CJ, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, précité, point 17).

³⁰ Communication de la Commission du 17 juillet 2002, *La coopération énergétique avec les pays en développement*, COM (2002) 408 final.

³¹ Voy. par exemple : CJ, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, précité, point 17 : « en ce qui concerne l'argument tiré par le gouvernement irlandais de l'importance du pétrole pour la vie du pays, il suffit d'observer que le traité étend l'application du principe de la libre circulation à toutes les marchandises, sans autre exception que celle expressément prévue par le traité ».

³² CJ, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, précité, point 17 (voy., sur cette affaire, *infra*, n°). Rapp., à propos du transit dans le territoire de l'Union de marchandises en provenance et à destination d'États tiers : CJ, 4 octobre 1991, *Richardt*, C-367/89, point 16 : « le régime du transit communautaire s'applique, en principe, à tous les mouvements de marchandises à l'intérieur de la Communauté. Ce régime couvre donc toutes les marchandises, indépendamment de leur éventuelle nature stratégique ».

³³ CJ, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, précité, point 17.

³⁴ CJ, 23 octobre 1997, *Commission c. Italie*, C-158/94 ; voy. P. CAMERON, « Towards an Internal Market in Energy – The Carrot and Stick Approach », *E.L.Rev.* 1998, pp. 579-591, spéc. pp. 584-585.

³⁵ Point 14 de l'arrêt.

³⁶ CJ, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, précité, point 28. Le raisonnement – expéditif – de la Cour s'inspire en réalité des conclusions, autrement plus détaillées, de l'avocat général DARMON, qui relève par analogie que « (l)'électricité fait l'objet d'un commerce et d'un marché comparables à ceux d'une marchandise », qu'elle est « considérée comme une marchandise par la nomenclature tarifaire », que « les autres sources d'énergie, tels que le charbon, le gaz naturel ou le pétrole, sont appréhendées comme des marchandises par le droit communautaire » pour conclure qu'il « apparaît dès lors logique de traiter l'électricité de la même manière » (points 63 à 67).

2 Les politiques énergétiques contraintes par les libertés de circulation

175. La qualification de marchandise attribuée/reconnue à l'égard des produits énergétiques, ainsi qu'à certaines sources primaires desquelles ils sont issus (bois, biomasse, déchets, etc.), leur ouvre le bénéfice des règles de libre-échange consacrées par le droit primaire européen. À ce titre, le TFUE interdit aux États membres de restreindre la libre circulation des marchandises, en y apposant des entraves tarifaires ou des entraves non tarifaires. D'application alternative³⁷, ces deux régimes d'interdiction n'engendrent pas le même degré de contrainte à l'égard des États : tandis que le traité pose le principe d'une interdiction *absolue* des entraves tarifaires, il établit un régime d'interdiction relative des entraves non tarifaires, permettant aux États membres d'en justifier l'introduction au nom de motifs impérieux d'intérêt général.

Or, déclinés au secteur de l'énergie, la contrainte variable de ces deux régimes d'interdiction indexe *ipso facto* la liberté dont disposent les États membres d'élaborer des politiques énergétiques qui, mues par des considérations relevant de l'intérêt général national, n'en seraient pas moins attentatoires à la libre circulation de l'énergie. Tandis qu'il leur est absolument interdit d'introduire des entraves tarifaires à la libre circulation de l'énergie (§1), le droit de l'Union consent à ce que les États instaurent des entraves non tarifaires au commerce de celle-ci, pour autant qu'elles soient légitimement et proportionnellement justifiées (§2).

§1 L'interdiction absolue des entraves tarifaires à la libre circulation de l'énergie

176. Corollaire de la réalisation de l'union douanière, les articles 28 et 30 TFUE proscrivent les droits de douane et taxes d'effet équivalent, à l'importation comme à l'exportation de marchandises à l'intérieur de l'Union. Ces dispositions sont complétées par l'article 110 TFUE interdisant les impositions intérieures à caractère discriminatoire ou protectionniste. Complémentaires³⁸, ces dispositions sont d'application alternative³⁹, justifiant de procéder à un examen respectif de l'interdiction des droits de douane et taxes d'effet équivalent (a) puis de l'interdiction des impositions intérieures discriminatoires (b) au travers de leur déclinaison dans le secteur de l'énergie.

a) L'interdiction des droits de douane et taxes d'effet équivalent à la circulation de l'énergie

177. Appliquée au secteur de l'énergie, l'interdiction des taxes d'effet équivalent à un droit de douane⁴⁰ (ci-après « TEE ») posée à l'article 30 TFUE invite à considérer que l'ensemble des taxes imputables à l'État ou à ses émanations, sont strictement interdites, dès lors qu'elles frappent les produits énergétiques à raison du fait qu'ils franchissent une frontière. Ainsi en

³⁷ CJ, 22 mars 1977, *Ianelli/Meroni*, 74/76, point 9.

³⁸ La Cour affirme que l'interdiction des impositions intérieures discriminatoires constitue « le complément des dispositions relatives à la suppression des droits de douane et des taxes d'effet équivalent » (voy. notamment CJ, 27 février 1980, *Commission c. France*, 168/78, point 4), visant à « colmater les brèches qu'un procédé fiscal pourrait ouvrir dans les interdictions prescrites » par les articles 28 et 30 TFUE (voy. notamment CJ, 1^{er} juillet 1969, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, 2/69 et 3/69, point 10).

³⁹ Voy. notamment, CJ, 11 juin 1992, *Sanders Adour*, C-149/91 et C-150/91, point 14.

⁴⁰ Constitue une taxe d'effet équivalent, toute « charge pécuniaire, fut-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique et frappant les marchandises nationales (à l'exportation) ou étrangère (à l'importation) à raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit (...), alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'État, qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale » (CJ, 1^{er} juillet 1969, *Commission c. Italie*, 24/68, point 9).

va-t-il d'une mesure par laquelle un État, pour des raisons liées à la protection de sa sécurité d'approvisionnement, chercherait à dissuader les exportations d'électricité, en soumettant celles-ci au paiement d'une redevance⁴¹ ; ou encore d'une mesure qui, inversement, affecterait les importations d'énergie, en conditionnant l'accès aux infrastructures de transport dans l'État membre au paiement d'une taxe⁴². En contrepoint de ces situations où la qualification d'entrave tarifaire ne fait que peu de doutes, il est des hypothèses plus subtiles dans lesquelles l'appréhension de certaines mesures fiscales au regard de l'article 30 TFUE suppose de conduire un examen plus abouti.

C'est, plus précisément, le cas des taxes parafiscales frappant, indistinctement, les marchandises nationales et importées, mais dont le produit est destiné à alimenter des activités qui ne profitent qu'aux seules marchandises nationales. Dans de telles situations, il n'est pas exclu qu'une taxe parafiscale encoure la qualification de TEE, lorsque son produit, reversé au bénéfice des marchandises nationales, compense intégralement la charge supportée en amont par celles-ci, de sorte que seules les marchandises importées seraient *in fine* grevées du paiement de cette taxe. Ainsi en va-t-il d'une taxe frappant les achats d'électricité nationale et importée, lorsque son produit est destiné à compenser des dépenses d'investissement réalisées par les seules entreprises nationales⁴³. Dans le même ordre d'idées, la Cour juge que peut constituer une TEE, la taxe frappant les produits pétroliers nationaux et importés, lorsque son affectation ne profite qu'aux premiers. C'est le cas lorsque cette taxe parafiscale permet de financer les dettes d'un producteur national de pétrole⁴⁴ ou encore lorsqu'elle est affectée à un établissement public afin de financer des activités énergétiques, consistant en l'attribution, à des sociétés pétrolières nationales, de ressources de valeur équivalent au montant de la taxe parafiscale supportée par ces dernières⁴⁵.

Il convient de relever que la qualification de TEE dans le domaine des taxes parafiscales dépend, en grande partie, des conditions d'affectation du produit de la taxe concernée. Il ressort de la jurisprudence que, lorsqu'une taxe frappe indistinctement les produits nationaux et importés, mais que son revenu compense intégralement la charge supportée par le produit national, elle constitue une taxe d'effet équivalent à un droit de douane, dès lors qu'elle a neutralisé la charge initialement supportée par le produit national⁴⁶. Elle constitue, en revanche, une imposition intérieure – *ipso facto* discriminatoire –, lorsqu'elle est partiellement compensée à l'égard du seul produit national⁴⁷.

Loin de bouleverser cette construction jurisprudentielle aux accents singulièrement baroques, le secteur de l'énergie permet d'en illustrer les subtilités. Ainsi, dans l'affaire *Essent*, la Cour avait été interrogée sur ce point par une juridiction néerlandaise, cherchant à connaître la nature juridique d'une taxe perçue sur l'achat d'électricité, destinée à couvrir les coûts non récupérables, ou « coûts échoués », supportés par les quatre entreprises nationales de production d'électricité suite à la libéralisation du marché de l'énergie. La Cour relève que la taxe perçue frappe l'électricité, qu'elle soit importée ou nationale, selon un critère objectif qui est le nombre de kWh transportés, et fait dépendre la nature juridique de l'imposition selon l'affectation de son produit. Elle rappelle qu'en l'absence de compensation de la taxe au profit des producteurs nationaux, celle-ci constituerait une imposition intérieure non discriminatoire, dès lors que le produit importé ne serait pas plus lourdement taxé que l'électricité nationale. En revanche, dans le cas où le produit de la taxe compenserait partiellement la charge grevant

⁴¹ CJ, 6 décembre 2018, *FENS*, C-305/17.

⁴² CJ, 21 juin 2007, *Commission c. Italie*, C-173/05.

⁴³ CJ, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, C-206/06, point 53.

⁴⁴ CJ, 1^{er} mars 2018, *SC Petrotel-Lukoil et Georgescu*, C-76/17, point 30.

⁴⁵ CJ, 11 mars 1992, *Compagnie commerciale de l'Ouest*, C-78/90 à C-83/90.

⁴⁶ CJ, 19 juin 1973, *Capolongo*, 77/72, point 14.

⁴⁷ CJ, 21 mai 1980, *Commission c. Italie*, 73/79.

le produit national, il s'agirait d'une imposition intérieure discriminatoire, tandis qu'une compensation intégrale reflèterait une TEE⁴⁸.

178. En tout état de cause, et peu importe la forme que ces taxes revêtent, il convient de ne pas sous-estimer la contrainte qu'exerce l'interdiction des TEE sur la marge d'action de l'État dans l'élaboration de sa politique énergétique. En effet, si l'article 30 TFUE permet de débusquer des replis protectionnistes parfois savamment dissimulés, il n'en reste pas moins qu'un État pourrait exciper de bien d'autres raisons que la protection de son marché national pour dissuader l'importation ou l'exportation d'énergie à destination ou en provenance de celui-ci par l'introduction d'une taxe au franchissement de frontière : que l'on songe à la protection de l'environnement (qui pourrait inciter un État à dissuader l'importation, sur son territoire, de produits énergétiques nuisibles à l'environnement) ou bien encore à la protection de la sécurité d'approvisionnement énergétique (qui pourrait, cette fois, pousser un État peu doté en ressources énergétiques à en limiter l'exportation).

Or, quand bien même la légitimité de tels motifs n'est pas débattue – la Cour admet que la protection de l'environnement ou de la sécurité d'approvisionnement relèvent de raisons impérieuses d'intérêt général capables de justifier des entraves non tarifaires⁴⁹ – ils ne sauraient infléchir la rigueur de l'article 30 TFUE à raison du « caractère général et absolu de l'interdiction »⁵⁰ qu'il édicte. Ainsi la Cour a-t-elle jugé, à l'occasion d'un recours en manquement introduit par la Commission contre l'Italie, qu'une taxe sur l'utilisation de pipelines frappant le gaz importé d'Algérie et destiné à être exporté vers d'autres États membres, était contraire à l'article 30 TFUE⁵¹. Faisant fi des arguments des autorités italiennes, selon lesquelles les taxes en cause permettaient de financer des investissements destinés à réduire et prévenir les risques pour l'environnement découlant de la présence de gazoducs contenant du méthane, la Cour retient que telles taxes étant prélevées sur les marchandises à raison du fait qu'elles franchissent une frontière, elles constituent des TEE « interdites indépendamment de toute considération du but en vue duquel elles ont été instituées ainsi que de la destination des recettes qu'elles procurent » (point 42). Dans le même ordre d'idées, la Cour juge que l'interdiction des TEE empêche un État d'introduire d'une taxe frappant l'énergie à raison du fait qu'elle est exportée en dehors de son territoire, et risque, à ce titre, de mettre en péril sa sécurité d'approvisionnement⁵².

b) L'interdiction des impositions intérieures discriminatoires ou protectionnistes

179. D'une manière générale, le recours à l'instrument fiscal est un moyen dont disposent les États membres pour orienter les comportements au gré des priorités portées par leurs politiques nationales de l'énergie : que l'on songe à des mesures d'écofiscalité, indexant l'imposition des produits énergétiques en fonction de leur impact environnemental ; à des allègements fiscaux, le cas échéant, consentis aux opérateurs vulnérables pour des raisons liées à la protection des consommateurs ; ou, encore, à des mesures par lesquelles des États diminueraient la fiscalité de l'énergie au profit d'acteurs électro-intensifs, en vue préserver leur compétitivité et, à travers elle, la stabilité de l'économie nationale dans son ensemble. Dans le respect de l'autonomie fiscale des États membres, le droit primaire de l'Union régit néanmoins l'usage de la fiscalité des produits afin qu'elle ne constitue pas un moyen détourné

⁴⁸ CJ, 17 juillet 2008, *Essent*, précité

⁴⁹ Voy. *infra*, n°.

⁵⁰ CJ, 1^{er} juillet 1969, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, précité, point 13 ; CJ, 21 septembre 2000, *Kapniki Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, point 14.

⁵¹ CJ, 21 juin 2007, *Commission c. Italie*, précité.

⁵² CJ, 6 décembre 2018, *FENS*, C-305/17.

pour cloisonner les marchés nationaux par des pratiques discriminatoires ou protectionnistes⁵³ ou, plus largement, pour décourager les importations⁵⁴. À cette fin, l'article 110 TFUE encadre les régimes nationaux d'impositions intérieures qui frapperaient différemment les marchandises nationales et les marchandises importées similaires. Ainsi, qu'elles reposent sur le taux d'imposition⁵⁵, les conditions d'assiette⁵⁶, les conditions de liquidation⁵⁷ ou de perception de l'impôt⁵⁸, ou encore sur les règles procédurales de contestation ou de sanction des infractions fiscales⁵⁹, les mesures étatiques conduisant, « ne fût-ce que dans certains cas »⁶⁰, à une imposition supérieure du produit importé similaire au produit national, sont proscrites par l'article 110 TFUE.

La rigueur d'un tel régime n'est pas sans poser de réelles difficultés pratiques dans le domaine de l'énergie, compte tenu notamment du caractère fongible de l'électricité et de l'impossibilité conséquente d'identifier avec certitude l'origine géographique de sa production.

Ces difficultés sont parfaitement illustrées par l'affaire *Outokumpu Oy*, jugée par la Cour en avril 1996⁶¹. Dans cette affaire, une législation finlandaise établissait, au nom d'un renforcement de la protection de l'environnement, un régime fiscal de l'électricité différencié selon la nature des ressources primaires utilisées pour la production d'énergie. Alors qu'un taux variable était appliqué à l'égard de l'électricité nationale dont on pouvait connaître les sources primaires, un taux unique, calculé de façon à correspondre au taux moyen grevant l'électricité nationale, frappait l'électricité importée. Ce choix opéré par les autorités finlandaises était lié à l'impossibilité de déterminer l'origine et le mode de production de l'électricité importée. Aussi, l'application d'un taux unique pour les produits importés constituait pour elles « la seule manière logique de traiter de façon équitable l'électricité importée » (point 37). Bien qu'elle ne fût nullement contestée⁶², l'impossibilité matérielle d'identifier l'origine de l'électricité importée n'a pas conduit la Cour à assouplir sa lecture de l'article 110 TFUE. La Cour se borne à constater que la législation litigieuse aboutissait « ne fût-ce que dans certains cas » à une imposition supérieure de l'électricité importée par rapport à l'électricité nationale pour conclure à la violation de cette disposition.

Quoique fidèle à la lettre du traité, cette pratique décisionnelle se montre extrêmement – si ce n'est excessivement⁶³ –, exigeante vis-à-vis des politiques d'écofiscalité énergétique des États membres. En effet, le raisonnement de la Cour invite à considérer que l'article 110 TFUE exige, dans un cas tel que celui en cause dans l'affaire *Outokumpu*, de garantir aux énergies polluantes importées un traitement fiscal national au moins aussi favorable que celui dont

⁵³ CJ, 13 juillet 1994, *OTO/Ministero delle finanze*, C-130/92, point 16.

⁵⁴ CJ, 7 avril 2011, *Ioan Tatu*, C-402/09, point 52.

⁵⁵ CJ, 27 mai 1981, *Essevi*, 142/80 et 143/80, point 22.

⁵⁶ CJ, 9 juillet 1987, *Commission c. Belgique*, 356/85, point 4.

⁵⁷ CJ, 22 juin 1976, *Bobie Getränkevertrieb*, 127/75, point 7.

⁵⁸ CJ, 27 février 1980, *Commission c. Irlande*, 55/79, point 14.

⁵⁹ CJ, 25 février 1988, *Drexel*, 299/86, point 25.

⁶⁰ CJ, 23 octobre 1997, *Commission c. Grèce*, précité, points 20 et s. ; CJ, 2 avril 1996, *Outokumpu Oy*, C-213/96, point 34 ; CJ, 22 février 2001, *António Gomes Valente*, C-393/98, point 21 ; CJ, 29 avril 2004, *Weigel*, précité, point 67 ; CJ, 18 janvier 2007, *Maciej Brzeziński*, C-313/05, point 29.

⁶¹ CJ, 2 avril 1996, *Outokumpu Oy*, précité.

⁶² Point 39 de l'arrêt et conclusions de l'avocat JACOBS, point 59 : « il est constant qu'il n'est pas seulement difficile mais impossible d'identifier la source, et, partant, le mode de production de l'électricité importée ».

⁶³ Des observateurs ont mis en doute la parfaite adéquation de cette jurisprudence avec les exigences de la protection de l'environnement, dont le droit primaire européen prévoit qu'elles doivent faire corps avec l'ensemble des politiques et action de l'Union en application du principe d'intégration mentionné à l'article 11 TFUE (voy. notamment : C.-M. ALVES, *La protection intégrée de l'environnement en droit communautaire*, thèse Bordeaux IV, 2002, p. 629).

bénéficient les énergies propres⁶⁴. Plus qu'une remise en cause de l'objectif de protection de l'environnement qui fondait la législation finnoise, c'est l'essence même du dispositif qui est ici affectée, puisque la Cour en vient *de facto* à « invalider toute possibilité d'établir une imposition différenciée en application d'une politique environnementale. En d'autres termes, l'application stricte de cette jurisprudence serait contraire aux objectifs environnementaux de l'Union européenne »⁶⁵.

§ 2 L'interdiction relative des entraves non tarifaires

180. À la différence des entraves tarifaires, pour lesquelles une interdiction de principe est posée par le traité dès le constat de leur existence, l'introduction d'entraves non tarifaires au commerce de marchandises peut, à titre dérogatoire, être admise, dès lors qu'elles poursuivent l'un des objectifs visés par l'article 36 TFUE ou, par extension, l'une des « exigences impératives d'intérêt général », décelées par la jurisprudence de la Cour. D'emblée, le régime des entraves non tarifaires posé aux articles 34 et suivants du TFUE s'annonce autrement plus souple pour l'appréhension des politiques énergétiques des États membres dont la mise en œuvre conduirait à limiter les échanges d'énergie sur le marché intérieur européen. Bien que l'interprétation large de la notion d'entrave non tarifaire fasse basculer une vaste diversité de mesures étatiques dans le champ des articles 34 et suivants du traité (a), le droit de l'Union permet, sous conditions, aux États d'en justifier légalement la mise en œuvre, au nom d'impératifs légitimes diversement poursuivis au titre de leurs politiques nationales de l'énergie (b).

a) L'identification des entraves non tarifaires à la libre circulation de l'énergie

181. Les articles 34 et 35 TFUE posent une interdiction, pour les États membres, d'introduire des restrictions quantitatives aux importations comme aux exportations, ainsi que toute mesure ayant un effet équivalent. La notion de restrictions quantitatives vise les mesures nationales établissant des quotas ou des contingents aux échanges de marchandises, ou plus largement les mesures d'interdiction totale ou partielle d'importation et d'exportation⁶⁶. Au même titre que les entraves tarifaires, pour lesquelles les taxes d'effet équivalent ont retenu l'attention accrue de la Cour de justice, c'est principalement à l'égard de la notion de « mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative » que la jurisprudence a bâti le cadre analytique des barrières non tarifaires aux échanges dans le commerce de l'Union. La notion a reçu une définition large par le célèbre arrêt *Dassonville*⁶⁷, qui retient qu'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative désigne « toute réglementation commerciale des États membres, susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou

⁶⁴ Conclusions précitées de l'avocat général JACOBS, point 54 : « s'il n'est (...) pas possible en pratique pour l'importateur de prouver le mode de production de l'électricité, il semble que l'État membre d'importation n'ait pas le choix : il doit taxer les importations au taux le plus bas applicable à la production nationale ».

⁶⁵ J. HAGELSTAM, « Ecotaxes in Finland », *EELR*, mars 2001, pp. 80-85 (traduction libre). Dans le même sens, l'avocat général JACOBS relève que, « lorsque (...) les taux différenciés qui frappent la production nationale reposent les différents modes de production et qu'il est impossible de déterminer le mode de production des importations, voire d'identifier les importations en provenance d'un producteur donné, la stricte application de la jurisprudence de la Cour signifierait que, en pratique, un État membre ne pourrait jamais soumettre sa production à des taux différenciés » (point 60 des conclusions).

⁶⁶ CJ, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, 34/79, point 12 ; voy. également : CJ, 12 juillet 1973, *Geddo/Ente Nazionale Risi*, 2/73, point 7 : « L'interdiction des restrictions quantitatives vise des mesures ayant le caractère de prohibition totale ou partielle, d'importation, d'exportation ou de transit, suivant le cas ».

⁶⁷ CJ, 11 juillet 1974, *Dassonville*, 8/74, voy., au sujet de cet arrêt, E. CARPANO, « Commentaire n° 13 », *Les Grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 4^{ème} édition, 2021, pp. 68-73.

potentiellement le commerce intracommunautaire »⁶⁸. Plus largement, la Cour estime qu'une réglementation nationale est susceptible de constituer une entrave non tarifaire, dès lors qu'elle dissuade un opérateur économique de commercialiser un produit sur le marché d'un État membre⁶⁹. De fait, la qualité d'entrave non tarifaire est susceptible de concerner le secteur de l'énergie, dès l'instant qu'une réglementation nationale paraît capable d'en limiter l'exportation (1°) ou l'importation (1°).

1° Les entraves non tarifaires à l'exportation d'énergie

182. Il est facilement compréhensible qu'un État trouve un intérêt à freiner les exportations d'énergie afin d'assurer la sécurité d'approvisionnement de son marché national⁷⁰. Que l'énergie représente un enjeu vital pour l'économie ou la vie d'un État ne justifie cependant pas que ce dernier appose des barrières à ses mouvements sur le marché de l'Union sans méconnaître l'interdiction de principe posée à l'article 35 TFUE⁷¹.

Encourent ainsi la qualification d'entraves aux exportations les mesures par lesquelles les États membres cherchent à dissuader l'exportation de sources d'énergie relevant de la catégorie des marchandises⁷² ; les mesures par lesquelles les États membres interdisent aux producteurs nationaux de vendre leur production sur un autre marché, ou les en dissuadent⁷³.

2° Les entraves non tarifaires à l'importation d'énergie

183. L'interprétation de la notion de mesures d'effet équivalent, issue des jurisprudences *Dassonville* et *Cassis de Dijon*⁷⁴, conduit la Cour à appréhender une large proportion des réglementations des États membres, comprenant à la fois des mesures discriminatoires, dissuadant ou empêchant l'importation de marchandises en provenance d'autres États membres, mais aussi celles qui sont indistinctement applicables aux produits nationaux et importés. Dans le domaine de l'énergie, cette acception large de la notion de mesure d'effet équivalent explique qu'elle soit susceptible de concerner une vaste diversité de réglementations étatiques, en particulier celles qui concernent les conditions d'exploitation des ouvrages de production, celles qui encadrent les conditions d'approvisionnement en énergie ou bien encore celles qui régissent l'accès de l'énergie aux réseaux.

⁶⁸ Point 5 de l'arrêt. La Cour emploie désormais la formule de « commerce au sein de l'Union » (CJ, 1^{er} mars 2012, *Ascafor et Asidac*, C-484/10).

⁶⁹ CJ, 16 novembre 2000, *Commission c. Belgique*, C-217/99, point 18 ; CJ, 20 septembre 2007, *Commission c. Pays-Bas*, C-297/05, point 53 ; CJ, 19 juin 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers*, C-219/07, point 22 ; CJ, 4 décembre 2008, *Commission c. Pays-Bas*, C-249/07, point 25.

⁷⁰ F. PICOD, « Mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative », in A. BARAV et C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, spéc. p. 679. L'auteur déclare que les États « peuvent trouver un intérêt particulier à limiter l'exportation de produits sensibles, notamment dans le secteur du marché de l'art et le secteur énergétique ». Rapp. : CJ, 6 décembre 2018, *FENS*, précité.

⁷¹ CJ, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, précité, point 17 : « le traité étend l'application du principe de libre circulation à toutes les marchandises, sans autre exception que celle expressément prévue par le traité. On ne saurait donc considérer qu'une marchandise puisse être exemptée de l'application de ce principe fondamental au seul motif qu'elle a une importance particulière pour la vie ou l'économie d'un État membre ».

⁷² En particulier, à propos des déchets, la Cour retient que des législations qui réservent aux entités implantées sur le territoire national la possibilité de valoriser des déchets – le cas échéant – aux fins de production d'énergie, constituent des interdictions implicites d'exporter : CJ, 10 mars 1983, *Inter-Huiles*, 172/82 ; CJ, 6 octobre 1987, *Openbaar Ministerie /Nertsvoederfabriek Nederland*, 118/86. (Rapp. CJ, 9 février 1984, *Rhône-Alpes Huiles*, C-295/82 ; CJ, 23 mai 2000, *FFAD*, C-209/98).

⁷³ CJ, 17 septembre 2020, *Hidroelectrica*, C-648/18.

⁷⁴ CJ, 20 février 1979, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, 120/78, voy., au sujet de cet arrêt, E. CARPANO, « Commentaire n° 21 », *Les Grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, op. cit., pp. 99-105.

184. En premier lieu, la Cour considère qu'une législation imposant le respect d'une norme nationale de conformité, peut avoir pour effet de contraindre les opérateurs économiques des autres États membres à adapter leurs appareils et équipements, les dissuadant de recourir au marché de l'État importateur⁷⁵. Dans le domaine de l'énergie, une telle interprétation a conduit la Cour à déceler des entraves à l'importation à l'égard de législation nationale subordonnant la certification de durabilité des biocarburants et du biogaz importés, à des contraintes nationales particulières. Bien que cette procédure de certification de la biomasse et des biogaz ait fait l'objet d'une harmonisation à l'échelle de l'Union⁷⁶, celle-ci n'est pas exhaustive, et les États membres conservent une certaine marge de manœuvre lorsqu'ils sont appelés à déterminer les conditions concrètes dans lesquelles les opérateurs concernés par le mécanisme de certification de la biomasse. Il n'en reste pas moins que l'exercice de cette marge nationale d'appréciation doit se faire dans le respect du droit primaire, et *a fortiori* de l'article 34 TFUE.

Ainsi, la Cour retient la qualification d'entrave non tarifaire à propos d'une réglementation suédoise imposant à un importateur de modifier un système de vérification de la durabilité du biogaz, qu'il a acquis en Allemagne auprès d'une de ses filiales. En l'espèce, le droit national exigeait que le bilan massique du biogaz soit réalisé à « l'intérieur d'un lieu clairement délimité », condition qui, du point de vue des autorités suédoises, n'était pas satisfaite lorsque le biogaz, dont la durabilité avait été certifiée en Allemagne, avait ensuite été acheminé par des réseaux allemand et danois, avant d'être livré à l'opérateur suédois. La Cour estime que l'injonction faite à l'importateur de modifier son système de vérification de la durabilité du biogaz « est susceptible d'entraver, à tout le moins indirectement et potentiellement, les importations de biogaz durable vers la Suède en provenance d'autres États membres »⁷⁷. Elle retient une analyse comparable au sujet d'une réglementation italienne imposant une obligation de présenter des certificats de durabilité à des opérateurs économiques qui font office d'intermédiaire entre le producteur et le consommateur de biocarburants et qui, partant, n'entrent pas physiquement en contact avec les biocarburants faisant l'objet de la transaction. Comme le relève la Cour, « une telle obligation a pour effet de rendre l'importation des bioliquides plus difficile dans la mesure où les simples intermédiaires, n'étant pas soumis à cette obligation de certification en vertu [du droit de l'Union], lorsqu'ils importent un bioliquide vers l'Italie, doivent (...) présenter ladite certification et sont, de ce fait, soumis à des obligations administratives et aux coûts associés »⁷⁸.

185. Encourent encore la qualification d'entrave aux importations toutes les réglementations par lesquelles un État impose aux opérateurs nationaux de s'approvisionner sur le marché national de l'énergie. La Cour a statué en ce sens dans l'arrêt *Campus Oil*⁷⁹, au sujet de la législation irlandaise obligeant les importateurs de pétrole à s'approvisionner, pour une partie de leurs besoins, auprès d'une raffinerie nationale.

⁷⁵ CJ, 7 juin 2007, *Commission c. Belgique*, C-254/05, points 30 et s.

⁷⁶ En particulier, les directives 2009/28 puis 2018/2001 relatives à la promotion des énergies renouvelables soumettent le développement de la biomasse à des critères de durabilité, dont la vérification est organisée au moyen d'une procédure de certification. Ces textes font obligation aux opérateurs économiques de justifier de la durabilité de la biomasse qu'ils produisent, distribuent ou commercialisent, en utilisant un système de bilan massique. Voy. : B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, op. cit., spéc. pp. 292-295 ; C.-M. ALVES, « Biocarburants et Union européenne, entre marché et intérêt général », *Rev. de droit des transports*, n° 7, juillet 2009, étude 10. Voy. également : Communication de la Commission sur la mise en œuvre concrète du régime de durabilité de l'UE pour les biocarburants et les bioliquides et sur les règles de comptage applicables aux biocarburants, JO, n° C 160, 19 juin 2010.

⁷⁷ Point 79 de l'arrêt.

⁷⁸ CJ, 4 octobre 2018, *L.E.G.O.*, C-242/17, point 61.

⁷⁹ CJ, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, précité.

Il en va *a fortiori* de même à l'égard de l'ensemble des mesures de soutien à la production nationale d'énergies renouvelables, instaurées par les États membres en vue de répondre aux obligations qui leur incombent au titre du droit de l'Union d'accroître la part de ces énergies dans leur *mix* national⁸⁰. La qualification d'entrave à l'égard de ces mesures tient à ce que leur bénéfice est systématiquement subordonné à un critère de localisation des productions sur le territoire national⁸¹. Ainsi en va-t-il des systèmes dits d'obligation d'achat, en cause dans l'affaire *PreussenElektra*⁸² et des marchés de certificats verts, dans la mesure où les États qui y recourent en limitent le bénéfice à la production nationale d'électricité, ainsi que cela ressort des arrêts *Ålands Vindkraft*⁸³ et *Essent Belgium I*⁸⁴.

Enfin, à l'occasion d'une seconde affaire *Essent Belgium*, jugée en septembre 2016⁸⁵, la Cour retient la qualification d'entrave à l'égard du régime d'accès privilégié aux réseaux d'énergie mis en œuvre par les autorités flamandes, et bénéficiant à l'électricité issue de source renouvelable produite en Belgique. L'originalité de ce dispositif tenait à ce que, contrairement aux mécanismes d'obligation d'achat et de certificats verts, le régime national ne constituait pas un soutien directement octroyé aux producteurs d'électricité renouvelable, mais avait vocation à profiter, en premier lieu, aux fournisseurs d'électricité. Il était question d'exonérer ces derniers des frais liés à l'accès aux réseaux de distribution⁸⁶, à raison de l'électricité renouvelable qu'ils étaient susceptibles d'acquérir en vue d'une livraison aux consommateurs finals. La définition d'un régime de gratuité devait ainsi inciter les fournisseurs à augmenter la part d'électricité issue de sources renouvelables dans les offres énergétiques proposées à leurs clients et, partant, contribuer, bien qu'indirectement, à la réalisation des objectifs d'intégration des énergies renouvelables dans le marché national⁸⁷.

Après avoir constaté que le régime en cause accordait un accès privilégié à l'électricité renouvelable en dehors des possibilités offertes par les directives sectorielles intéressant le marché intérieur de l'énergie⁸⁸, le juge reconnaît, sans surprise, qu'un tel dispositif relève, par surcroît, du champ de l'interdiction formulée par l'article 34 TFUE. La qualification de mesure d'effet équivalent à l'endroit des réglementations en cause est déduite « du fait notamment qu'elles incitent les opérateurs, en particulier les fournisseurs d'électricité, à acheter de l'électricité verte produite dans la région considérée ou dans l'État membre auquel celle-ci appartient en raison de l'avantage économique découlant de la gratuité de la distribution de cette électricité »⁸⁹.

186. En raison de l'interprétation large des articles 34 et 35 TFUE, les politiques énergétiques des États membres se trouvent étroitement corsetées par le régime des entraves non tarifaires. Au demeurant, et c'est là une différence notable avec le régime des entraves tarifaires, l'appréhension des politiques énergétiques nationales par la voie des articles 34 et 35 FUE ne

⁸⁰ Voy. sur cette question, *infra*, n°

⁸¹ Pour une présentation plus détaillée des mécanismes concernés, voy. : E. DURAND, *Électricité de source renouvelable et droit du marché intérieur européen*, Thèse, Université Lyon 3, 2017, spéc. pp. 143-147.

⁸² CJ, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, point 71.

⁸³ CJ, 1^{er} juillet 2014, *Ålands Vindkraft*, précité. Voy. à ce sujet M. KEAY et E. DURAND, « National support for renewable electricity and the single market in Europe », *Oxford Energy Comments*, Oxford Institute for Energy Studies, août 2014 ; B. LE BAUT-FERRARESE, « Nouvelle prise de position de la CJ sur l'euro-compatibilité des mécanismes de soutien à l'électricité renouvelable », *Env.* n° 11, novembre 2014, comm. 75 ; A. RIGAUX et D. SIMON, « Régimes d'aides aux énergies renouvelables », *Europe* n° 8-9, août 2014, comm. 352.

⁸⁴ CJ, 11 septembre 2014, *Essent Belgium*, C-204/12 à C-208/12 (« l'affaire *Essent Belgium I* »).

⁸⁵ CJ, 29 septembre 2016, *Essent Belgium*, C-492/14 (« l'affaire *Essent Belgium II* »).

⁸⁶ Sur le régime et la tarification de l'accès aux réseaux d'énergie : voy. *infra*, n°.

⁸⁷ Voy. les conclusions de l'avocat général BOT sous CJ, 29 septembre 2016, *Essent Belgium II*, précité, point 95.

⁸⁸ Sur cette partie de l'affaire, voy. *infra*, n°.

⁸⁹ CJ, 29 septembre 2016, *Essent Belgium II*, précité, point 98.

conduit pas systématiquement au constat de leur incompatibilité avec le droit de l'Union. En effet, les objectifs d'intérêt général qui sous-tendent lesdites politiques peuvent, sous conditions, justifier l'entrave qu'elles apposent à la libre circulation de l'énergie dans l'Union.

b) La justification des entraves non tarifaires à la libre circulation de l'énergie

187. En l'absence d'harmonisation⁹⁰, le traité et, dans un second temps, la jurisprudence de la Cour de justice ont identifié des raisons non-économiques d'intérêt général pouvant justifier la présence d'obstacles non tarifaires sur le marché⁹¹. Or, puisque l'énergie répond à des exigences variées dans le for des États membres – tenant tant à la sécurité d'approvisionnement, au développement économique et humain, qu'à l'amélioration de la protection de l'environnement –, il est possible de s'attendre à ce que des mesures nationales entravant son échange puissent se réclamer de dérogations elles-mêmes diverses. Encore faut-il s'assurer, d'une part, que les justifications invoquées par les États membres à cet effet trouvent un fondement adapté en droit de l'Union européenne (1^o) et, d'autre part, que leur mise en œuvre respecte des exigences de proportionnalité (2^o).

1^o Les fondements de justification

188. Deux fondements de justification des entraves non tarifaires à la libre circulation des marchandises coexistent. Les premiers sont issus du traité et consistent en une liste exhaustive de « raisons impérieuses d'intérêt général » au sein de laquelle les États peuvent tenter de trouver des motifs capables de justifier les restrictions apposées au commerce de marchandises⁹². Les seconds sont issus de la jurisprudence de la Cour qui, lors de son célèbre arrêt *Cassis de Dijon*, a dégagé la « théorie » des exigences impérieuses d'intérêt général en jugeant que d'autres considérations que celles visées à l'article 36 TFUE peuvent être avancées par les États membres aux fins de justifier l'introduction d'entraves, pour autant que celles-ci ne constituent pas des entraves discriminatoires⁹³. Ces considérations générales laissent entrevoir la relative plasticité des fondements de justification reconnus par le droit de l'Union. Que ce soit dans le cadre restreint des raisons de l'article 36 TFUE ou sur le terrain plus accueillant des exigences issues de la jurisprudence, les États membres peuvent trouver plusieurs leviers de justification à l'égard de leurs politiques énergétiques susceptibles de constituer des entraves à la libre circulation de l'énergie.

189. Parmi les motifs listés à l'article 36 TFUE, celui visant à protéger la « sécurité publique » constitue un terrain d'élection privilégié pour la justification d'entraves nationales au commerce d'énergie, car la Cour a accepté d'y associer le motif de sécurité

⁹⁰ Voy., à ce sujet, *infra*, n^o.

⁹¹ Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, « lorsqu'un domaine a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau de l'Union, toute mesure nationale qui y est relative doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles du droit primaire » (CJ, 6 décembre 2018, *FENS*, précité, point 22).

⁹² L'article 36 TFUE prévoit plus précisément que le traité ne s'oppose pas « aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale ».

⁹³ Voy. : C. BLUMANN (dir.), *Introduction au marché intérieur. Libre circulation des marchandises*, op. cit., spéc. pp. 395-397. La Cour retient que des mesures discriminatoires « ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse » (CJ, 25 juillet 1991, *Commission c. Pays-Bas*, C-353/89, point 15 ; 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, C-288/89, point 11 ; CJ, 22 octobre 2014, *Cristiano Blanco*, C-344/13 et C-367/13, point 37).

d'approvisionnement énergétique. Ainsi, dans l'arrêt *Campus Oil*, la Cour estime que l'Irlande pouvait exciper de sa sécurité d'approvisionnement pour justifier une réglementation nationale imposant aux détaillants de pétrole de s'approvisionner exclusivement auprès d'une raffinerie nationale. Cette obligation d'achat était justifiée par le fait que l'Irlande, dépendante de l'importation de pétrole pour plus de 80% de ses besoins, éprouvait les plus grandes difficultés à se relever de la crise pétrolière des années 70. Et la Cour retient ce qui suit : « les produits pétroliers, par leur importance exceptionnelle comme source d'énergie dans l'économie moderne, sont fondamentaux pour l'existence d'un État dès lors que le fonctionnement non seulement de son économie mais surtout de ses institutions et de ses services essentiels et même la survie de sa population en dépendent. Une interruption de l'approvisionnement en produits pétroliers et les risques qui en résultent pour l'existence d'un État peuvent dès lors affecter sa sécurité publique que l'article 36 permet de protéger »⁹⁴. L'adossement du motif de sécurité d'approvisionnement au domaine de l'article 36 TFUE confère assurément à cette justification une large portée. En effet, la jurisprudence montre que le champ de la raison impérieuse de sécurité publique est capable de coiffer des motifs connexes à la sécurité d'approvisionnement énergétique, à l'instar de l'objectif de « garantir un investissement suffisant dans les réseaux de distribution d'électricité et de gaz [ce qui] tend à assurer notamment la sécurité des approvisionnements en énergie »⁹⁵ ; de l'objectif de « garantir la sécurité des approvisionnements en énergie en cas de crise »⁹⁶ ; ou bien encore de celui tenant à « assurer que l'électricité disponible soit davantage orientée vers la consommation interne »⁹⁷.

En revanche, la possibilité que des justifications nationales puissent se réclamer d'autres motifs visés par l'article 36 TFUE demeure plus incertaine. En particulier, la Cour semble exclure que les restrictions au libre-échange d'énergie que les États membres instaurent à des fins environnementales puissent se voir justifier par des raisons liées à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, et à la préservation des végétaux, mentionnées à l'article 36 TFUE. Ainsi a-t-elle jugé que la Belgique ne saurait exciper du motif de protection de la santé humaine pour justifier l'interdiction d'importer des déchets en région wallonne, en soutenant que l'accumulation de déchets, « avant même qu'ils ne deviennent dangereux pour la santé, constitue, compte tenu notamment de la capacité limitée de chaque région ou localité à les recevoir, un danger pour l'environnement »⁹⁸.

190. S'agissant cette fois des fondements jurisprudentiels, la consécration de la théorie des exigences impérieuses a, dans le domaine de l'énergie, plus spécifiquement intéressé les réglementations nationales animées par des considérations de protection de l'environnement, et destinées à promouvoir le développement des énergies renouvelables. Au sujet de la protection de l'environnement, la Cour reconnaît dès 1985 qu'il s'agit d'un « des objectifs essentiels de la Communauté »⁹⁹, avant de juger en 1988, dans l'affaire dite des *bouteilles danoises*¹⁰⁰, qu'un tel motif constitue « une exigence impérative pouvant limiter l'application de [l'article 34 TFUE] » (point 9 de l'arrêt). Partant, la consécration de la protection de

⁹⁴ CJ, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, précité, point 34.

⁹⁵ CJ, 22 octobre 2013, *Essent*, C-105 à 107/12, point 59.

⁹⁶ CJ, 4 juin 2002, *Commission c. Belgique*, C-503/99, point 46.

⁹⁷ CJ, 17 septembre 2020, *Hidroelectrica*, C-648/18, point 38.

⁹⁸ CJ, 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique*, précité, point 30. Dans le même sens, la Cour retient qu'« à supposer même que les débris de pierre ne comportent pas, de par leur composition, de danger pour la santé de l'homme ou l'environnement, leur accumulation est nécessairement source d'inconvénients et de nuisances pour l'environnement, dès lors que leur réutilisation complète n'est ni immédiate ni même toujours envisageable ». (CJ, 18 avril 2002, *Palin Granit Oy*, C-9/00).

⁹⁹ CJ, 7 février 1985, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, 240/83, point 12.

¹⁰⁰ CJ, 20 septembre 1988, *Commission c. Danemark*, 302/86.

l'environnement en tant que motif de justification des entraves assouplit la contrainte qu'exerce le droit de l'Union sur la conduite des politiques énergétiques des États membres. Ceci est d'autant plus marqué que le motif de protection de l'environnement a également connu une fortune singulière dans la jurisprudence de la Cour, qui profite directement à la justification des entraves nationales apposées au commerce d'énergie. Il faut, pour le comprendre, se souvenir que les exigences impératives dégagées dans le prolongement de la jurisprudence *Cassis de Dijon*, ne sont théoriquement censées pouvoir justifier que les seules entraves indistinctement applicables. Or, s'agissant de la protection de l'environnement, la Cour de justice concède quelques souplesses et tolère – sans toujours se justifier très clairement – qu'un tel motif puisse être valablement invoqué par un État pour lever de l'interdiction une entrave de nature discriminatoire.

191. Pareille mansuétude s'illustre tout particulièrement dans la jurisprudence relative aux politiques nationales de soutien à la production d'énergies renouvelables. Ainsi, dans l'affaire *PreussenElektra*¹⁰¹, la Cour a admis que l'Allemagne pouvait invoquer l'exigence impérieuse de protection de l'environnement, pour justifier l'obligation faite à certaines entreprises d'acheter l'électricité renouvelable produite dans leurs zones d'approvisionnement. Alors qu'une telle mesure était « susceptible (...) d'entraver au moins potentiellement le commerce intracommunautaire » (point 71 de l'arrêt), en tant qu'elle profite exclusivement à la production nationale d'énergie au détriment de l'énergie importée, la Cour s'est abstenue de détecter ou d'infirmer l'existence d'une discrimination, malgré les invitations de l'avocat général JACOBS à clarifier sa pratique décisionnelle « compte tenu de l'importance fondamentale pour l'analyse de [l'article 34 TFUE] de la question de savoir si des mesures directement discriminatoires peuvent être justifiées par des exigences impératives »¹⁰². Cette clarification de la jurisprudence de la Cour a également été sollicitée par l'avocat général BOT, dans ses conclusions présentées dans les affaires *Ålands Vindkraft*¹⁰³ et *Essent Belgium I*. S'il relève l'originalité de la jurisprudence relative à la justification des entraves discriminatoires par des motifs écologiques, manifestant une « faveur marquée [de la Cour] pour la protection de l'environnement »¹⁰⁴, l'avocat général invite le juge à en préciser les conditions d'application. Aussi l'encourage-t-il à consacrer explicitement la possibilité d'invoquer la protection de l'environnement aux fins de justifier les entraves discriminatoires, afin de renforcer la sécurité juridique, le cadre d'analyse voire, plus largement, le degré de prise en compte de la protection de l'environnement par le régime de libre circulation des marchandises¹⁰⁵.

Bien qu'elle adopte une terminologie plus précise dans les affaires *Ålands Vindkraft* et *Essent Belgium I*, la Cour demeure prudente dans l'identification d'une discrimination. Elle relève ainsi que les législations en cause, qui limitent la reconnaissance des certificats verts au besoin du mécanisme de soutien aux seules productions nationales d'électricité renouvelable, sont « susceptible[s] d'entraver les importations d'électricité, en particulier verte, en provenance d'autres États membres »¹⁰⁶. Mais, dans la suite de son examen, le caractère discriminatoire de ces entraves n'apparaît pas comme un motif capable d'indexer pas la possibilité, pour les États membres, d'employer l'exigence impérieuse de protection de

¹⁰¹ CJ, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, précité.

¹⁰² Point 229 des conclusions précitées de l'avocat général JACOBS.

¹⁰³ L'avocat général, au point 79 de ses conclusions dans l'affaire précitée *Ålands Vindkraft*, renvoie simplement à l'analyse qu'il a présentée à l'occasion de l'affaire *Essent Belgium I*. Les développements qui suivent se réfèrent donc exclusivement à ses conclusions rendues dans l'affaire *Essent Belgium I*.

¹⁰⁴ Point 86 des conclusions dans l'affaire *Essent Belgium I*.

¹⁰⁵ Point 95 des conclusions dans l'affaire *Essent Belgium I*. Voy. à ce sujet *infra*, n° et s.

¹⁰⁶ CJ, 1^{er} juillet 2014, *Ålands Vindkraft*, précité, point 75 ; CJ, 11 septembre 2014, *Essent Belgium I*, précité, point 88.

l'environnement aux fins de justifier les entraves en cause. En définitive, la Cour s'affranchit du caractère manifestement discriminatoire des législations nationales de promotion de l'électricité renouvelable, afin d'inscrire leur analyse sous le prisme de l'exigence impérative de protection de l'environnement. Cette construction jurisprudentielle illustre, plus largement, une tendance du juge à décloisonner l'invocation de cette exigence impérative¹⁰⁷, susceptible de légitimer tout type d'entrave. Les arrêts *Ålands Vindkraft* et *Essent Belgium I* confirment en effet l'aptitude de l'exigence impérative de protection de l'environnement à « neutraliser le caractère discriminatoire, pourtant avéré, d'une mesure nationale [ou à] dispenser purement et simplement de rechercher si la mesure est discriminatoire ou non »¹⁰⁸.

2° La proportionnalité des entraves non tarifaires

192. Qu'elles reposent sur une raison de l'article 36 TFUE ou sur une exigence impérieuse, les entraves au commerce de marchandises ne peuvent être légalement justifiées que pour autant qu'elles répondent aux critères de proportionnalité. À ce sujet, la Cour de justice retient classiquement qu'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative « ne peut être justifiée que par l'une des raisons d'intérêt général énumérées à [l'article 36 TFUE] ou par l'une des exigences impératives consacrées par la jurisprudence de la Cour, à condition que, dans l'un ou l'autre cas, cette mesure soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »¹⁰⁹. La doctrine et les avocats généraux de la Cour ont décelé un schéma de raisonnement, en mettant en lumière les différents « tests » auxquels la Cour soumet une mesure nationale restrictive afin d'en apprécier le caractère proportionné par rapport à l'objectif d'intérêt général qu'elle poursuit : il s'agit des tests d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu*¹¹⁰. Il convient de relever que l'exposé de ces critères n'est pas immuable et il arrive au juge « de modifier ou d'inverser l'ordre, de mêler subtilement – et pas toujours très clairement – deux des tests, voire de procéder à un amalgame syncrétique qui n'est pas toujours limpide pour l'observateur »¹¹¹.

Aussi, l'examen de proportionnalité auquel se livre le juge s'inscrit dans une démarche empirique dont la systématisation est une épreuve des plus délicates¹¹². Son analyse oscille entre tantôt une investigation poussée des justifications avancées, complétant, au besoin, l'examen de proportionnalité par des paramètres supplémentaires (tenant à l'exigence de

¹⁰⁷ En ce sens : D. SIMON et A. RIGAUX, « Régimes d'aides aux énergies renouvelables », *op. cit.*

¹⁰⁸ Conclusions de l'avocat général BOT dans l'affaire *Essent Belgium I*, point 91.

¹⁰⁹ CJ, 10 avril 2008, *Commission c. Portugal*, C-265/06, point 37, voy. aussi, plus récemment, CJ, 18 juin 2019, *Autriche c. Allemagne*, C-591/17 (redevances pour l'utilisation des infrastructures routières).

¹¹⁰ Voy. notamment : N. DE SADELEER, « Le principe de proportionnalité : cheval de Troie du marché intérieur ? », *RAE*, 1999, pp. 379-387 ; D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 5 mars 2009, pp. 17-25 ; J. SNELL, « True Proportionality and Free Movement of Goods and Services », *European Business Law Review* 2000, pp. 50-57. Voy. également les conclusions de l'avocat général BOT sous CJ, 23 décembre 2015, *The Scotch Whisky Association*, C-333/14, points 73 à 77. Il convient de relever que d'autres auteurs préfèrent une classification des tests distinguant entre l'examen de nécessité, de proportionnalité et de substitution : voy. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2015, p. 300.

¹¹¹ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*

¹¹² Voy. : C. BLUMANN (dir), *Introduction au marché intérieur. Libre circulation des marchandises*, *op. cit.*, pp. 384-385 ; B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.* ; M. RIFAT TINÇ, « Le contrôle de proportionnalité des mesures nationales restrictives des échanges. Un instrument de légalité au service de l'intégration », *RDUE*, 2010, pp. 791-844.

systematicité et de cohérence de la mesure¹¹³), tantôt un délaissement des critères traditionnels, pour déclarer – plus que pour déduire – la compatibilité des entraves au régime de libre circulation¹¹⁴.

193. L'application variable du contrôle de proportionnalité décrit assez fidèlement la jurisprudence de la Cour intéressant, spécifiquement, le secteur de l'énergie. On relèvera, d'emblée, que son contrôle a pu être particulièrement restreint – si ce n'est parfois inexistant – au sujet des entraves justifiées par un motif de protection de l'environnement. Il suffit, pour s'en convaincre, de relever qu'à l'occasion de l'affaire *PreussenElektra*, la Cour, après avoir relevé que l'obligation d'achat d'électricité renouvelable imposée par l'Allemagne constituait une entrave justifiée par un motif de protection de l'environnement, déclare que le droit de l'Union ne s'y oppose pas, sans en questionner le caractère proportionné. Bien que sa jurisprudence ultérieure témoigne d'un usage plus rigoureux des critères de proportionnalité, il reste possible d'affirmer que la Cour de justice fait preuve d'une relative souplesse dans l'appréciation des réglementations nationales intéressant le développement des énergies renouvelables. En revanche, au sujet des entraves non tarifaires justifiées par des considérations de sécurité d'approvisionnement énergétique, la jurisprudence de la Cour fait montre d'une plus grande rigueur dans la réalisation du contrôle de proportionnalité.

194. La promotion des énergies renouvelables tire profit de la relative mansuétude dont la Cour fait preuve dans l'analyse des entraves instaurées par les États membres à des fins environnementales. En la matière, le juge fait souvent une application souple des critères de proportionnalité. Ainsi en est-il à propos du critère d'aptitude, destiné à déceler celles des entraves qui ne sont pas propices à atteindre l'objectif invoqué pour les justifier. En matière d'entraves environnementales, le test d'aptitude ou d'adéquation suppose d'identifier un lien causal entre l'édition de la mesure litigieuse et l'objectif, en l'occurrence environnemental, allégué par un État, étant entendu que « la mesure nationale qui n'empêcherait en rien la pollution qu'elle est censée combattre serait (...) inadmissible »¹¹⁵. Or l'on peut immédiatement s'interroger sur la réalisation du critère d'aptitude au sujet de réglementations étatiques de promotion de la production nationale d'énergies renouvelables. Qu'il s'agisse d'imposer une obligation d'approvisionnement en électricité renouvelable auprès des seuls producteurs locaux (affaire *PreussenElektra*), de limiter le bénéfice du mécanisme de certificats verts à la seule production d'origine nationale (affaires *Ålands Vindkraft* et *Essent Belgium I*) ou encore de réserver à celle-ci la gratuité d'accès aux réseaux (affaire *Essent Belgium II*), il semble difficile d'admettre que de telles limitations contribuent à l'objectif environnemental sur lequel elles reposent. En effet, l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre dans le secteur de l'énergie suppose de promouvoir l'électricité en considération de la nature de ses sources et non de son origine géographique. De la sorte, et compte tenu de leur caractère discriminatoire, ces réglementations aboutissent, de fait, à limiter le potentiel de production d'électricité renouvelable, puisqu'elles dissuadent l'importation d'une énergie censée participer à l'objectif général de protection de

¹¹³ Voy. CJ, 21 décembre 2011, *Commission c. Autriche*, précité, point 126, note E. CARPANO, « Pollution et transport routier : quand la Cour de justice fait prévaloir la libre circulation des marchandises sur les exigences environnementales », *RLDA*, janvier 2012, pp. 69-71.

¹¹⁴ Voy. CJ, 6 octobre 2011, *Bonnarde*, C-443/10, dans lequel le test de proportionnalité est réalisé « de manière quelque peu succincte, le juge de l'Union, à la différence notable de ce qu'il aura entrepris dans l'affaire [*Commission c. Autriche* du 21 décembre 2011, précité], s'abstenant de rechercher ou d'indiquer si une autre mesure pouvait être considérée comme moins excessive » (S. RODRIGUES, « Marché intérieur – Marchandises, services et capitaux (2009-2012) », *CDE*, 2013, pp. 133-262).

¹¹⁵ N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, Commentaire J. Mégret, 3^{ème} éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2010, p. 401.

l'environnement¹¹⁶. De telles considérations n'ont cependant pas rejailli sur la pratique décisionnelle de la Cour.

Ignoré dans l'affaire *PreussenElektra*, le critère d'aptitude fait l'objet d'une application particulièrement souple dans les affaires *Ålands Vindkraft* et *Essent Belgium I et II*. En particulier, la Cour inscrit l'analyse des entraves nationales sous l'éclairage des directives européennes de promotion des énergies renouvelables (en l'occurrence, la directive 2009/28 alors applicable), impartissant aux États membres des obligations d'accroître la part de ces énergies dans leurs mix nationaux respectifs. Or, note la Cour, il résulte de ces directives que le législateur européen a laissé aux États membres la liberté de limiter à la seule production nationale l'étendue des soutiens accordés pour le développement de l'électricité renouvelable. Par la suite, la Cour souligne que le refus d'étendre ces mécanismes d'aide à l'électricité importée participe de leur efficacité, car « il apparaît essentiel, afin de garantir le bon fonctionnement des régimes d'aide nationaux, que les États membres puissent contrôler les effets et les coûts de ces régimes en fonction de leur potentiel tout en conservant la confiance des investisseurs »¹¹⁷. En d'autres termes, l'établissement d'une mesure discriminatoire constitue un moyen efficace pour les États membres d'accéder aux objectifs d'intégration des énergies renouvelables, en tenant pleinement compte, comme l'indique la directive 2009/28, du fait que « [l]es situations de départ, les possibilités de développer l'énergie provenant de sources renouvelables et les bouquets énergétiques diffèrent d'un État membre à l'autre »¹¹⁸. L'analyse est confirmée *expressis verbis* à l'occasion de l'affaire *Essent Belgium II*. La Cour déduit de la marge d'appréciation consentie aux autorités nationales pour la mise en œuvre des objectifs d'intégration fixés par les directives relatives aux énergies renouvelables « qu'il est, en principe, permis aux États membres de limiter le bénéfice [des régimes de soutien] à la production d'électricité verte localisée sur leur territoire »¹¹⁹. Cette partie de l'examen laisse à penser que le juge dénature le critère d'aptitude, en dissociant l'analyse de l'entrave de l'exigence impérative de protection de l'environnement. Car ce n'est plus l'aptitude de la discrimination en cause à répondre de l'objectif environnemental qui en fonde la licéité, mais davantage son aptitude à permettre aux États membres d'exercer la liberté qui leur est reconnue par le législateur de l'Union dans la réalisation des objectifs fixés par les directives relatives à la promotion des énergies renouvelables. Cette lecture du test d'aptitude,

¹¹⁶ C'était, en tout cas, l'analyse suivie par l'avocat général JACOBS qui invitait la Cour à dénoncer l'inaptitude et la disproportion subséquente du régime allemand en cause dans l'affaire *PreussenElektra*. Alors que la Commission faisait valoir que le mécanisme institué par la législation allemande était de nature à réduire les émissions de gaz à effet de serre, l'avocat général estimait que rien n'établissait en quoi « l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans un autre État membre ne contribuerait pas à la diminution des émissions de gaz en Allemagne dans la même mesure que l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables en Allemagne. Dans les deux cas, la production nationale d'électricité à partir de sources conventionnelles et la pollution qui en résulte seront réduites dans la même proportion » (point 236 des conclusions). Dans le même ordre d'idées, l'avocat général BOT, dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Essent Belgium I*, relève que « la justification tirée de la contribution à la réduction des émissions de gaz à effet de serre ne (...) paraît pas plus convaincante, puisque l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans un autre État membre de l'Union (...) contribuerait à la diminution des émissions de gaz à effet de serre en Région flamande dans la même proportion que l'électricité produite dans cette région à partir de sources d'énergie renouvelables » (point 104 des conclusions). Cette analyse prolonge celle retenue par la Cour qui, dans une affaire environnementale portant sur des restrictions à la circulation des huiles usagées, avait scrupuleusement appliqué le critère d'aptitude pour indiquer que « la protection de l'environnement est assurée indéniablement avec autant de rigueur lorsque les huiles sont vendues à un éliminateur ou régénérateur autorisé d'un autre État membre que lorsqu'elles sont éliminées dans l'État membre d'origine » (CJ, 10 mars 1983, *Inter-Huiles*, précité, point 14).

¹¹⁷ CJ, 1^{er} juillet 2014, *Ålands Vindkraft*, précité, point 99 ; CJ, 11 septembre 2014, *Essent Belgium I*, précité, point 102.

¹¹⁸ Considérant 15 de la directive 2009/28.

¹¹⁹ CJ, 29 septembre 2016, *Essent Belgium II*, précité, point 107.

indéniablement favorable à la marge nationale d'action pour la définition et la mise en œuvre des régimes de soutien aux énergies renouvelables, est prolongée par une interprétation particulièrement souple du critère de nécessité.

195. Le test de nécessité, ou « test de l'entrave minimale »¹²⁰ permet, quant à lui, de ne retenir la licéité que des seules entraves ayant l'impact le moins nocif sur le commerce de marchandises. Pour pouvoir résister au test de nécessité, « une réglementation nationale doit être objectivement nécessaire pour réaliser le but poursuivi par la réglementation : cela signifie qu'elle doit être à la fois utile (ou pertinente) et indispensable, en d'autres termes, qu'elle ne doit pas pouvoir être remplacée par une réglementation alternative tout aussi utile mais qui constituerait une entrave moindre à la libre circulation »¹²¹. À nouveau, l'on pourrait *prima facie* douter de la réalisation de ce critère par les politiques nationales de promotion des énergies renouvelables, telles que celles en cause dans les affaires précitées. La nature discriminatoire qu'elles partagent contribue, en effet, à compartimenter le marché européen de l'électricité, en autant de marchés nationaux qu'il existe de systèmes étatiques de soutien réservés à la production indigène d'énergie. Dans ce contexte, l'impact qu'elles engendrent sur le marché intérieur est tel qu'il ne semble pas raisonnable de prétendre que de telles entraves, bien que fondées sur un motif environnemental légitime, soient indispensables, sinon minimales quant au degré de restriction porté à la circulation de l'énergie. Dès lors, certains auteurs ont vu dans le raisonnement tenu par la Cour dans l'affaire *PreussenElektra* une volonté, quoique non exprimée, de « [prendre] en compte la circonstance que tous les États membres ayant mis en place un régime de soutien des prix de l'électricité de source renouvelable en ont limité l'application à l'énergie produite sur leur territoire et vendue sur le marché national »¹²². Cette analyse est confirmée par les dispositions de la directive de 2009 visées par la Cour dans les affaires *Ålands Vindkraft* et *Essent Belgium I*, et sur le fondement desquelles elle déduit que le législateur européen a préservé « le caractère national et, en principe, territorial des régimes de soutien existants »¹²³.

196. Dans ces deux affaires, la Cour va conclure que les restrictions apposées aux échanges d'électricité sont nécessaires à la réalisation de l'objectif environnemental porté par les autorités nationales. Son approche manifeste un glissement dans l'examen du test de proportionnalité, en faisant reposer la condition de nécessité non pas sur la contribution des systèmes en cause à la protection de l'environnement, mais sur leur efficacité économique intrinsèque¹²⁴. Ainsi, au terme d'une analyse détaillée, la Cour apprécie la capacité du mécanisme d'aide à établir un cadre économiquement stable pour les opérateurs en bénéficiant, ce qui facilite la réalisation de l'objectif national tenant à augmenter la part des énergies renouvelables dans l'offre de production d'électricité. L'effet incitatif des marchés de certificats verts paraît suffisant à en établir la nécessité à ce stade de l'examen, sous réserve, précise la Cour, que ces mécanismes « assurent la mise en place d'un véritable marché des certificats où l'offre et la demande puissent effectivement se rencontrer et tendre vers

¹²⁰ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.* ; voy. dans le même sens, conclusions précitées de l'avocat général BOT dans l'affaire *The Scotch Whisky Association*, point 75.

¹²¹ Conclusions de l'avocat général VAN GERVEN dans l'affaire *Grogan*, C-159/90. À cet égard, M. FALLON évoque un test d'« *interchangeabilité* » (« Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 781-818, spéc. p. 788).

¹²² O. SEGNANA, « Environnement et marché intérieur de l'électricité, l'arrêt *PreussenElektra* », *CDE*, 2002, pp. 131-160.

¹²³ CJ, 1^{er} juillet 2014, *Ålands Vindkraft*, précité, point 100.

¹²⁴ D. BERLIN, « Une harmonisation partielle empêche-t-elle l'application du traité ? Non et oui », *JCP G* n° 28, 14 juillet 2014, comm. 829.

l'équilibre, de sorte qu'il soit effectivement possible aux fournisseurs et aux utilisateurs intéressés de s'y approvisionner en certificats dans des conditions équitables »¹²⁵.

La Cour poursuit par un examen minutieux du fonctionnement des marchés de certificats verts destiné à s'assurer de leur réel effet incitatif. Celui-ci permet au juge d'éprouver tant le caractère équitable des transactions qui s'y déroulent, que les modalités de calcul des droits dont le paiement est sollicité en cas de manquement aux obligations de quotas. À l'égard de ces derniers, le juge retient que « [s]i l'imposition d'un tel droit peut, certes, être considérée comme étant *nécessaire afin d'inciter*, d'une part, les producteurs à accroître leur production d'électricité verte et, d'autre part, les opérateurs soumis à une obligation de quota à procéder à l'acquisition effective des certificats requis, encore convient-il, toutefois, que les modalités de détermination et le montant de ce droit n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire à *de telles fins incitatives* en évitant notamment, à cet égard, de pénaliser les opérateurs concernés d'une manière qui s'avérerait excessive »¹²⁶. Il apparaît donc que la nécessité de la mesure s'épuise dans le constat de son bon fonctionnement, et sa rationalité économique est tenue pour équivalente à sa proportionnalité sur le plan de l'article 34 TFUE¹²⁷.

Cette approche est loin d'emporter la conviction, car elle dénature ouvertement la lecture du critère de nécessité. En procédant à l'analyse économique du mécanisme de soutien, la Cour se limite à établir la nécessité de la discrimination à répondre de la logique intrinsèque du système d'aide, alors qu'il était attendu d'elle qu'elle questionne la nécessité de la discrimination à réaliser l'objectif environnemental de l'aide. En d'autres termes, il n'est pas contesté que le mécanisme de certificats verts est de nature à contribuer à l'objectif environnemental visant à promouvoir l'électricité issue de sources renouvelables. C'est là l'objet même de sa création. Mais le respect du critère de nécessité ne peut utilement s'épuiser dans ce constat, faute de quoi l'ensemble des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables seraient présumés y répondre. Encore fallait-il que la Cour démontre que la discrimination était, en tant que telle, nécessaire à cette fin, c'est-à-dire que l'objectif environnemental n'aurait pu être réalisé en l'absence d'entrave discriminatoire.

Or, ceci ne ressort pas clairement de son analyse. La législation en cause dans ces deux affaires est déclarée conforme au principe de proportionnalité, non pas parce que la discrimination introduite était nécessaire pour atteindre l'augmentation de la part des énergies renouvelables dans le marché national, mais plutôt parce que cet objectif a pu, grâce à l'efficacité économique du système d'aide, être atteint en dépit de la discrimination. En définitive, l'étude du critère de nécessité se nove ici en un test d'efficacité économique des entraves environnementales au commerce d'électricité renouvelable.

197. L'analyse, inédite à notre connaissance¹²⁸, a été confirmée et appliquée *a contrario* à l'occasion de l'affaire *Essent Belgium II*. Le juge établit que le mécanisme de distribution gratuite pour l'électricité renouvelable, dont le bénéfice est lié à une condition géographique,

¹²⁵ CJ, 1^{er} juillet 2014, *Ålands Vindkraft*, précité, point 114 ; CJ, 11 septembre 2014, *Essent Belgium I*, précité, point 112.

¹²⁶ CJ, 1^{er} juillet 2014, *Ålands Vindkraft*, précité, point 116 (souligné par nous) ; formule reprise dans CJ, 11 septembre 2014, *Essent Belgium I*, précité, point 114, à propos de l'imposition d'une amende, la Cour ajoutant ajoute qu'il « appartient, le cas échéant, à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas en ce qui concerne les amendes administratives en cause dans les affaires au principal ».

¹²⁷ G. JAZOTTES, « Régime national d'aide à la production d'électricité verte et libre circulation des marchandises : le salut par le marché des certificats d'électricité verte », *RLDA* n° 99, décembre 2014, pp. 56-57.

¹²⁸ Sur ce sujet : voy. E. DURAND, « L'exception en droit du marché intérieur », in E. CARPANO et G. MARTI (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2019, pp. 117-142. Il semble que ce cadre analytique soit en passe de régir la méthode d'appréciation des systèmes nationaux de soutien aux énergies renouvelables relevant du champ de l'article 34 TFUE : voy. sur ce point les conclusions de l'avocat général CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 3 décembre 2020, sous l'affaire (radiée) *Axpo Trading*, C-705/19.

est une entrave disproportionnée à la libre circulation des marchandises, compte tenu de sa capacité limitée à inciter les opérateurs nationaux à recourir aux énergies de sources renouvelables.

L'originalité de sa démarche tient à la méthode retenue pour parvenir à ce constat. La Cour ne déduit pas le défaut de nécessité de l'existence de mesures moins attentatoires à la libre circulation, et tout autant susceptibles de parvenir à l'objectif d'une pénétration accrue des énergies renouvelables poursuivi par les autorités nationales. Beaucoup plus novateur, son examen repose sur une évaluation comparative de l'efficacité économique du mécanisme en cause, en reflet aux autres dispositifs de soutien à la production d'électricité renouvelable que la Cour a été amenée à connaître au travers de sa pratique antérieure.

Se référant, d'abord, à sa jurisprudence *PreussenElektra*, elle note que le système d'obligation d'achat est de nature à atteindre l'objectif d'un recours accru aux énergies renouvelables, car il confère « un avantage économique certain aux producteurs de ce type d'électricité, en ce [qu'il] leur garantit, sans aucun risque, des gains supérieurs à ceux qu'ils réaliseraient en son absence » (point 108 de l'arrêt). Elle poursuit en évoquant les affaires *Ålands Vindkraft* et *Essent Belgium I*, à l'occasion desquelles elle avait souligné « l'effet incitatif [des marchés de certificats verts] sur les producteurs d'électricité en général en vue de les amener à accroître leur production d'électricité verte » (point 109). Si l'évocation de mesures alternatives au régime sous examen aurait pu indiquer une application rigoureuse du test de l'entrave minimale, ce n'est, semble-t-il, pas le sens de la démarche entreprise par la Cour à ce stade de l'examen. En procédant de la sorte, le juge ne cherche pas à déterminer si des restrictions de moindre ampleur auraient pu parvenir au même but légitime, mais seulement à signaler que d'autres mesures sont susceptibles d'accéder plus efficacement à cet objectif, car elles confèrent aux producteurs bénéficiaires un avantage économique plus stable. Le juge estime, plus précisément, que le système de distribution gratuite d'électricité renouvelable « n'a, à la différence des régimes de soutien nationaux à l'électricité verte sous forme d'obligations d'achat ou de certificats verts (...) pas pour objet d'octroyer un soutien direct aux producteurs d'électricité verte [mais] constitue un avantage financier conféré, au premier chef, au fournisseur de ladite électricité » (point 111)¹²⁹. De la sorte, le régime de distribution gratuite « n'offre notamment aucune certitude quant au fait que l'avantage économique qu'il procure aux fournisseurs sera, *in fine*, effectivement et essentiellement appelé à bénéficier aux producteurs d'électricité verte » (point 113), ce qui conduit le juge à le considérer comme disproportionné. Exprimée comme telle, la nécessité d'une entrave s'apprécie donc moins en considération de ses effets sur le commerce d'électricité renouvelable que de sa capacité à en assurer une promotion dans des conditions économiquement efficaces.

Ce constat paraît confirmé par les points suivants de l'arrêt. La Cour estime qu'« eu égard au caractère (...) tout à la fois indirect, incertain et aléatoire du soutien éventuel pouvant résulter, pour le producteur d'électricité verte lui-même, du régime de gratuité en cause au principal, il y a lieu de considérer que l'aptitude même de ce régime à atteindre l'objectif légitime en l'occurrence poursuivi et visant à inciter de manière effective des opérateurs à produire davantage d'électricité verte (...), en contribuant de la sorte à la poursuite, par les États membres, des objectifs indicatifs de production qui leur sont à cet égard impartis en vertu de l'article 3 de la directive 2001/77, n'est pas avérée » (point 115). À nouveau, la rationalité économique des régimes de soutien constitutifs d'entraves à la libre circulation est un censeur de leur validité au titre de l'article 34 TFUE. Au surplus, l'effet des réglementations en cause sur les échanges d'électricité renouvelable n'est, quant à lui, pas pris en compte au stade de l'examen de proportionnalité. En d'autres termes, la jurisprudence de la Cour tend à convaincre qu'en la matière, la marge nationale d'action pour le soutien à la production

¹²⁹ Souligné par nous.

d'électricité renouvelable trouve sa seule limite dans le constat de son inefficacité économique et non dans celui d'une atteinte excessive au fonctionnement du marché intérieur, privant le contrôle de proportionnalité d'une grande partie de sa substance.

198. En somme, il apparaît que la prise en compte des motifs environnementaux dans le contentieux de l'électricité, conduit généralement la Cour de justice à « définir, quoi qu'il en coûte du point de vue de la rigueur juridique, un équilibre plus favorable à la protection de l'environnement qu'à la libre circulation des marchandises »¹³⁰. Cette tendance, visiblement favorable à la marge d'appréciation des États dans l'édiction de mesures environnementales dans le secteur de l'énergie, ne se retrouve pas aussi distinctement au sujet des entraves nationales justifiées par des motifs de protection de la sécurité d'approvisionnement. En la matière, la Cour n'hésite pas à faire preuve d'une rigueur, sinon d'une sévérité, plus marquée dans l'application des critères de proportionnalité. En dépit de l'importance que la Cour accorde à la sécurité d'approvisionnement, qu'elle estime participer à l'existence même de l'État¹³¹, elle veille à ce qu'un tel motif ne soit pas opportunément employé par des autorités nationales pour s'affranchir sans contrôle des règles du marché intérieur.

199. L'affaire *Campus Oil* en constitue une première illustration¹³². Cherchant à évaluer si l'obligation faite aux importateurs de produits pétroliers de s'approvisionner auprès d'une raffinerie nationale constituait une mesure proportionnée à l'objectif de sécurité d'approvisionnement poursuivie par l'Irlande, la Cour fournit une analyse particulièrement aboutie, afin d'éclairer la juridiction nationale qui la saisissait *a quo*.

Au titre du critère d'aptitude, la Cour retient que l'obligation d'approvisionnement fait écho au contexte de crise pétrolière des années 1970 duquel l'Irlande éprouvait les plus grandes difficultés à se relever. Il s'agissait, dès lors, d'évaluer si les mesures litigieuses étaient aptes à préserver l'Irlande face au risque de répétition d'une crise d'approvisionnement pétrolier. Sur ce point, la Cour note que l'existence d'une capacité de raffinage sur le territoire irlandais permet à cet État de conclure, avec les pays producteurs, des contrats à long terme, qui offrent une meilleure garantie d'approvisionnement en période de crise. Elle en déduit qu'en imposant un approvisionnement auprès de cette raffinerie nationale, le risque auquel l'Irlande s'expose est « inférieur à celui encouru par un État qui ne dispose d'aucune capacité propre de raffinage et qui n'a d'autre possibilité que de couvrir ses besoins par des achats sur le marché libre » (point 39 de l'arrêt). De surcroît, la Cour relève que l'existence d'une raffinerie nationale constitue également une garantie contre le risque supplémentaire d'une interruption de livraisons de produits raffinés auquel s'exposerait un État ne disposant d'aucune capacité propre de raffinage et qui dépendrait, dans ce contexte, des grandes compagnies contrôlant les raffineries étrangères et de leur comportement commercial. C'est ainsi au prix d'une analyse factuelle particulièrement fournie que la Cour consent à considérer « qu'en réduisant ces deux types de risques, la présence d'une raffinerie sur le territoire national peut contribuer efficacement à améliorer la sécurité d'approvisionnement en produits pétroliers d'un État qui ne dispose pas de ressources propres en pétrole brut » (point 42).

Restait à déterminer si l'existence d'une raffinerie sur le territoire national, associée à une obligation faite aux importateurs de s'approvisionner auprès de celle-ci pour une partie de leurs besoins, constituait une mesure nécessaire et proportionnée pour la réalisation de l'objectif de sécurité d'approvisionnement énergétique de l'Irlande. À nouveau, l'appréciation conduite par la Cour à l'égard de ces deux critères de proportionnalité est particulièrement détaillée et repose sur une prise en considération poussée du cadre factuel entourant la mesure

¹³⁰ C. VIAL, Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises, *op. cit.*, spéc. p. 411.

¹³¹ Voy. *supra*, n° .

¹³² CJ, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, , précité.

litigieuse. Il s'agissait de déterminer si l'obligation d'achat, pour les importateurs de produits pétroliers, à des prix fixés par l'État était nécessaire, ne fut-ce que temporairement, pour assurer l'écoulement de la production de la raffinerie nationale, à un niveau permettant d'assurer, dans l'intérêt de la sécurité de l'État, son approvisionnement minimal en produits pétroliers en cas de crise d'approvisionnement.

Sur ce point, et sans préempter l'appréciation du juge national, la Cour en encadre étroitement l'orientation : elle juge que deux séries de considération doivent être prises en compte. Les premières portent sur la hauteur du prix d'approvisionnement imposé au titre de l'obligation d'achat. Les prix d'approvisionnement auprès de la raffinerie nationale étant fixés sur la base des coûts de production supportés par celle-ci, l'obligation d'achat devrait être considérée comme nécessaire, tant que de tels prix sont supérieurs à ceux du marché, faute de quoi les importateurs seraient enclins à refuser de s'approvisionner sur le territoire national. Les secondes portent sur les quantités de produits pétroliers couverts par l'obligation d'approvisionnement. La Cour fait ici preuve d'une plus grande fermeté, en jugeant que ces quantités ne doivent « en aucun cas dépasser les limites de l'approvisionnement minimal de l'État concerné sans lequel sa sécurité publique (...) et notamment le fonctionnement de ses services publics essentiels et la survie de sa population seraient affectés » (point 47). Force est d'admettre qu'un tel degré de précision tranche avec l'analyse, plutôt leste, que la Cour peut mener à l'égard des entraves environnementales, et notamment celles en cause dans l'affaire *PreussenElektra*.

200. À première vue, l'on pourrait être tenté d'expliquer une telle variation jurisprudentielle par l'antériorité de l'arrêt *Campus Oil*, révélant en creux une tendance progressive de la Cour à desserrer l'étau du droit du marché lorsque sont en cause des mesures nationales adoptées dans le domaine de l'énergie. Or, ce n'est pas, nous semble-t-il, l'orientation générale de sa jurisprudence.

L'affaire *Hidroelectrica* jugée en 2020¹³³ confirme qu'au sujet des entraves instaurées aux fins de préserver la sécurité d'approvisionnement, la Cour n'hésite pas à appliquer un contrôle de proportionnalité particulièrement rigoureux. Était en cause la législation roumaine qui, au nom de la sécurité d'approvisionnement, imposait à l'ensemble des producteurs d'électricité nationaux d'offrir l'intégralité de leur production sur les plateformes gérées par le seul opérateur désigné pour les services d'échange du marché national de l'électricité. En instaurant une telle obligation, les autorités roumaines cherchaient à prioriser la consommation interne d'électricité produite en Roumanie. Il était question d'interdire aux producteurs de conclure des négociations bilatérales avec leurs clients, le cas échéant, établis en dehors du territoire roumain, ce qui, aux yeux de la Cour, constitue une entrave aux exportations relevant de l'article 35 TFUE.

Si la Cour admet qu'une telle mesure puisse être apte à garantir l'objectif de sécurité d'approvisionnement poursuivi, à savoir d'assurer que l'électricité disponible soit davantage orientée vers la consommation interne, son contrôle est, par la suite, autrement plus sévère. Plus sévère, il l'est d'abord en ce que la Cour soumet la réglementation en cause aux tests de cohérence et de systématicité. L'utilisation de tels critères, loin d'être systématisée dans la jurisprudence de l'Union¹³⁴, est d'autant plus surprenante qu'elle intervient à un stade précoce du contrôle de proportionnalité. C'est ainsi avant même de déterminer si la réglementation roumaine n'excède pas ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi que la Cour relève son manque de cohérence interne. Elle note, en particulier, qu'en dépit de l'interdiction

¹³³ CJ, 17 septembre 2020, précité.

¹³⁴ Sur ce sujet : B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général », *op. cit.* ; V. HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », Collège d'Europe, *Research Paper in Law*, 01/2013.

faite aux producteurs d'électricité de passer des conventions bilatérales avec leurs clients, des opérateurs intermédiaires peuvent acquérir de l'électricité sur le marché de gros, pour ensuite l'exporter sans restrictions analogues à celles imposées aux producteurs vers d'autres États membres. Or, comme le pointe la Cour, si les exportations directes d'électricité compromettent la sécurité d'approvisionnement de la Roumanie, ce risque demeure lorsque les exportations sont effectuées indirectement par des opérateurs intermédiaires (point 40 de l'arrêt).

Plus sévère, il l'est, ensuite et surtout, au regard de la lecture que la Cour retient du critère de nécessité. Selon les autorités roumaines, les restrictions faites aux modalités de vente d'électricité étaient indispensables en vue de contenir les prix de l'énergie, étant entendu que des exportations importantes d'énergie auraient une incidence négative sur la disponibilité de l'électricité sur le marché national et, partant, sur l'évolution de son prix. La Cour réfute cette analyse. Sans méconnaître la capacité de la restriction en cause à contenir les hausses de prix à l'égard des consommateurs, elle retient que cela excède les besoins de la sécurité d'approvisionnement, car, déclare-t-elle, « la garantie d'approvisionnement en l'électricité ne signifie pas la garantie d'approvisionnement en électricité au meilleur prix ». L'argumentaire à l'appui duquel elle fonde cette assertion convainc de la rigueur du contrôle de proportionnalité : en mettant en évidence les considérations économiques qui sous-tendent la législation nationale (bien qu'il aurait été possible d'y associer des motifs tirés de la protection des consommateurs), la Cour retient que « [s]i de telles considérations pouvaient justifier l'interdiction d'exporter directement de l'électricité, le principe même du marché intérieur serait remis en cause » (point 43).

201. Si l'on consent à percevoir là le signe persistant de la relation « principe/exception » qui gouverne le rapport entre le marché intérieur et l'intérêt général national¹³⁵, il reste regrettable – du point de vue de la sécurité juridique – que la sévérité avec laquelle la Cour procède au contrôle de proportionnalité des entraves soit *de facto* indexée par la nature du motif avancé par les États membres.

Au demeurant, il est permis de penser que de telles variations se justifient par des considérations conjoncturelles. Le contrôle souple des entraves environnementales dans le domaine de l'énergie peut trouver son explication dans le développement du droit dérivé européen, exhortant les États membres à accroître la part des énergies renouvelables dans leurs mix énergétiques et, par cette voie, à réaliser les objectifs climatiques de l'Union¹³⁶. Or, la crédibilité d'une telle perspective aurait été fortement compromise si l'application d'un contrôle par trop strict des entraves avait empêché les États membres d'instaurer des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables produites sur leur territoire national. Dès lors, si l'on accepte de considérer que le cadre contextuel exerce une influence tangible sur le contrôle de proportionnalité des entraves dans le domaine de l'énergie, sans doute peut-on s'attendre à ce que la crise des approvisionnements énergétiques consécutive au conflit russo-ukrainien n'incite la Cour à faire preuve, à l'avenir, d'une plus grande mansuétude dans le contrôle des entraves nationales instaurées en vue de protéger la sécurité d'approvisionnement des États et de leurs populations.

II Libre circulation des activités énergétiques

202. Les règles du marché intérieur déploient leur effet d'attraction par-delà les produits énergétiques, pour profiter à l'ensemble des opérateurs et opérations économiques qui y sont associés. Les libertés d'établissement et de prestation de services fournissent aux acteurs du

¹³⁵ Voy. sur ce sujet : E. DURAND, « L'exception en droit du marché intérieur », *op. cit.*

¹³⁶ Sur ce point, voy. *infra*

cycle énergétique un droit subjectif¹³⁷ à participer au marché de l'énergie, tandis que la liberté de circulation des capitaux et des moyens de paiement préserve les mouvements de capital des restrictions nationales susceptibles d'en compromettre la fluidité.

Parce que ces régimes de liberté sont hérités, en grande partie, des avancées enregistrées dans le domaine de la libre circulation des marchandises, leur déclinaison au secteur de l'énergie s'accommodera de développements plus brefs. Et ce d'autant plus qu'en la matière, les forces qui animent les libertés européennes d'établissement, de prestation de services et de mouvement des capitaux sont souvent soumises aux mêmes résistances nationales, mues par des considérations tenant principalement à la protection de la sécurité des approvisionnements, des consommateurs et de l'environnement.

En tout état de cause, la juxtaposition de ces régimes de liberté garantit une libre circulation des activités énergétiques, ce qui passe par une libre circulation des opérateurs qui les assument (1) et des capitaux qui les financent (2).

1 La libre circulation des opérateurs énergétiques

203. Protégée par les articles 49 (liberté d'établissement) et 56 (libre prestation des services) TFUE, la libre circulation des opérateurs économiques couvre un domaine d'application *a priori* plus restreint pour l'intégration négative dans le domaine de l'énergie. Ce postulat s'appuie sur trois séries de considérations.

D'abord, nous l'avons vu, le régime de libre circulation des marchandises offre un point d'arrimage privilégié du marché à l'énergie, si bien que l'application alternative des règles de libre circulation¹³⁸ prive souvent d'utilité pratique le recours aux libertés d'établissement et de prestation de service. Ensuite, l'accès aux activités économiques qui jalonnent le cycle énergétique est en grande partie régi par des règles issues du droit dérivé – du moins en ce qui concerne les énergies de réseau¹³⁹ –, laissant une place plus grande aux instruments de l'intégration positive. Enfin, et sans que cela ne soit propre au secteur de l'énergie, les libertés d'établissement et de prestation de services ont fait l'objet d'une mesure transversale d'harmonisation, par la voie de la directive relative aux services dans le marché intérieur¹⁴⁰, laquelle concerne *ipso facto* les opérateurs énergétiques¹⁴¹, et décroît corrélativement les situations d'application exclusive du droit primaire.

Bien que réduite à une portion congrue, l'utilisation de l'intégration négative demeure malgré tout pertinente pour l'appréhension juridique des libertés économiques des acteurs du marché de l'énergie. Pertinente, elle l'est, d'une part et logiquement, pour l'appréhension de situations qui ne relèvent du champ d'aucun instrument sectoriel et qui, partant, échappent aux mécanismes d'intégration positive. Pertinente, elle l'est, d'autre part et paradoxalement, pour la compréhension des instruments d'harmonisation dans le domaine de l'énergie : en effet, bien que ceux-ci incarnent une méthode d'intégration positive, ils n'en restent pas moins des déclinaisons formalisées de libertés fondamentales trouvant leur source dans les mécanismes du traité protégeant la liberté économique des acteurs énergétiques.

Or, que ce soit au travers de son application « directe » ou, de façon plus médiate, en orientant l'application d'instruments sectoriels, le traité garantit aux opérateurs une liberté d'accès à l'ensemble des activités du cycle énergétique, ce qui se traduit par un contrôle des restrictions

¹³⁷ M. COMBET, *L'établissement des sociétés en droit de l'Union européenne. Contribution à l'étude de la création jurisprudentielle d'un droit subjectif*, Le Kremlin-Bicêtre, Maré&Martin Droit privé, 2017, spéc. pp. 105-110.

¹³⁸ Voy. CJ, 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92.

¹³⁹ Voy. *infra*, n°.

¹⁴⁰ Directive 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (directive services), *JO*, n° L376, 27 décembre 2006, p. 36.

¹⁴¹ Voy. *infra*, n°.

nationales à la production d'énergie (§1), à l'utilisation des réseaux énergétiques (§2) ainsi qu'à la commercialisation d'énergie (§3).

§1 Le contrôle des restrictions nationales à la production d'énergie

204. Le traité protège l'accès et l'exercice d'une activité économique dans les États membres, en interdisant à ces derniers d'adopter des mesures nationales qui constitueraient, soit, des discriminations directes ou indirectes à l'égard d'opérateurs originaires d'autres États membres, soit, plus largement, des réglementations de nature à « gêner ou rendre moins attrayant »¹⁴² l'exercice d'une activité économique. Il en va *a fortiori* ainsi à l'égard des réglementations des États membres relatives à la production d'énergie, soit que de telles réglementations limitent l'usage des ressources énergétiques par les opérateurs désireux de la convertir en énergie secondaire (a), soit qu'elles leur imposent des modalités contraintes de production (b).

a) Les restrictions à l'accès aux ressources énergétiques

205. Bien que le thème de l'accès à l'énergie soit généralement appréhendé sous l'angle de la protection des droits fondamentaux des individus¹⁴³, il n'en reste pas moins susceptible d'intéresser aussi les libertés économiques des opérateurs, dès l'instant que l'accès à une ressource énergétique est la condition préalable de l'exercice d'une activité économique, en l'occurrence de production d'énergie.

À l'évidence, ce point d'achoppement entre l'accès à l'énergie et l'exercice d'une liberté économique concerne principalement l'usage des sources primaires d'énergie, dont un État encadrerait les modalités d'utilisation et de conversion en énergie secondaire¹⁴⁴. Certes, lorsque les sources en question constituent des marchandises, les réglementations qui en régissent l'utilisation sont appréciées à l'aune de la liberté éponyme¹⁴⁵. Mais le périmètre de la notion de marchandise n'épouse qu'imparfaitement les contours de la catégorie physique des sources d'énergie primaires, un certain nombre d'entre elles (air, eau, soleil) n'étant pas susceptibles, comme telles, de faire l'objet d'un échange commercial.

Or, dès lors que l'énergie primaire n'est pas laissée à l'usage commun, sa conversion en énergie secondaire est tributaire de l'autorisation d'y accéder, ce qui n'est pas sans conséquence quant à son appréhension par le droit de l'Union. En effet, rétive en tant que telle à l'échange, l'énergie primaire n'en constitue pas moins le siège d'une activité économique au sens qu'en donne la Cour de justice, puisqu'elle est le préalable nécessaire à l'« offre de biens (...) sur un marché donné »¹⁴⁶. Aussi, l'accès à l'énergie doit-il être garanti dans le respect des libertés économiques de circulation prévues par le traité, au bénéfice des entreprises qui la convertissent en électricité, chaleur ou mouvement.

En ce sens, la Cour a reconnu que le droit d'exploiter des biens sur le territoire d'un État membre, aux fins d'y exercer une activité économique, « constitue le complément nécessaire de la liberté d'établissement »¹⁴⁷ garantie par l'article 49 TFUE. De même, elle estime que

¹⁴² CJ, 3 octobre 2000, *Josef Corsten*, C-58/98, point 33.

¹⁴³ Voy. notamment : A.-J. BRADBROOK, « Access to energy services in a human rights framework », *Human Rights Quarterly* 2005, n° 28 ; C. KROLIK, « Le droit à l'énergie », in *Technique et droits humains*, Paris, Montchrestien, 2011, pp. 451-462 ; K. NERI, « Le droit à l'énergie : un nouveau droit de l'Homme ? », in S. DOUMBE-BILLE (dir.), *Défis énergétiques et droit international*, op. cit., pp. 335-352.

¹⁴⁴ Sur les notions d'énergie « primaire », « secondaire » et « finale », voy. *supra* n°

¹⁴⁵ Voy. *supra*, n°

¹⁴⁶ CJ, 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov e.a.*, C-180/98, point 75.

¹⁴⁷ CJ, 1^{er} juin 1999, *Klaus Konle*, C-302/97, point 22 ; voy., sur l'ensemble de cette question, C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, op. cit., spéc. p. 48 et pp. 231-232.

l'exclusion des entreprises établies dans d'autres États membres pour l'accès à l'usage de biens constitue une restriction à la libre prestation de services¹⁴⁸ au sens de l'article 56 TFUE. Par conséquent, l'attribution par l'État des droits d'usage de l'énergie n'échappe pas aux règles du marché intérieur. C'est ainsi que la mention, dans la loi française du 16 octobre 1919 régissant l'utilisation de la force de l'eau, d'un droit de préférence accordé, lors du renouvellement des concessions de force hydraulique, au concessionnaire sortant, a été considérée par la Commission européenne comme manifestement incompatible avec la liberté d'établissement. Ce droit de préférence rendait *de facto* la possibilité d'accès d'autres opérateurs purement théorique¹⁴⁹. De la même manière, c'est aux fins de mise en conformité à l'article 49 TFUE qu'une loi française du 12 juillet 2010¹⁵⁰ a supprimé la condition de nationalité française à laquelle était subordonné l'octroi d'un titre d'autorisation ou de concession¹⁵¹ pour l'exploitation de la force motrice de l'eau, condition dont il ne fait nul doute qu'elle constituait une méconnaissance du principe de non-discrimination dans l'exercice de la liberté d'établissement¹⁵².

b) Les restrictions à la production d'énergie

206. À l'occasion d'une affaire *ENEL Produzione*¹⁵³, la Cour retient qu'une réglementation imposant à des producteurs d'électricité de mettre leur capacité de production à disposition du gestionnaire de réseau, en vue d'assurer un approvisionnement continu des consommateurs, contraint leur liberté économique. En l'espèce, la législation nationale introduisait un mécanisme de « service d'appel », permettant au gestionnaire de réseau d'imposer à des entreprises possédant des installations qualifiées d'essentielles de mettre à sa disposition des quantités d'énergie déterminées à un prix fixé par l'État. Le recours au service d'appel se justifiait, dès lors que des déséquilibres marqués entre l'offre et la demande d'électricité risquaient de compromettre la sécurité du réseau et/ou d'accroître le prix de vente de l'électricité auprès des consommateurs.

Bien que la situation en cause relève du champ d'application des directives sectorielles de libéralisation du marché de l'électricité, la Cour rappelle leur filiation aux règles du traité protégeant la liberté d'établissement et de prestations de services¹⁵⁴. Et, de ce point de vue, les règles sectorielles empruntent une logique fondamentale connue pour l'application des

¹⁴⁸ CJ, 30 mai 1989, *Commission c. Grèce*, 305/87, point 24. Voy. également : CJ, 14 janvier 1988, *Commission c. Italie*, 63/86, point 15.

¹⁴⁹ Avis motivé du 21 décembre 2004 (Communiqué de presse IP/04/1520). Par la suite, la Commission a engagé une procédure en manquement (Communiqué de presse IP/05/920), dont elle se désistera après correction par les autorités nationales du dispositif litigieux (Communiqué de presse IP/08/1793). Voy. à ce sujet : B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, *op. cit.*, pp. 147-148, « Quelle place pour la politique nationale de l'énergie ? », *op. cit.*, spéc. p. 220 ; M. MEDDEB, « Vers une mise en concurrence lors du renouvellement des concessions hydroélectriques », *Revue Lamy de la concurrence* 2009, n° 18. Voy. également : CJ, 27 juin 2013, *Commission c. Pologne*, C-569/10.

¹⁵⁰ Article 91 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n° 160 du 13 juillet 2010, p. 12905. Sur cette question : voy. *infra*, .

¹⁵¹ Article 26 de la loi du 16 octobre 1919, précité, version initiale : « (a)ucune concession ou autorisation ne peut être accordée, aucune cession ou transmission de concession ou d'autorisation ne peut être faite qu'aux seuls Français ».

¹⁵² Voy. sur cette question : B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, *op. cit.*, p. 147 ; « Marché des énergies renouvelables et droit du libre-échange », *op. cit.*, p. 182. Rapp. : CJ, 27 juin 2013, *Commission c. Pologne*, précité, spéc. points 51-52.

¹⁵³ CJ, 21 décembre 2011, C-242/10.

¹⁵⁴ Point 34 de l'arrêt : la Cour relève que la directive de libéralisation du marché de l'électricité, applicable au cas d'espèce, « assure la mise en œuvre dans le secteur de l'électricité des libertés fondamentales consacrées par le traité, dont la libre circulation des marchandises, la libre prestation des services et la liberté d'établissement, et contribue ainsi à leur garantie ».

mécanismes du traité : qu'elles soient appréhendées sous l'angle du droit primaire européen ou dans les dispositifs ciblés des directives sectorielles, les restrictions à l'activité de production sont légalement justifiées dès l'instant qu'elles répondent à un impératif d'intérêt général et qu'elles sont proportionnés à celui-ci. La Cour estime que la réglementation en cause respecte ces exigences, en ce qu'elle répond d'un impératif de protection de la sécurité d'approvisionnement et des consommateurs d'énergie, et n'excède pas ce qui est nécessaire à cette fin. Le juge relève en particulier, que le mécanisme d'appel ne s'applique qu'aux seuls opérateurs disposant d'installations essentielles, qui sont strictement nécessaires et indispensables à la satisfaction des besoins du service d'appel, que l'obligation de mise à disposition est limitée dans le temps et ne court que « pendant les plages horaires et pour les quantités pour lesquelles l'installation de production est réputée essentielle à la sécurité du réseau » et, qu'enfin, le prix fixé par l'État au titre du service d'appel garantit aux producteurs qui y sont soumis une rémunération équitable¹⁵⁵.

§2 Le contrôle des restrictions nationales à l'exploitation des réseaux d'énergie

207. Bien que l'accès des entreprises aux réseaux énergétiques soit, en grande partie, régi par les directives de libéralisation des marchés du gaz et de l'électricité¹⁵⁶, ces textes laissent aux États membres une certaine liberté dans la définition des conditions dans lesquelles l'exploitation de ces réseaux est confiée à un opérateur. Pour autant, dans l'exercice de cette liberté, les États restent comptables du respect du droit primaire de l'Union et doivent s'abstenir d'instaurer des entraves aux libertés d'établissement et de prestation de services protégées par le traité.

C'est en ce sens qu'a statué la Cour, dans l'arrêt *Coname*¹⁵⁷, au sujet de l'attribution d'une concession de distribution de gaz à une société par une commune italienne. Dans la mesure où les concessions de distribution échappent aux règles de l'Union intéressant les marchés publics, et que leurs modalités de passation n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation par les directives relatives au marché du gaz, la Cour déclare que « c'est à la lumière du droit primaire, et plus particulièrement, des libertés fondamentales prévues par le traité, que doivent être examinées les conséquences du droit communautaire relatives à l'attribution de telles concessions ». Elle relève alors que l'attribution, en l'absence de toute transparence, de cette concession à une entreprise italienne, est constitutive d'une discrimination indirecte à l'exercice de la liberté d'établissement, dans la mesure où une entreprise située dans un autre État membre n'avait, à défaut de publicité minimale adéquate, « aucune possibilité réelle de manifester son intérêt pour obtenir ladite concession »¹⁵⁸.

S'inscrivant dans le prolongement de la jurisprudence *Telaustria*¹⁵⁹, la Cour a encore déduit des articles 49 et 56 TFUE l'existence d'une obligation de transparence, qui implique un « degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution »¹⁶⁰. La suite de sa jurisprudence précisera que de telles sujétions incombent aux autorités concédantes, tant à l'occasion de l'attribution initiale du contrat et de son renouvellement¹⁶¹, qu'à celle d'une

¹⁵⁵ Points 62, 66 et 68 de l'arrêt.

¹⁵⁶ Voy. *infra*, n°

¹⁵⁷ CJ, 21 juillet 2005, C-231/03.

¹⁵⁸ Points 16 et 18 de l'arrêt.

¹⁵⁹ CJ, 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98. Sur ce sujet, voy. S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant 2020, spéc. pp. 59 s.

¹⁶⁰ Points 60 à 62 de l'arrêt *Telaustria* précité, voy. aussi CJ, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, points 46 à 49 ; 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, point 21.

¹⁶¹ CJ, 13 septembre 2007, *Commission c. Italie*, C-260/04, spéc. point 25.

modification substantielle du contenu d'une concession en cours¹⁶². Dans ces situations, en effet, le défaut de publicité minimale empêche les opérateurs établis dans d'autres États membres d'avoir accès aux informations pertinentes relatives à une concession, pour laquelle ils auraient pu manifester un intérêt ; et constitue, partant, un frein à l'accès au marché en protégeant les positions acquises par les opérateurs nationaux.

208. Si cette orientation jurisprudentielle exerce *de facto* une contrainte forte sur les règles nationales d'organisation du secteur de l'énergie, il faut noter que les tentatives de mise en conformité du droit national sur ce sujet s'inscrivent elles aussi sous l'étroite surveillance du droit de l'Union. L'arrêt *ASM Brescia*¹⁶³ rendu en juillet 2008, en constitue une remarquable illustration. L'affaire s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt *Coname* qui a contraint les autorités italiennes à repenser le cadre d'attribution des concessions de distribution de gaz, afin de le mettre en conformité avec le droit primaire européen. En l'espèce, une loi a été adoptée dans le dessein de résilier de manière anticipée les concessions attribuées sans mise en concurrence, mais prévoyait, au nom de la sécurité juridique des concessionnaires, que ces concessions devaient être maintenues durant une période transitoire. Or, pour la Cour, cette législation, par le report qu'elle implique de l'attribution d'une nouvelle concession par une procédure publique, est, « au moins pendant la période de ce report, constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par une telle concession, qui sont situées dans un État membre autre que celui dont relève [l'autorité concédante] » (point 63 de l'arrêt).

Cela étant dit, l'emprise diffuse que le régime des entraves exerce sur les réglementations relatives aux concessions de distribution d'énergie leur permet, dans le même mouvement, de bénéficier des mécanismes d'exception propres à ce régime. Ainsi des motifs d'intérêt général sont-ils capables de justifier légalement les restrictions aux libertés d'établissement et de prestations de service liées aux conditions d'attribution ou de renouvellement des concessions. En l'occurrence, lors de l'affaire *ASM Brescia*, la Cour accepte de considérer que le maintien d'une période transitoire pour la résiliation des concessions existantes attribuées en violation des règles du traité était objectivement justifié par un impératif de protection de la sécurité juridique des concessionnaires. Pareille restriction était, par ailleurs, nécessaire pour leur permettre de dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions acceptables, tant du point de vue des exigences du service public, que du point de vue économique (point 71).

209. Force est ainsi de constater que la jurisprudence de la Cour contribue à déployer un large effet aux exigences des articles 49 et 56 TFUE, en soumettant les concessions de distribution d'énergie aux règles du marché intérieur, quand bien même ces concessions ne relèvent d'aucun instrument sectoriel de l'Union. Il n'en reste pas moins que la portée de cette jurisprudence ne semble pas excéder les situations où sont en cause les conditions d'attribution et de renouvellement des concessions de distribution. Au-delà, la Cour estime en revanche que le droit de l'Union n'a pas vocation à régir les conditions dans lesquelles un État met fin de façon anticipée aux concessions existantes attribuées sans mise en concurrence, quand bien même il s'agirait, pour cet État, de mettre son droit national en conformité aux règles du marché intérieur européen¹⁶⁴.

¹⁶² CJ, 18 avril 2010, *Wall*, C-91/08, point 37.

¹⁶³ CJ, 17 juillet 2008, C-347/06.

¹⁶⁴ CJ, 21 mars 2019, *Unareti*, C-702/17, points 30 et s. : « les règles issues des articles 49 et 56 TFUE sont relatives aux obligations qui s'imposent au pouvoir adjudicateur lors de l'attribution d'une concession de service public de distribution de gaz naturel, notamment dans le cas où celle-ci présente un intérêt transfrontalier certain. (...) Or, tel n'est ni l'objet ni l'effet des décrets attaqués au principal, qui concernent seulement les normes de référence pour le calcul du remboursement prévu par le droit national (...) au profit du titulaire d'une concession en cours attribuée sans mise en concurrence préalable et résiliée de façon anticipée en vue de sa réattribution au

§3 Le contrôle des restrictions nationales à la commercialisation d'énergie

210. En dernier lieu, les réglementations nationales qui régissent la vente d'énergie peuvent relever de l'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement et/ou de prestation de services, en particulier lorsque ces réglementations imposent aux opérateurs énergétiques de recourir à certaines modalités de commercialisation, en vue de protéger les consommateurs. Cette analyse a été retenue par la Cour lors de l'affaire *Repsol Butano*¹⁶⁵, dans laquelle était mise en doute la conformité au droit de l'Union d'une législation espagnole régissant les modalités de distribution de bouteilles de GPL (gaz de pétrole liquéfié). En vue de préserver les consommateurs vulnérables des variations erratiques des prix du GPL, les autorités nationales avaient, dans certaines régions espagnoles, confié aux opérateurs qui détiennent la plus grande part de marché dans le secteur du GPL, deux séries d'obligations : il leur incombait, d'une part, de vendre à un prix réglementé des bouteilles de GPL aux consommateurs finals et, d'autre part, d'en assurer la distribution à domicile.

Afin d'évaluer la conformité d'une telle mesure au droit de l'Union, le juge national se référait à l'arrêt *Federutility* du 20 avril 2010, dans lequel la Cour avait jugé que la directive 2003/55 relative au marché intérieur du gaz naturel, alors applicable, ne s'opposait pas à une réglementation nationale qui, dans l'intérêt économique général, cherche à maintenir le prix de la fourniture de gaz naturel à un niveau raisonnable, pour autant que cette réglementation tienne compte des objectifs de libéralisation et de protection du consommateur final, qu'elle soit nécessaire et qu'elle ait une durée limitée¹⁶⁶. Aussi était-il question de déterminer si une telle prise de position pouvait être déclinée au cas d'espèce, sachant que le commerce de GPL ne relève pas du champ d'application des directives de libéralisation du marché qui ne concernent que le marché intérieur du gaz naturel transitant par le biais d'un réseau.

Si la Cour confirme que ces directives n'ont pas vocation à s'appliquer au commerce de bouteilles de GPL (en tant qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une énergie de réseau), elle souligne néanmoins que la conformité du régime national au droit de l'Union ne s'épuise pas dans le constat de l'inapplicabilité de ces textes. En effet, elle retient que le raisonnement issu de l'arrêt *Federutility* constitue une déclinaison formalisée au marché intérieur du gaz du principe de proportionnalité, lequel, en tant que principe général du droit de l'Union, doit être respecté par toute réglementation nationale qui entre dans le champ d'application du droit de l'Union ou qui met en œuvre ce dernier¹⁶⁷. Or, relève la Cour, la réglementation nationale, en tant qu'elle fait obstacle à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché, est susceptible de constituer une entrave aux libertés économiques de circulation et qu'elle se trouve, partant, dans le champ d'application du droit de l'Union et notamment de la directive services. En particulier, en son article 15, par. 3, la directive prévoit que les États membres peuvent restreindre l'exercice d'activités économiques en les soumettant à des « exigences », sous réserve que celles-ci respectent des conditions de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité. En d'autres termes, la Cour encadre, tout en les précisant, les critères d'appréciation de la licéité des entraves aux libertés économiques en faisant appel aux raisonnements habituels préconisés pour l'application du droit primaire du marché.

terme d'une procédure d'appel d'offres en vertu du seul droit national, (...), la directive 2009/73 ne prévoyant pas de remise en cause des concessions de distribution du gaz existantes. (...) Il s'ensuit que la remise en cause des concessions existantes (...) ne découle pas du droit de l'Union en matière de concessions de service public de distribution de gaz ».

¹⁶⁵ CJ, 11 avril 2019, *Repsol Butano*, précité.

¹⁶⁶ CJ, 20 avril 2010, *Federutility*, précité.

¹⁶⁷ CJ, 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13 ; voy. *a contrario*, CJ, 21 mars 2019, *Unareti*, précité.

Cherchant manifestement à favoriser la cohérence de sa jurisprudence dans le domaine de l'énergie, la Cour apprécie la validité de la mesure nationale en cause dans l'affaire *Repsol Butano* en interprétant la directive services à la lumière des critères dégagés dans l'arrêt *Federutility*. Elle rappelle alors qu'elle avait jugé dans cet arrêt qu'une intervention étatique sur les prix de vente du gaz constitue une entrave au marché intérieur, susceptible d'être justifiée par un intérêt économique général de protection des consommateurs, pour autant qu'elle respecte le principe de proportionnalité, ce qui implique, notamment, qu'elle soit limitée dans le temps. Elle en avait déduit que l'intervention nationale doit être soumise à une obligation de réexamen périodique, de nature à vérifier tant la nécessité de maintenir cette intervention que les modalités de sa mise en œuvre¹⁶⁸. À cet égard, la Cour indique au juge national que le seul fait que le droit espagnol prévoit que le régime de prix réglementés s'applique de façon transitoire ne permet pas, à lui seul, de considérer qu'il respecte le principe de proportionnalité. Mais, par ailleurs, la Cour souligne que le cercle des bénéficiaires de la mesure litigieuse excède les seuls consommateurs vulnérables (car elle concerne l'ensemble des consommateurs domestiques). Ceci est un indice de nature à indiquer que les mesures vont au-delà de ce qui est nécessaire, ce qu'il appartiendra au juge national de vérifier.

211. En définitive, la jurisprudence de la Cour a résolument intégré dans le domaine de l'énergie la *ratio legis* classique du marché intérieur, permettant d'indexer l'exercice des libertés économiques des opérateurs énergétiques au gré des exigences fondamentales des politiques nationales de l'énergie. En creux, l'exercice du contrôle de proportionnalité des restrictions nationales reflète l'ambivalence de l'énergie car il vise à organiser la confrontation entre la nature économique de celle-ci, qui la prédestine à répondre des stratégies commerciales d'opérateurs marchands, et sa nature stratégique dans le for des États membres, qui peut les inciter à restreindre le fonctionnement naturel du marché s'il met en péril la sécurité d'approvisionnement, la protection des consommateurs ou bien encore la qualité de l'environnement.

2 La libre circulation des capitaux dans le domaine de l'énergie

212. À l'instar des autres régimes de libertés, la libre circulation des capitaux repose sur la dialectique habituelle du marché intérieur : l'article 63 TFUE fait interdiction aux États d'introduire des restrictions aux mouvements de capitaux et des moyens de paiement, tout en permettant de justifier l'introduction de telles restrictions au nom de considérations d'intérêt général, pour autant qu'elles y soient strictement proportionnées. Peu original dans sa facture, le régime de libre circulation des capitaux s'est néanmoins singulièrement illustré dans le domaine de l'énergie.

Les relations étroites que les autorités nationales entretiennent avec les entreprises énergétiques, autant que la nature stratégique des activités qu'elles assurent, expliquent en effet que les États membres soient enclins à contrôler étroitement les prises de participation dans le capital d'opérateurs historiques. Or, la probabilité que de tels contrôles relèvent de l'interdiction des entraves à la libre circulation des capitaux est grande, que ceux-ci aient vocation à interdire la privatisation d'opérateurs énergétiques (§1) ou à maintenir, dans le for d'opérateurs privatisés, des pouvoirs étendus de contrôle au profit de l'État actionnaire, sous la forme d'« actions spécifiques » (§2).

¹⁶⁸ Rappr. : CJ, 7 septembre 2016, *ANODE*, précité.

§ 1 L'encadrement des régimes nationaux d'interdiction des privatisations d'opérateurs publics

213. L'avancement du processus européen d'intégration a provoqué de profondes mutations du secteur de l'énergie, dont l'une des plus symptomatiques a sans conteste été liée à la libéralisation des marchés du gaz et de l'électricité. L'évolution est connue¹⁶⁹ : sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, ces secteurs « sont passés d'un système nationalisé, dans lequel chaque filière était confiée à une entreprise publique verticalement intégrée en charge de toutes les étapes de la chaîne énergétique, à un marché libéralisé et concurrentiel, largement entre les mains d'entreprises privées ou au moins à forme juridique privée »¹⁷⁰. Il va sans dire qu'un bouleversement à ce point radical ne s'est pas opéré sans résistance de la part des États membres, dont certains craignaient que l'inféodation de l'énergie aux puissances de l'économie de marché ne détourne ses participants des priorités d'intérêt général portées par les politiques énergétiques nationales. Or, à les supposer légitimement fondées, de telles résistances nationales peuvent contrarier les libertés économiques des opérateurs, *a fortiori* lorsqu'elles les privent de la possibilité d'accéder au capital d'entreprises publiques historiquement actives dans le secteur de l'énergie et dont les États refuseraient qu'elles fassent l'objet d'une privatisation.

Bien qu'elle puisse revêtir les atours d'un patriotisme économique peu à même de répondre de la logique fondamentale du marché intérieur européen, une interdiction de privatiser un opérateur historique détenu par l'État pourrait *a priori* trouver quelques renforts dans l'article 345 TFUE, en vertu duquel « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété des États membres ». Pour autant, la jurisprudence de la Cour enseigne que le « principe de neutralité »¹⁷¹ contenu à l'article 345 TFUE ne dispense pas les États membres ayant choisi de maintenir un régime de propriété publique à l'égard d'entreprises énergétiques du respect des libertés de circulation, dont la libre circulation des capitaux.

214. Cette analyse ressort de l'arrêt précité *Essent* prononcé le 22 octobre 2013 par la grande chambre de la Cour, à l'occasion duquel plusieurs entreprises actives dans le secteur néerlandais de l'énergie mettaient en cause la compatibilité avec le droit de l'Union de la législation nationale relative à l'organisation du secteur de l'énergie.

Plus précisément, la loi nationale en cause énonçait une triple interdiction : une « interdiction de privatisation », empêchant des investisseurs privés d'acquérir des actions au sein d'entreprises gestionnaires de réseau. La deuxième interdiction, dite « interdiction de groupe », prohibait tout lien de propriété ou de contrôle entre des sociétés faisant partie d'un groupe auquel appartient une entreprise de gestion et d'exploitation de réseau et des sociétés actives dans la production, la fourniture ou le négoce d'électricité. Le troisième volet interdisait l'accomplissement par les gestionnaires de réseau d'opérations susceptibles de desservir la gestion du réseau.

En d'autres termes, la loi instaurait une conception particulièrement stricte de la séparation des activités concurrentielles et de réseau¹⁷², en dressant des cloisons étanches entre les opérateurs intervenant dans les différents segments du cycle énergétique. Le législateur néerlandais tenait visiblement compte du fait que les stratégies commerciales d'opérateurs actifs dans le domaine concurrentiel de la production et/ou de la fourniture d'énergie pouvaient être animées par des considérations mercantiles, *a priori* étrangères à celles, d'intérêt général, qui inspirent la gestion des réseaux. Cette partition rigide des flux

¹⁶⁹ Pour une présentation plus détaillée, voy. *infra*, n°.

¹⁷⁰ M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie, op. cit.*, p. 26.

¹⁷¹ CJ, 22 octobre 2013, *Essent*, précité, point 29 ; comm. E. DURAND, *RLDA* n° 90, 1^{er} février 2014.

¹⁷² Sur ces notions, voy. *infra* n°.

capitalistiques visait, en ce sens, à limiter les risques de subventions croisées et d'échanges d'informations stratégiques, à prévenir les distorsions de concurrence sur les marchés de l'électricité et du gaz, tout en garantissant des investissements suffisants dans les réseaux énergétiques.

Après avoir écarté la possibilité que l'article 345 TFUE puisse justifier d'extraire la législation en cause du champ de l'article 63 TFUE¹⁷³, la Cour retient, au regard de cette disposition, l'existence d'entraves à la libre circulation des capitaux. Ceci n'est, du reste, pas surprenant. Qu'il s'agisse de l'interdiction de privatisation, de l'impossibilité de nouer des relations capitalistiques entre groupe de sociétés ayant des activités que la législation nationale entendait compartimenter ou de l'interdiction faite aux sociétés d'un groupe auquel appartient un gestionnaire de réseau d'investir dans le capital d'entreprises actives dans des secteurs concurrentiels, la loi nationale empêchait les investisseurs privés de disposer librement de leurs capitaux.

215. Dans un deuxième temps, c'est la connexité des orientations nationales avec le processus de libéralisation du secteur de l'énergie porté par le législateur de l'Union qui a vraisemblablement incité la Cour à faire preuve d'une certaine souplesse à l'égard des motifs invoqués par les Pays-Bas en vue de justifier légalement de telles entraves.

En effet, compte tenu de la portée éminemment économique des motifs qui sous-tendent la législation en cause, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour n'en autorise pas l'invocation par l'État, sa jurisprudence traditionnelle enseignant que « des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave »¹⁷⁴ aux libertés de circulation. Pour autant, elle admet, en l'espèce, la mobilisation de motifs économiques, en tant qu'ils participent en creux à la réalisation d'impératifs non économiques d'intérêt général, ou qu'ils en facilitent la réalisation. Elle relève ainsi que l'objectif d'une concurrence non faussée sur les marchés de l'énergie permet de garantir une loyauté de la concurrence et, à travers elle, participe de la protection des consommateurs, laquelle constitue une raison impérieuse d'intérêt général. De même, elle adosse à l'objectif tenant à garantir un investissement suffisant dans les réseaux, celui de la sécurité d'approvisionnement. Enfin, à l'égard des objectifs tenant à assurer la transparence sur les marchés de l'énergie, la Cour retient leur connexité avec les orientations prises par le législateur européen dans le cadre de la libéralisation du marché de l'énergie. En creux, cette perméabilité des motifs économiques et non économiques à même de justifier des entraves aux libertés fondamentales semble parfaitement refléter l'ambivalence du secteur de l'énergie, qui incarne cette double fonction économique et stratégique. Sans doute, cette ambivalence explique-t-elle que la Cour fasse preuve d'une certaine mansuétude quant aux arguments développés par les États membres pour contraindre les flux de capitaux, lorsqu'ils ne s'organiseraient pas spontanément en faveur des enjeux structurants de leur politique nationale de l'énergie. Il convient, cependant, de ne pas surestimer cette orientation jurisprudentielle. Car, si la Cour concède aux États membres une importante marge d'appréciation pour déterminer les motifs d'intérêt général justifiant de restreindre la libre circulation des capitaux, beaucoup plus sévère est le contrôle qu'elle effectue sur l'ampleur des moyens que ceux-ci mettent en œuvre pour y parvenir. C'est en particulier au sujet des dispositifs d'actions spécifiques introduits par les États dans le capital d'opérateurs privatisés,

¹⁷³ Point 34 de l'arrêt. L'on relèvera, néanmoins, que l'analyse n'est pas partagée par l'avocat général JÄÄSKINEN. Selon lui, il résulterait du principe de neutralité qu'exprime l'article 345 TFUE que les conséquences attachées au système de propriété retenu qu'un État aura choisi de retenir ne peuvent jamais être considérées, en tant que telles, au regard de la qualité d'entrave, laquelle ne peut être retenue qu'à l'égard des « conséquences restrictives autres que celles découlant directement et de manière inévitable du régime de propriété publique ou privée » retenu par l'État (point 42 des conclusions).

¹⁷⁴ CJ, 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, point 39.

que la rigueur du contrôle de proportionnalité des entraves à la libre circulation des capitaux s'exprime le plus visiblement.

§ 2 L'encadrement des actions spécifiques de l'État dans le capital d'opérateurs privatisés

216. Des dispositifs dits d'« actions spécifiques » (*golden share*) sont instaurés par certains États membres en vue de limiter ou d'interdire des prises de participation dans des entreprises intervenant dans des secteurs stratégiques à l'instar du secteur de l'énergie¹⁷⁵. L'objectif qui sous-tend l'instauration de *golden share* se devine aisément : il s'agit de veiller à ce que la libéralisation des secteurs énergétiques ne dépossède pas complètement les États de la maîtrise d'enjeux stratégiques qui leur sont étroitement associés. Ces risques sont résolument accrus dans le cadre d'opérations de privatisation d'opérateurs historiques constituées initialement sous la forme d'entreprises publiques.

En effet, dans un tel contexte, l'accès au capital par des acteurs privés, le cas échéant étrangers, engendre *de facto* une limitation, sinon une perte complète, de la capacité de direction qu'un État peut être en mesure d'exercer sur ces opérateurs historiques. Aux fins d'y remédier, des réglementations nationales instaurent ainsi des actions spécifiques au profit de l'État, lui permettant par la seule détention, même minoritaire, de participations dans le capital d'opérateurs privatisés, de disposer de pouvoirs de contrôle étendus. En règle générale, ces actions spécifiques garantissent à l'État actionnaire une maîtrise de la composition des organes de direction des opérateurs et, par cette voie, un moyen de maintenir une adéquation entre les orientations commerciales de ceux-ci et les priorités de la politique nationale de l'énergie¹⁷⁶.

Parce qu'elle contraint l'accès au capital de sociétés commerciales, l'instauration de *golden share* par les États membres a été à l'origine d'une série de recours en manquement diligentés par la Commission, à l'issue desquels la Cour de justice a invariablement retenu l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux¹⁷⁷.

Certes, la Cour reconnaît l'existence de « préoccupations pouvant, selon les circonstances, justifier que les États membres gardent une certaine influence dans les entreprises initialement publiques et ultérieurement privatisées, lorsque ces entreprises agissent dans les domaines des services d'intérêt général ou stratégiques ». Pour autant, la satisfaction de telles préoccupations doit se réaliser dans le respect des libertés de circulation. Or la Cour estime que la nature des *golden share* leur confère le caractère d'une restriction à la libre circulation des capitaux, dans la mesure où elles sont susceptibles, en tant que telles, « d'empêcher l'acquisition d'actions dans les entreprises concernées et de dissuader les investisseurs d'autres États membres d'effectuer leurs placements dans le capital de ces entreprises. Et la

¹⁷⁵ Sur ce sujet : M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie, op. cit.*, pp. 204 s. ; N. THIRION, « 'Golden shares', droits des sociétés et marché intérieur », *CDE*, 2003, pp. 225-282.

¹⁷⁶ Voy, pour une illustration en droit interne français, l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, dont l'article 31-1, I, prévoit que, « si la protection des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale exige qu'une action ordinaire de l'État soit transformée en une action spécifique assortie de tout ou partie des droits définis aux 1° à 4° du présent I, un décret en Conseil d'État prononce cette transformation et en précise les effets ». Déclinée au secteur qui nous occupe, cette disposition est à mettre en lien avec l'article n° L. 111-69 du Code de l'énergie français, qui prévoit qu'« en vue de préserver les intérêts essentiels de la France dans le secteur de l'énergie, notamment d'assurer la continuité et la sécurité d'approvisionnement en énergie, un décret prononce la transformation d'une action ordinaire de l'État en une action spécifique ».

¹⁷⁷ Pour une analyse, voy. R. KOVAR, « Les actions spécifiques : état de la jurisprudence de la Cour de justice », *Europe* n° 8-9, pp. 5-10 ; E. GIPPINI-FOURNIER et J.-A. RODRIGUEZ MIGUEZ, « Actions spécifiques dans les sociétés privatisées : le beurre ou l'argent du beurre », *RDUE*, 2003, n° 1, pp. 39-86.

Cour d'en déduire que l'existence même de *golden share* en vient à « rendre illusoire la libre circulation des capitaux »¹⁷⁸.

Ainsi en a-t-elle jugé à propos :

- de la réglementation française qui instaure une action spécifique de l'État dans le capital de la société *Elf Aquitaine* et permet au ministre de l'Économie de s'opposer, sans justification, à toute augmentation de capital ou à toute cession de titre de cette société et de ses filiales¹⁷⁹ ;
- de la législation belge instituant une action spécifique de l'État dans le capital de la SNTC et de Distrigaz qui prévoit, d'une part, un droit d'opposition de l'État pour toute cession d'actifs stratégiques et, d'autre part, un droit d'opposition de l'État à l'encontre de certaines décisions de gestion estimées contraires à la politique énergétique du pays¹⁸⁰ ;
- des législations portugaise¹⁸¹ et espagnole¹⁸² qui soumettent à autorisation préalable de l'État toute prise de participation dans le capital d'opérateurs historiques dans le secteur de l'énergie ;
- de la législation espagnole qui soumet à un contrôle de l'État l'exercice des droits de vote de certains actionnaires dans le capital de « sociétés d'importance nationale exerçant des activités sur les marchés de l'énergie »¹⁸³ ;
- de dispositifs nationaux introduits en Espagne dans le dessein à peine dissimulé de faire échec à une offre publique d'achat présentée sur l'opérateur historique national par un opérateur historique d'un autre État membre¹⁸⁴ ;
- de la législation grecque qui plafonne à 20% la hauteur des participations qu'un opérateur peut acquérir sans autorisation préalable dans le capital de sociétés anonymes dites stratégiques, occupant ou ayant occupé une position de monopole¹⁸⁵ ;
- ou bien encore de la législation espagnole conférant à un organisme public, en tant qu'actionnaire minoritaire d'une société de distribution de gaz et d'électricité, de préempter le choix des membres du conseil d'administration de celle-ci¹⁸⁶.

À lui seul, l'inventaire des constats de restrictions à la libre circulation des capitaux laisse entrevoir l'extrême rigueur avec laquelle la Cour de justice appréhende les *golden share* dans le domaine de l'énergie.

217. Plus encore, la Cour procède à un examen particulièrement sévère à l'égard des arguments invoqués en défense par les États membres. En vue de justifier les restrictions à la libre circulation des capitaux, ceux-ci évoquent invariablement des motifs tirés de la sécurité d'approvisionnement, qu'une ouverture incontrôlée du capital d'opérateurs historiques à des prises de participation étrangères risquerait de mettre en péril.

¹⁷⁸ CJ, 4 juin 2002, *Commission c. France (Elf Aquitaine)*, C-483/99, points 41 et 47.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ CJ, 4 juin 2002, *Commission c. Belgique (SNTC et Distrigaz)*, C-503/99.

¹⁸¹ CJ, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, C-367/98 ; 11 novembre 2010, *Commission c. Portugal (EDP)*, C-543/08.

¹⁸² CJ, 13 mai 2003, *Commission c. Espagne*, C-463/00.

¹⁸³ CJ, 14 février 2008, *Commission c. Espagne*, C-274/08.

¹⁸⁴ CJ, 17 juillet 2008, *Commission c. Espagne (E.On-ENDESA)*, C-207/07 : en l'occurrence, l'instauration, par l'Espagne, d'une action spécifique dans le capital d'ENDESA se justifiait par sa volonté d'empêcher sa cession à l'opérateur allemand E.On).

¹⁸⁵ CJ, 8 novembre 2012, *Commission c. Grèce*, C-244/11.

¹⁸⁶ L'arrêt est, cette fois, rendu dans le cadre d'un renvoi préjudiciel : CJ, 6 décembre 2007, *Federconsumatori*, C-463/04 et C-464/04.

Bien que la validité d'un tel motif ne soit jamais mise en doute par la Cour, celle-ci veille à ce que la sécurité d'approvisionnement ne puisse fonder des mesures restrictives non nécessaires et/ou disproportionnées¹⁸⁷.

Or parmi les dispositifs d'actions spécifiques évalués par la Cour, nombreux sont ceux qui échouent à l'épreuve du contrôle de proportionnalité. Soit la Cour estime que ces dispositifs ne sont tout simplement pas aptes à contribuer à la sécurité d'approvisionnement. Elle juge ainsi que la simple acquisition d'une participation au capital d'une société opérant dans le secteur de l'énergie ne saurait être considérée, en soi, comme une menace réelle et suffisamment grave pour la sécurité d'approvisionnement. Non seulement, parce qu'un tel régime d'autorisation produit ses effets avant même que la société concernée ait adopté une décision, c'est-à-dire sans que soit établi un risque, même potentiel, d'atteindre à la sécurité d'approvisionnement¹⁸⁸. Mais encore, parce qu'une fois obtenue, l'autorisation d'acquiescer une partie du capital de l'opérateur historique ne garantit aucunement que celui-ci prenne ou non en compte les menaces ultérieures à la sécurité d'approvisionnement de l'État¹⁸⁹. Soit la Cour estime que les actions spécifiques confèrent à l'État un pouvoir discrétionnaire par trop étendu, en lui permettant, sans motivation et sans possibilité de recours juridictionnel, de restreindre l'accès au capital de sociétés énergétiques. Elle juge qu'une telle marge d'appréciation de l'État, au regard de l'incertitude qu'elle fait naître dans le for des opérateurs économiques et des risques de traitement discriminatoire qu'elle engendre, va, pour atteindre l'objectif de sécurité d'approvisionnement poursuivi manifestement au-delà de ce qui est nécessaire¹⁹⁰.

218. Ce n'est ainsi que dans la stricte mesure où, d'une part, l'existence d'actions spécifiques n'annihile pas complètement l'autonomie décisionnelle de l'entreprise concernée et où, d'autre part, l'exercice de l'action spécifique de l'État est flanqué de garanties procédurales particulièrement précises que la Cour consent à y percevoir une restriction proportionnée à la libre circulation des capitaux. Une telle analyse, dont on doit signaler qu'elle reste exceptionnelle dans la jurisprudence sur le sujet, a été retenue à propos du dispositif belge en cause dans l'affaire *SNTC et Distrigaz*¹⁹¹.

En l'espèce, le droit belge avait institué une action spécifique au profit de l'État dans le capital de la SNTC et de Distrigaz, sociétés actives dans le secteur du transport d'énergie. Ces actions spécifiques étaient assorties de droits particuliers au bénéfice de l'État, consistant, d'une part, en un droit d'opposition aux décisions susceptibles de porter atteinte aux intérêts nationaux dans le domaine de l'énergie et, d'autre part, en un pouvoir de nomination de représentants au conseil d'administration de ces sociétés, lesquels pouvaient proposer au ministre compétent l'annulation de toute décision des organes de direction desdites sociétés, qu'ils estimeraient contraires à la politique énergétique du pays. Ni l'existence d'une entrave à la libre circulation des capitaux, ni la validité du motif de sécurité d'approvisionnement qui en justifiait l'introduction n'étaient, en l'espèce, débattues. L'essentiel de l'examen s'est porté sur la proportionnalité de la restriction, que la Cour estime acquise aux motifs suivants.

¹⁸⁷ Voy. sur ce point : B. LE BAUT-FERRARESE, « Quelle place pour la politique nationale de l'énergie ? », *op. cit.*

¹⁸⁸ CJ, 14 février 2008, *Commission c. Espagne*, précité, point 50 ; CJ, 8 novembre 2012, *Commission c. Grèce*, précité, point 70.

¹⁸⁹ CJ, 17 juillet 2008, *Commission c. Espagne*, précité, point 53 ; CJ, 8 novembre 2012, *Commission c. Grèce*, précité, point 71.

¹⁹⁰ CJ, 4 juin 2002, *Commission c. France*, précité point 51 ; dans le même sens : CJ, 13 mai 2003, *Commission c. Espagne*, précité, point 76 ; CJ, 6 décembre 2007, *Federconsumatori*, précité, point 42 ; CJ, 17 juillet 2008, *Commission c. Espagne*, précité, point 56.

¹⁹¹ CJ, 4 juin 2002, *Commission c. Belgique*, précité.

D'abord, elle relève que le régime en cause confère un droit d'opposition de l'État, qui sauvegarde l'autonomie de décision de l'entreprise : contrairement à un régime d'autorisation préalable où l'action de l'entreprise est d'emblée subordonnée à l'acceptation *ex ante* de l'État actionnaire, le droit d'opposition préserve l'initiative décisionnelle de l'opérateur. Le contrôle susceptible d'être exercé par l'État intervient *ex post*, au cas par cas et sur initiative des autorités gouvernementales, la loi imposant de surcroît des délais stricts pour l'exercice du droit d'opposition. Ensuite, elle constate que le droit d'opposition est limité à certaines décisions concernant les actifs stratégiques des sociétés concernées, en particulier les réseaux énergétiques, ainsi qu'à des décisions de gestion spécifiques y relatives, qui peuvent être ponctuellement mises en cause. Plus encore, l'utilisation des droits spéciaux associés à la *golden share* n'est autorisée dans ces situations que pour autant que les autorités gouvernementales démontrent une mise en cause des objectifs de la politique énergétique de l'État. Enfin, la Cour souligne que les mesures adoptées au titre de la *golden share* doivent être formellement motivées et sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (points 49 à 51 de l'arrêt).

En contrepoint de cet exercice particulièrement rigoureux du contrôle de proportionnalité – le contraste en est tout à fait saisissant lorsqu'il est mis en perspective avec l'examen autrement plus leste des entraves nationales aux autres libertés de circulation –, il semble possible d'inférer une certaine méfiance de la Cour quant à la pertinence du recours aux *golden share* en vue de préserver la sécurité d'approvisionnement. D'une manière générale, au sujet d'un tel motif d'intérêt général, la Cour semble accepter plus facilement que le poids de la sécurité d'approvisionnement soit supporté par d'autres régimes de libertés, les restrictions dans l'utilisation des capitaux ne faisant qu'exceptionnellement la preuve de leur pertinence à cet égard.

219. En guise de conclusion, il apparaît, en toute hypothèse, que le droit du marché intérieur dispose, au sein des règles issues du traité, de bases juridiques *a priori* à même de prendre dûment en considération la nature singulière de l'énergie. Ses propriétés physiques, stratégiques, sociales, environnementales n'empêchent pas l'application des règles du marché, qui tantôt les indiffèrent, tantôt les inscrivent dans le champ des exceptions aux interdictions qu'elles formulent. Sans doute, la particularité de l'énergie, en équilibre délicat entre la puissance gravitationnelle de l'économie et les résistances stratégiques qu'y opposent les politiques publiques des États, conduit-elle inmanquablement le droit du marché à organiser un arbitrage entre une diversité d'objectifs divergents. Mais les manifestations de cet arbitrage ne surprennent pas. Que la protection de la sécurité d'approvisionnement, de l'environnement, ou des consommateurs figurent au nombre des motifs impérieux justifiant des entraves aux libertés de circulation, l'appréhension de l'énergie par le droit du marché illustre avant tout la capacité de ce dernier à tenir compte d'objectifs d'intérêt général poursuivis par les États membres.

Certes, l'examen que la Cour mène au sujet des entraves nationales a pu refléter quelques singularités dans le domaine de l'énergie.

Que l'on songe au contrôle assoupli des réglementations nationales en matière d'énergies renouvelables : la relative mansuétude dont la Cour fait preuve à leur égard pouvant visiblement s'expliquer par sa volonté de ne pas mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union en matière de transition énergétique, au nom des règles du marché intérieur.

Que l'on songe, sinon, à la validité de motifs au soutien desquels les États sont à même de justifier des entraves aux libertés de circulation : tandis que la Cour refuse traditionnellement que des considérations économiques puissent être invoquées en vue de déroger à l'interdiction des restrictions, elle en accepte plus volontiers l'utilisation dans le domaine de l'énergie,

compte tenu de la proximité que des enjeux économiques peuvent entretenir, dans le for des États, avec la sécurité d’approvisionnement et la protection des consommateurs d’énergie. Que l’on songe, encore et plus largement, à la façon dont le juge accepte d’indexer la rigueur de son contrôle des entraves au gré de préoccupations conjoncturelles auxquelles des États sont confrontés, notamment lorsqu’ils subissent des situations de forte dépendance énergétique.

Mais il n’en reste pas moins qu’en contrepoint de ces ajustements jurisprudentiels diffus, les règles du droit primaire que la Cour met en œuvre en la matière se concrétisent par une forme unique de sanction : l’arbitrage qu’elle mène entre les exigences de libre-échange issues des règles du marché et les politiques énergétiques nationales conduit soit à la validation soit à l’invalidation des réglementations étatiques.

C’est là une limite propre au modèle d’intégration négative : si les règles du traité en matière d’entraves permettent d’appréhender la diversité des politiques nationales de l’énergie, elles ne peuvent se substituer à celles-ci, ni davantage assurer leur convergence avec l’ambition de l’Union tenant à réaliser un marché intérieur de l’énergie pleinement intégré. Cette orientation s’opère par la voie de l’harmonisation des droits nationaux, caractéristique de la méthode d’intégration positive.

Chapitre II

L'énergie soumise aux règles d'intégration positive du marché intérieur

220. En droit de l'Union européenne, la diversité des droits nationaux est susceptible d'être organisée au travers d'une démarche active d'harmonisation. Celle-ci paraît, en effet, justifiée dès lors que la variété des réglementations nationales est de nature à entraver les libertés fondamentales de circulation garanties par le traité, et à avoir ainsi une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur¹⁹².

Énoncé comme tel, le recours aux instruments de l'intégration positive paraît à même de compléter utilement l'intégration négative dans le domaine de l'énergie : par la voie de l'harmonisation des droits nationaux, le législateur de l'Union pourrait contribuer, aux côtés de la Cour de justice, à la réalisation du marché¹⁹³. Pour autant, un tel présupposé se heurte fatalement à plusieurs considérations faisant obstacle à l'élaboration de mesures d'harmonisation des droits nationaux dans le domaine de l'énergie.

D'un point de vue historique, d'abord, le secteur de l'énergie est étranger à l'idée même d'une appréhension à l'échelle supranationale. Ceci est dû tant à la nature stratégique de l'énergie, dont les liens étroits qu'elle entretient avec la souveraineté étatique ne sont plus à démontrer, qu'à l'histoire même de son éclosion dans les économies modernes. Ces considérations expliquent que le cadre national se soit spontanément imposé comme le plus à même d'accueillir les politiques de l'énergie¹⁹⁴. Aujourd'hui encore, les relations profondes qui unissent l'État à l'énergie se reflètent au travers des aspects médiatiques et politiques qui leur sont associés¹⁹⁵ : l'instinct du repli national face aux carences du marché européen de l'énergie n'étant jamais très éloigné du débat public¹⁹⁶.

D'un point de vue juridique, ensuite, le silence des traités originaires sur les questions énergétiques, du moins celles qui excédaient les domaines du charbon et de l'énergie nucléaire, a entravé la préemption européenne sur les droits nationaux de l'énergie.

D'un point de vue opérationnel, enfin, l'ubiquité de la question énergétique dans l'ordre juridique de l'Union se prête assez difficile à une politique, si ce n'est unique, à tout le moins cohérente : la pluralité des enjeux et contraintes stratégiques, économiques, physiques, sociaux, environnementaux, éthiques, exerce des attractions elles-mêmes plurielles, lorsqu'elles ne sont pas contradictoires, sur toute action législative qui se donnerait pour objectif de dresser un cadre cohérent pour l'appréhension juridique de l'énergie.

221. Cela étant dit, l'abondante production normative du législateur européen montre que ces obstacles n'ont pas empêché l'action de l'Union dans le domaine de l'énergie, loin s'en faut. Comme le relève le Professeur Claude BLUMANN, « (l)e secteur énergétique est bien trop intégré au sens physique ou économique du terme pour que les libertés théoriques des États

¹⁹² Voy. notamment : CJ, 13 juillet 1995, *Espagne c. Conseil*, C-350/92, point 33.

¹⁹³ Sur l'articulation des interventions de la Cour et du législateur européen au prisme des méthodes d'intégration positive et négative, voy. notamment : V. MICHEL, « Le législateur européen et l'entrave », in L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 283-301.

¹⁹⁴ Voy. également en ce sens : C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne dans le domaine de l'énergie », *RAE*, 2009-2010, pp. 737-748, spéc. pp. 737-738 ; F. HAMON, « Le marché intérieur de l'énergie : les directives électricité et gaz naturel », *AJDA*, 1998, p. 851 ; B. LE BAUT-FERRARESE, « Quelle place pour la politique nationale de l'énergie ? », *op. cit.*, spéc. pp. 197-198 ; P. LOMBART, « Le service public, au cœur du secteur de l'énergie », *RJEP* n° 684, mars 2011, repère 3.

¹⁹⁵ O. SACHS, « Le pouvoir discrétionnaire appliqué au droit de l'énergie : un champ étendu aux contours imprécis », *RJEP*, juillet 2013, n° 710, repère 10.

¹⁹⁶ Voy. dans le contexte de la hausse des prix de l'énergie, les déclarations de plusieurs responsables politiques français, appelant à « sortir la France du marché européen de l'électricité » : N. GOLDBERG et A. GUILLOU, *Décorrérer les prix de l'électricité de ceux du gaz : mission impossible ?*, Rapport Terra Nova, 16 janvier 2023 ; J. DA SOIS, « Électricité : la France pourrait-elle sortir du marché européen », *Le Figaro*, 6 janvier 2023.

membres puissent s'exercer sans contrainte ni sans contrôle »¹⁹⁷. L'utilisation judicieuse des compétences et bases juridiques prévues par le traité¹⁹⁸ a incontestablement permis au législateur européen d'enserrer les politiques nationales de l'énergie dans un dense réseau normatif, tissé par des règles d'une intensité variable, fondées sur des chefs de compétence divers, qui se superposent, s'entrecroisent, se complètent, ajustent l'énoncé d'une règle antérieure, y ajoutent des nuances ou au contraire en renforcent le contenu matériel. À plus forte raison, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne participe d'une mise en cohérence de ces actions législatives, lesquelles doivent depuis lors répondre des objectifs directeurs de « la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie » de l'énergie, dont celui d'« assurer le fonctionnement du marché de l'énergie »¹⁹⁹.

À cet égard, le recours à l'harmonisation des législations, tel qu'il est prévu par l'article 114 TFUE pour l'adoption de mesures « qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur », a offert au législateur de l'Union un fondement juridique pertinent pour assurer un rapprochement des actions nationales concernant l'électricité et le gaz. Suivant un processus graduel, rythmé par l'adoption de « paquets législatifs », le droit dérivé européen a organisé une libéralisation progressive du marché de ces énergies dites « de réseaux » dans la mesure où, celles-ci d'une part doivent, pour ou avant d'être consommées, être acheminées dans des infrastructures dédiées (des réseaux d'énergie) et d'autre part peuvent l'être dans le cadre d'échanges intra-européens.

La présentation historique du processus de libéralisation du marché des énergies de réseaux (I) permettra de mieux cerner la portée des règles harmonisées régissant le fonctionnement du marché intérieur de l'électricité et du gaz dans l'Union (II).

I La libéralisation du marché des énergies de réseau

222. Envisagée dans le secteur de l'énergie, la réalisation du marché intérieur est un objectif transcendantal de l'Union. Elle fonde, tout à la fois, sa compétence pour le rapprochement des législations nationales²⁰⁰ et délimite, dans le même temps, les contours de la politique européenne de l'énergie²⁰¹. Celle-ci, rappelons-le, énonce des objectifs qui doivent tous être conduits « dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur »²⁰². Bien qu'elle puisse paraître réductrice – d'autres politiques sectorielles n'étant pas astreintes à

¹⁹⁷ C. BLUMANN, « Rapport introductif général », in C. BLUMANN (dir.), *Vers une politique européenne de l'énergie*, op. cit., pp. 1-22, spéc. pp. 14-15. Voy. aussi *supra*, n°

¹⁹⁸ C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne dans le domaine de l'énergie », op. cit. p. 741. Voy. également : D. AZEBAZE LABARTHE, *Quelle nouvelle politique de l'énergie pour l'Union européenne ?*, op. cit., spéc. pp. 101-105.

¹⁹⁹ Article 194 TFUE. Voy. à ce sujet *supra*, n°

²⁰⁰ A. MATTERA, « L'harmonisation des législations nationales : un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle », *RDUE* 2010, pp. 679-727, spéc. p. 711 ; L. DEFALQUE, « Théorie générale du rapprochement des législations », in L. DEFALQUE, J. PERTEK, P. STEINFELD, P. VIGNERON, *Libre circulation des personnes et des capitaux, rapprochement des législations*, Commentaire J. Mégret, 3^{ème} éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006, spéc. pp. 206-208.

²⁰¹ C'est ainsi, en constatant qu'un règlement du Conseil concernant la collecte d'informations relatives aux projets d'investissement dans les infrastructures énergétiques permettait « à la Commission de déceler les éventuels écarts entre l'offre et la demande en produits énergétiques dans l'Union » (autrement dit d'éventuels dysfonctionnements du marché intérieur de l'énergie), que la Cour de justice a considéré qu'il constituait un acte nécessaire à la réalisation des objectifs de la politique énergétique devant être fondé sur la base juridique de l'article 194 TFUE et non sur la base de l'article 337 TFUE (relatif à la collecte d'informations) : CJ, 6 septembre 2012, *Parlement européen c. Conseil*, C-490/10 ; voy. à ce sujet *supra*, n°.

²⁰² Voy. à ce sujet, *supra*, n° ; adde : F. PERALDI-LENEUF, « Les ENR et l'efficacité énergétique : éclatement des responsabilités ou politique intelligente ? », in C. BLUMANN (dir.), *Vers une politique européenne de l'énergie*, op. cit., pp. 81-107, spéc. p. 88 ; P. THIEFFRY, « Les politiques européennes de l'énergie et de l'environnement : rivales ou alliées ? », *RAE*, 2009-2010, pp. 783-809, spéc. p. 791.

ce « cadre » du marché intérieur –, l'approche libre-échangiste de la politique de l'énergie ne surprend pas. Elle s'inscrit dans le prolongement de l'importante construction normative initiée dans les années 1990 et ayant donné lieu à une série de directives²⁰³ et règlements²⁰⁴ destinés à la réalisation du marché intérieur de l'électricité et du gaz.

Ces textes sont fondés sur l'idée que les finalités prêtées au secteur de l'énergie seraient plus efficacement servies par le marché²⁰⁵ qu'elles ne l'étaient jusqu'alors au travers d'organisations nationales²⁰⁶, à la fois fortement monopolistiques et extrêmement variées d'un

²⁰³ Directive 90/377 du Conseil du 29 juin 1990 instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité, *JO*, n° L 185, 17 juillet 1990, p. 16 (directive 90/377) ; directive 90/547 du Conseil du 29 octobre 1990 relative au transit de l'électricité sur les grands réseaux, *JO*, n° L 313, 13 novembre 1990, p. 30 (directive 90/547) ; directive 92/296 du Conseil du 31 mai 1991 relative au transit du gaz naturel sur les grands réseaux, *JO*, n° L147, 12 juin 1991, p. 37 (directive 92/296) ; directive 96/92 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *JO*, n° L 27, 30 janvier 1997, p. 20 (directive 96/92) ; directive 98/30 du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998, concernant des règles pour le marché intérieur du gaz naturel, *JO*, n° L 204, 21 juillet 1998, p. 1 (directive 98/30) ; directive 2003/54 du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *JO*, n° L176, 15 juillet 2003, p. 37 (directive 2003/54) ; directive 2003/55 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *JO*, n° L 176, 15 juillet 2003, p. 57 (directive 2003/55) ; directive 2009/72 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *JO*, n° L 211, 14 août 2009, p. 55 (directive 2009/72) ; directive 2009/73 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *JO*, n° L 211, 14 août 2009, p. 94 ; directive 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *JO*, n° L 158, 14 juin 2019, p. 125 (directive 2019/944) ; directive 2019/692 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 modifiant la directive 2009/73 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *JO*, n° L 117, 3 mai 2019, p. 1 (directive 2019/692). Voy., sur l'ensemble de cette question : C. LEMAIRE, *Énergie et concurrence : recherches sur les mutations juridiques induites par la libération des secteurs de l'électricité et du gaz naturel*, thèse, PUAM, 2003.

²⁰⁴ Règlement 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, *JO*, n° L 176, 17 juillet 2003, p. 1 (règlement 1228/2003) ; règlement 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel, *JO*, n° L 289, 3 novembre 2005, p. 1 (règlement 1775/2005) ; règlement 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, *JO*, n° L 211, 14 août 2009, p. 15 (règlement 714/2009) ; règlement 715/2009 du 14 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel, *JO*, n° L 211, 14 août 2009, p. 36 (règlement 715/2009) ; règlement 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 sur le marché intérieur de l'électricité, *JO*, n° L 158, 14 juin 2019, p. 54 (règlement 2019/943).

²⁰⁵ Cette approche militante est pleinement assumée par la Commission qui, aux dires de l'ancien responsable de la DG concurrence, « ne reste pas neutre vis-à-vis du processus de libéralisation, qu'elle encourage là où subsistent des restrictions de la concurrence non indispensables à des solutions conformes à l'intérêt général » (M. MONTI, « Libéralisation des services publics et croissance économique dans l'Union européenne », *RDUE*, 2000, pp. 245-252, spéc. p. 251). De son point de vue, la libéralisation se justifie par « la reconnaissance de la capacité supérieure du mécanisme concurrentiel de parvenir à une meilleure affectation des ressources, une effectivité productive plus élevée, de plus fortes stimulations à l'innovation et à la qualité des prestations » (*ibid.*, p. 247). De façon plus explicite, la Commission soutient que « le marché intérieur de l'énergie peut aider l'Union européenne à accomplir la transition : des marchés qui fonctionnent bien encouragent le changement des systèmes et y contribuent bien plus efficacement et à bien moindre coût que n'importe quelle planification centrale ou remise en état fondée sur les subventions » (Communication du 15 novembre 2012, *Pour un bon fonctionnement du marché intérieur de l'énergie*, COM (2012) 663 final, point 3.3). Voy. également : X. CAÏTUCOLI, « La concurrence : condition indispensable pour réussir la transition énergétique », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. CHARBIT et R. AMARO (dir.), *A quoi sert la concurrence ?*, op. cit., pp. 403-408 ; R. RAMBAUD, *L'institution juridique de la régulation – Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 148-149.

²⁰⁶ Dès 1986, le Conseil soulignait ainsi la nécessité d'une « convergence des politiques des États membres » et insistait sur les vertus d'une « meilleure intégration, dégagée des entraves aux échanges, du marché intérieur de l'énergie, en vue d'améliorer la sécurité des approvisionnements, de réduire les coûts et de renforcer la

État membre à l'autre. L'importante diversité des modèles énergétiques nationaux a justifié non seulement la démarche de libéralisation²⁰⁷, mais également sa méthode. L'approche, en effet, a été prudente et progressive, mais néanmoins profonde.

223. Prudente, d'abord, par l'étendue temporelle du cycle normatif : chaque directive incarne « une nouvelle phase »²⁰⁸ de la libéralisation, ou constitue une étape supplémentaire vers l'« achèvement »²⁰⁹ de ce processus en cours de formation²¹⁰. Les directives adoptées depuis les années 1990 établissent chacune « des » règles communes, ce qui sous-entend que d'autres règles encore sont à venir²¹¹.

Progressive, ensuite, par la portée matérielle des instruments mis en œuvre pour la réalisation du marché de l'énergie : l'ouverture à la concurrence d'activités traditionnellement étrangères à la logique de marché a suivi une extension graduelle, tant à l'égard des bénéficiaires de la libéralisation²¹² que des opérations énergétiques concernées²¹³. De plus, les directives européennes formulent, tout en les réduisant progressivement, des « options » à l'attention des États membres pour accélérer, s'ils le souhaitent, l'achèvement du marché de l'énergie, ou, au contraire, en limiter l'élargissement aux seules économies ayant atteint un degré comparable d'ouverture à la concurrence²¹⁴.

compétitivité économique » (Résolution du 16 septembre 1986 concernant de nouveaux objectifs de politique énergétique communautaires pour 1995 et la convergence des politiques des États membres, JO, n° C 241 du 25 septembre 1986, p. 1, point 5, sous d)).

²⁰⁷ La « diversité actuelle de l'organisation des réseaux électriques » est présentée comme néfaste au bon fonctionnement du marché intérieur par la directive sur le marché de l'électricité de 1996 (considérant 5). La directive 2003/54 établit que « (l)es principaux obstacles à l'achèvement d'un marché intérieur tout à fait opérationnel et compétitif sont liés, entre autres, à des questions (...) de diversité des degrés d'ouverture des marchés entre les États membres » (considérant 5). Le texte de 2009 indique que les obstacles persistants au fonctionnement du marché intérieur de l'électricité supposent notamment de mettre en place « un niveau comparable de surveillance réglementaire dans chaque État » (considérant 4).

²⁰⁸ Considérant 39 de la directive 96/92. Rapp. : CJ, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, précité, point 78.

²⁰⁹ Considérant 5 de la directive 2003/54 ; considérant 8 de la directive 2019/944 ; considérant 3 de la directive 2019/692.

²¹⁰ Voy. par exemple : article 6, par. 1, de la directive 2009/72 : « Les États membres ainsi que les autorités de régulation nationales coopèrent pour assurer l'intégration de leurs marchés nationaux à un ou plusieurs niveaux régionaux, à titre de première étape vers la création d'un marché intérieur totalement libéralisé » (souligné par nous).

²¹¹ C. LEMAIRE, *Énergie et concurrence*, op. cit., note 140 de bas de page 41.

²¹² Déjà, la directive 90/377 relative à la transparence des prix de l'électricité ne garantissait l'accès aux informations concernant les prix de l'énergie qu'aux seuls « consommateurs finals industriels ». Les directives de libéralisation ont suivi cette même démarche, en étendant progressivement le champ des consommateurs bénéficiaires de l'ouverture à la concurrence, par la diminution progressive des seuils d'éligibilité (voy. *infra* n°).

²¹³ Vont ainsi être concernés : la détermination des prix de l'énergie, d'abord (directive 90/377), le transit sur les grands réseaux ensuite (directive 90/547), l'accès aux réseaux et aux activités de production et de fourniture *lato sensu* enfin (directives adoptées à partir de 1996).

²¹⁴ « Afin d'éviter tout déséquilibre en matière d'ouverture des marchés de l'électricité » (article 19, par. 5, de la directive 96/92, article 21 de la directive 2003/54 et article 33 de la directive 2009/72) et « des marchés du gaz » (article 19 de la directive 98/30, article 23, par. 2, de la directive 2003/55 et article 37, par. 2, de la directive 2009/73), les directives de libéralisation contenaient une clause de réciprocité, permettant aux États membres, sous certaines conditions, de limiter les transactions d'électricité et de gaz à destination ou en provenance d'États dont le degré d'ouverture du marché est moindre. Fréquente en droit international public, sa présence dans l'ordre juridique de l'Union est non seulement exceptionnelle, mais sa conformité au droit primaire paraît assez douteuse. La Cour reconnaît, notamment, qu'en vertu du principe de primauté, un État ne peut se défaire de ses obligations en invoquant le manquement d'autres États membres (CJ, 26 février 1976, *Commission c. Italie*, 52/75, point 11), ou, plus directement, que « la mise en œuvre du droit communautaire par les États membres ne peut être soumise à une condition de réciprocité » (9 juillet 1991, *Commission c. Royaume-Uni*, C-146/89, point 47). Voy. C. LEMAIRE, *Énergie et concurrence*, op. cit., pp. 428-442 ; A. JOHNSTON, « Maintaining the Balance of Power: Liberalisation, Reciprocity and Electricity in the European Community », *JENRL*, 1999, n° 2, pp. 121-150. Ce mécanisme de réciprocité n'apparaît plus dans les directives adoptées en 2019, lesquelles

Profonde, surtout, par le basculement que la libéralisation du secteur des énergies de réseaux a provoqué dans l'appréhension de celles-ci par le droit : l'essentiel de l'approche européenne tient à la distinction des activités y ayant trait, là où les droits nationaux avaient prôné une image monolithique du secteur de l'énergie. Ce dernier, tout entier assumé par des entreprises verticalement²¹⁵ et/ou horizontalement²¹⁶ intégrées en situation de monopole, paraissait peu propice à l'émergence d'une quelconque concurrence, sinon à l'idée même de marché²¹⁷. Ainsi, les directives européennes ont scindé le cycle économique de l'énergie, en prenant soin de distinguer les étapes de production, de transport, de distribution, le cas échéant de stockage, et de fourniture d'électricité et de gaz. Il est attendu de l'ouverture à la concurrence des activités de production, d'une part, de fourniture, d'autre part, qu'elle permette d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur. Les « fonctions médianes »²¹⁸ de transport et de distribution demeurent, quant à elles, en dehors du jeu concurrentiel. Loin de provoquer une déréglementation, le processus de libéralisation s'est, au contraire, construit au prix d'une surproduction normative, rythmée par l'adoption de différents « paquets législatifs » depuis les années 1990, et dont on fera l'examen successif ci-après.

1 La pré-libéralisation : transparence des prix et transit d'électricité et de gaz

224. Avant même que débute, à proprement parler, le processus de libéralisation, trois directives adoptées en 1990 et 1991 ouvrent la voie d'une législation européenne sur ce sujet, en instaurant, pour la première, une procédure communautaire visant à assurer la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité ; en encourageant, pour la deuxième et la troisième, le transit d'électricité et de gaz sur les grands réseaux entre États membres.

225. La directive 90/377 vise à favoriser la transparence des prix de l'énergie, en présentant cet objectif comme une étape « essentielle à la réalisation et au bon fonctionnement du marché intérieur de l'énergie »²¹⁹. Elle impose aux États membres de veiller à ce que les entreprises de fourniture d'électricité ou de gaz aux consommateurs industriels finals communiquent à l'office statistique des Communautés européennes, devenu Eurostat, les prix et conditions de vente qu'elles pratiquent, la répartition de leurs consommateurs et des volumes correspondants par catégories de consommation, ainsi que les systèmes de prix qu'elles pratiquent. Il est attendu d'un tel degré de transparence qu'il contribue à l'élimination des discriminations entre consommateurs, et favorisent, dans le même mouvement, le libre

consacrent le principe du libre choix du fournisseur par les consommateurs, sans que l'exercice de ce droit soit indexé par le degré d'ouverture du marché dans l'État duquel provient le fournisseur (voy., par exemple, article 4 de la directive 2019/944).

²¹⁵ L'intégration des entreprises énergétiques peut être verticale ou horizontale. On entend par entreprise verticalement intégrée une entreprise ou un groupe d'entreprise d'électricité ou de gaz « qui confie directement ou indirectement à la même personne ou aux mêmes personnes l'exercice du contrôle, et qui assure au moins une des fonctions suivantes » : transport ou distribution d'électricité/transport, distribution, GNL ou stockage de gaz ; et au moins une des fonctions suivantes : production ou fourniture d'électricité (article 2, sous 53), de la directive 2019/944) ou de gaz (article 2, sous 20), de la directive 2009/73).

²¹⁶ L'entreprise horizontalement intégrée s'entend comme une entreprise assurant au moins une des fonctions suivantes : production pour la vente, transport, distribution ou fourniture d'électricité/production, transport, distribution, fourniture ou stockage de gaz, ainsi qu'une autre activité en dehors du secteur de l'électricité (article 2, sous 54), de la directive 2019/944) ou du gaz (article 2, sous 21), de la directive 2009/73).

²¹⁷ P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, *op. cit.*, spéc. p. 2305 ; J.-P. TRAN THIET, « Énergie : La concurrence ne saurait être la seule dimension de la politique européenne », *op. cit.*

²¹⁸ L. GRARD, « Le marché intérieur de l'énergie », *op. cit.*, pp. 25-45, spéc., p. 26.

²¹⁹ Considérant 1 de la directive 90/733 du 29 juin 1990.

choix de ceux-ci entre sources d'énergie et fournisseurs d'énergie²²⁰. Innovante, parce qu'adoptée dans un contexte peu propice à l'idée même de concurrence, la directive transparence des prix n'a cependant provoqué que des résultats limités. Non seulement ne visait-elle qu'un cercle restreint de consommateurs (les consommateurs industriels), alimentés la plupart du temps par des fournisseurs en situation de monopole, mais le manque de coopération de certains États membres, autant que les réticences des entreprises à communiquer des données sensibles, en ont fortement compromis l'efficacité.

Après une première refonte avec la directive 2008/92²²¹, l'ensemble du dispositif a finalement été mis à jour par le règlement 2016/1952²²², qui ne se borne pas à poursuivre l'objectif d'accroître la transparence sur les marchés du gaz et de l'électricité en améliorant les dispositifs de collecte et de fiabilité des données, mais en étend le champ aux prix facturés aux clients finals non résidentiels dans l'Union (article 1^{er}).

Garantissant la transparence sur le marché de détail²²³, ce mécanisme est complété, depuis 2011, par le règlement sur l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie²²⁴. Destiné à garantir la confiance dans l'intégrité des marchés de l'électricité et du gaz, le REMIT favorise la concurrence sur les marchés de gros de l'énergie, en plaçant les « acteurs du marché » (toute personne physique ou morale effectuant des transactions sur les marchés de gros de l'énergie), sous la surveillance de l'Agence de Coopération des Régulateurs de l'énergie²²⁵. Sont visées et interdites les utilisations par un acteur du marché d'informations privilégiées lors d'opérations pour son propre compte ainsi que les manipulations des marchés de gros de l'énergie (à l'instar de placements et retraits de faux ordres, ou de diffusions d'informations trompeuses).

226. Adoptées dans les mois suivant la directive transparence des prix, les directives 90/547 et 91/296 visent à favoriser les transits, d'électricité pour la première et de gaz naturel pour la seconde, sur les grands réseaux, entendus comme les transports d'électricité à haute tension ou de gaz naturel à haute pression, entre États membres. Marquant, aux yeux de la Cour de justice, « la première étape (...) d'un processus annoncé conduisant à la libéralisation du marché »²²⁶ de l'énergie, ces directives visent à favoriser les échanges transfrontaliers d'électricité et de gaz en instaurant un mécanisme communautaire de contrôle des transactions liées aux échanges d'énergie. En substance, ces textes prévoient que les entités en charge du transport d'énergie dans les États membres informent la Commission et les autorités nationales des demandes de transit transnationaux d'énergie, de la conclusion des contrats y

²²⁰ Considérant 2 de la directive.

²²¹ Directive 2008/92 du 22 octobre 2008, *JO*, n° L 298, 7 novembre 2008, p. 9.

²²² Règlement 2016/1952 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 sur les statistiques européennes concernant les prix du gaz et de l'électricité, *JO*, n° L 311, 17 novembre 2016, p. 1.

²²³ « On distingue le marché de détail, qui désigne le marché sur lequel s'opère la fourniture d'électricité aux clients finals, et le marché de gros, qui désigne le marché où l'électricité est négociée avant d'être livrée sur le réseau à destination des clients finals. Les échanges sur les marchés de gros peuvent être réalisés selon des modalités variées : sur les bourses de l'électricité, de gré à gré (notamment par la voie de contrats de longues durée), ou de « gré à gré intermédié » c'est-à-dire via un courtier. Les produits négociés sont également variés. Il peut s'agir de produits spot (c'est-à-dire de produits au comptant : produits journaliers ou infra-journaliers, ces derniers étant de plus en plus importants dans un contexte de développement de la production d'électricité à partir de sources renouvelables intermittentes dont la production quotidienne est moins prévisibles) ou de produits à terme (c'est-à-dire de produits achetés pour une livraison à échéances plus lointaine, dont les prix sont moins volatils et correspondent schématiquement à une moyenne des prix *spot* » (M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie*, *op. cit.*, p. 223).

²²⁴ Règlement 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011, concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie (REMIT), *JO*, n° L 326, 8 décembre 2011, p. 1.

²²⁵ Voy. *infra*, n°

²²⁶ CJ, 7 juin 2005, *Vereniging voor Énergie, Milieu en Water e.a.*, C-17/03, point 77.

afférant et des obstacles éventuellement rencontrés lors de la négociation de ceux-ci (article 3, par. 3, des deux directives).

Outre l'objectif d'accroître les échanges énergétiques entre les grands réseaux, et d'optimiser, dans le même mouvement, les coûts d'investissement liés à la production et au transport d'énergie (considérant 4 de la directive 90/547), ces textes se démarquent par une certaine modernité, compte tenu de la place importante qu'ils accordent à des objectifs non économiques adossés au marché de l'énergie. Ainsi peut-on lire, dès les considérants liminaires, que « la réalisation du marché intérieur de l'énergie (...) tiendra compte de l'objectif de cohésion économique et social » (considérant 3 des deux directives) ; ou encore que l'objectif du marché intérieur du gaz naturel et de l'électricité « est de favoriser des niveaux élevés de rentabilité, de compatibilité avec l'environnement et de sécurité d'approvisionnement par la liberté des échanges » (considérant 4 des deux directives).

De ce point de vue, les directives transit ont joué un rôle précurseur. Car l'idée selon laquelle la réalisation du marché intérieur de l'énergie serait capable de répondre d'objectifs d'intérêt général à l'instar de la protection de l'environnement, de la cohésion socio-économique et de la sécurité d'approvisionnement, sera reprise dans l'ensemble des paquets législatifs ultérieurs qui lanceront, à proprement parler, le processus de libéralisation.

2 Le premier paquet énergie : lancement de la libéralisation du marché de l'électricité et du gaz

227. Les directives 96/92 pour l'électricité et 98/30 pour le gaz ont lancé le processus de libéralisation, et établi les principes directeurs du marché de l'énergie, tout en laissant une importante marge d'appréciation aux États membres quant à leur mise en œuvre. La prudence est de mise : les textes ont vocation à permettre une mise en place progressive du marché, ils constituent « un pas important – mais un pas seulement – vers l'achèvement du marché intérieur de l'énergie » (considérant 2 de la directive 96/92) et précisent que « conformément au principe de subsidiarité », ils n'entendent établir qu'« un cadre de principes généraux (...) au niveau communautaire, mais (...) la fixation des modalités d'application doit incomber aux États membres qui pourront choisir le régime le mieux adapté à leur situation propre » (considérant 11 de la directive 96/92 et considérant 9 de la directive 98/30). Cela étant dit, ces premières directives établissent les fondations sur lesquelles s'érigeront durablement les grands principes du marché libéralisé de l'électricité et du gaz.

À cet effet, le premier paquet entérine la séparation du cycle énergétique, d'une part, en distinguant les étapes de production, de distribution, de transport et de fourniture d'électricité et de gaz et, d'autre part, en ouvrant les activités de production et de fourniture à la concurrence. L'accès à l'activité de production est organisé par des procédures d'autorisation et/ou d'appels d'offres, devant obéir à des critères objectifs transparents et non discriminatoires (articles 4 de la directive 96/92 et de la directive 98/30). L'accès à la fourniture est, quant à lui, restreint à raison du mécanisme d'éligibilité : seuls certains consommateurs, dits éligibles, sont investis de la possibilité de choisir librement un fournisseur d'énergie pour couvrir leur approvisionnement énergétique²²⁷.

²²⁷ Dans le domaine de l'électricité, la directive 96/92 ouvre l'éligibilité aux clients dont la consommation excède 40 GWh par an et impose aux États d'étendre progressivement l'éligibilité aux consommations supérieures à 20 GWh, dans les trois années suivantes l'entrée en vigueur du texte, puis à 9 GWh, dans les trois années suivantes (article 19, par. 2) ; pour le gaz, l'éligibilité est accordée aux producteurs d'électricité à partir de gaz, quel que soit le niveau de leur consommation annuelle, ainsi qu'aux autres clients consommant plus de 25 millions de mètres cubes de gaz par an et par site de consommation (article 18, par. 2, de la directive 98/30). Sur cette question, voy. *infra*, n°.

Si les réseaux demeurent en dehors du champ concurrentiel, compte tenu de l'impossibilité de les reproduire dans des conditions économiquement viables, les directives veillent à ce que leur accès soit ouvert, et à ce que leur exploitation s'organise de telle sorte à permettre un traitement non discriminatoire des entreprises qui les utilisent. À cet effet, les directives énoncent des règles relatives à l'exploitation des réseaux de transport et de distribution, à la désignation, par les États membres, des gestionnaires de ces réseaux, et aux modalités d'accès à ceux-ci. Elles posent également le principe d'une dissociation comptable au sein des entreprises intégrées, en exigeant que des comptes séparés soient tenus pour leurs activités relevant des segments concurrentiels (production et/ou fourniture) et pour leurs activités de réseau (articles 13 et s. de la directive 96/92 et articles 12 et s. de la directive 98/30). Ces premières directives instaurent l'obligation pour chaque État membre de se doter d'une autorité de contrôle, indépendante des parties, pour « notamment régler les litiges concernant les contrats, les négociations et le refus de l'accès et d'achat » (article 20, par. 3, de la directive 96/92 et article 21 de la directive 98/30). Si leur rôle gagnera visiblement en importance au fil des paquets législatifs ultérieurs, ces autorités de contrôle ne font l'objet que de dispositifs très sommaires dans les directives issues du premier paquet, lesquelles ne précisent ni leur compétence, ni leur éventuel pouvoir de sanction. L'importante marge de manœuvre laissée aux États membres sur ce sujet explique sans doute que les autorités de contrôle qu'ils ont alors instaurées étaient à l'origine dotées de compétences assez variables, et souvent limitées.

Enfin, le législateur européen tient pleinement compte des relations étroites que le secteur de l'énergie entretient avec l'intérêt général national. À un stade encore très précoce du processus de libéralisation, le premier paquet législatif consacre la possibilité pour les États membres d'imposer aux entreprises d'électricité et de gaz naturel, dans l'intérêt économique général, des « obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix des fournitures et la protection de l'environnement » (articles 3, par. 2, de la directive 96/92 et de la directive 98/30). Sous réserve d'être clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables, ces obligations peuvent justifier de laisser inappliquées certaines dispositions des directives qui en compromettraient l'exécution.

3 Le deuxième paquet énergie : poursuite de la libéralisation du marché de l'électricité et du gaz

228. Poursuivant l'ouvrage entrepris par les directives de 1996 et de 1998, le deuxième paquet énergie adopté en 2003 en accentue manifestement les traits caractéristiques, en particulier au sujet des autorités de contrôle, rebaptisées « autorités de régulation », de l'ouverture à la concurrence de la fourniture d'énergie, des obligations de service public, et des règles de dissociation des activités au sein des entreprises intégrées.

S'agissant, d'abord, des autorités de régulation, et bien que le deuxième paquet laisse aux États membres le soin d'en délimiter les fonctions, compétences et pouvoirs, leur rôle est précisé par les directives de 2003. En premier lieu, les directives prévoient que les autorités de régulation sont indépendantes du secteur de l'électricité et du gaz et sont chargées au minimum d'assurer la non-discrimination, une concurrence effective ainsi que le fonctionnement efficace des marchés concernés. En deuxième lieu, les autorités de régulation doivent exercer un contrôle préalable sur les conditions de connexion et d'accès aux réseaux nationaux, les tarifs de transport et de distribution, et les conditions de la prestation de services d'équilibrage (article 23, par. 2, de la directive 2003/54 et article 25, par. 2, de la directive 2003/55). En troisième lieu, les directives confirment et clarifient le rôle des autorités de régulation en tant qu'autorités de règlement des litiges, compétentes pour recevoir

et trancher les plaintes contre les gestionnaires de réseaux (article 23, par. 4 et 5, de la directive 2003/54 et article 26, par. 5 et 6, de la directive 2003/55).

S'agissant, ensuite, de la fourniture d'énergie, le deuxième paquet élargit le cercle des clients éligibles, et prévoit une ouverture totale à la concurrence au 1^{er} juillet 2007, date à partir de laquelle tous les consommateurs finals pourront librement choisir leur fournisseur d'électricité et de gaz.

En ce qui concerne, encore, les obligations de service public, les textes de 2003, tout en réitérant leur importance au sein du processus de libéralisation²²⁸, en élargissent la portée et ce, à deux égards. D'une part, les directives de 2003 ajoutent « l'efficacité énergétique et la protection du climat » au nombre des motifs capables de justifier l'édiction, par les États membres, d'obligations de service public pesant sur les entreprises du secteur électrique ou gaziers (articles 3, par. 2, de la directive 2003/54 et de la directive 2003/55)²²⁹. D'autre part, pour le seul secteur de l'électricité, la directive 2003/54 instaure un service universel, entendu comme un ensemble de normes minimales communes, respectées par tous les États membres, et visant à ce que tous les clients résidentiels et, lorsqu'un État le juge approprié, les petites entreprises, aient le droit d'être approvisionnés en électricité d'une qualité bien définie, à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents (article 3, par. 3)²³⁰. Pour ce qui est, enfin, des règles de dissociation des activités au sein des entreprises intégrées, les directives posent le principe d'une séparation juridique – et non plus seulement comptable – des activités de réseaux, d'une part, et des activités concurrentielles, d'autre part. Ceci implique que ces groupes d'activités soient, à l'avenir, exercés par des entités juridiquement distinctes et ce, en vue d'endiguer les risques de traitement discriminatoire par des entreprises intégrées, suspectées de faire prévaloir leurs propres intérêts au détriment de la concurrence. Cette séparation juridique n'implique cependant pas de changement dans la propriété des actifs.

229. C'est là un dysfonctionnement que la Commission ne tardera pas à débusquer au terme d'une enquête sectorielle lancée en 2005. Par deux communications publiées en 2007, elle pointe les résultats de celle-ci, en dénonçant le fort degré de concentration des marchés de l'électricité et du gaz, qu'elle impute, en grande partie, à l'absence de dissociation patrimoniale entre les réseaux et les opérateurs historiques qui l'utilisent aux fins d'activités concurrentielles. Ces observations sont, du reste, cohérentes avec la pratique décisionnelle de la Commission au titre du droit de la concurrence²³¹ : en analysant les conditions d'accès aux réseaux imposées par les opérateurs historiques *ENI*²³², *RWE*²³³ et *E.On*²³⁴ au prisme de

²²⁸ Le respect des obligations de service est présenté comme un « élément essentiel » des directives 2003/54 (considérant 26) et 2003/55 (considérant 27).

²²⁹ Ceci entre en cohérence avec le développement concomitant des instruments de la politique environnementale et climatique de l'Union européenne, dont, notamment, la directive 2001/77 relative à la promotion de l'électricité renouvelable (*JO*, n° L 286, 27 octobre 2001, p. 33), la directive 2003/30 sur la promotion de l'utilisation de biocarburants (*JO*, n° L 123, 17 mai 2003, p. 42) et la directive 2003/87 établissant le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (*JO*, n° L 275, 25 octobre 2003, p. 32).

²³⁰ Sur cette notion : voy. *infra*.

²³¹ Sur la question : voy. *infra*.

²³² Décision de la Commission du 29 septembre 2010, *ENI*, COMP/39.315 : l'opérateur était soupçonné d'avoir volontairement sous-investi dans les capacités de transport de gaz et pratiqué des conditions discriminatoires d'accès aux gazoducs, au détriment des concurrents sur les marchés amont et aval du gaz.

²³³ Décision de la Commission du 18 mars 2009, *RWE verrouillage des marchés du gaz*, COMP/39.402 : la Commission soupçonnait le groupe d'un refus de fournir des services de transport de gaz à d'autres sociétés et d'une compression des marges de ses concurrents sur le marché de la fourniture de gaz.

²³⁴ Décision de la Commission du 26 novembre 2008, *Marché de gros de l'électricité en Allemagne*, COMP/39.388 : étaient en cause, d'une part, la stratégie d'E.On visant à réduire ses capacités de production et à

l'interdiction des abus de position dominante, la Commission avait obtenu de ces opérateurs, en contrepartie de l'abandon de sanctions, qu'ils procèdent à des réformes structurelles, telles que des cessions d'une partie de leur parc de production ou de la propriété de leurs réseaux²³⁵. Il s'agissait, en d'autres termes, d'une remise en question de la pérennité du statut d'entreprise verticalement intégrée, qui les avait placées dans une situation leur permettant d'abuser de leur domination.

Ces considérations répétées vont évidemment jouer un rôle structurant dans le cadre des réflexions qui mèneront au troisième paquet énergie.

4 Le troisième paquet énergie : achèvement de la libéralisation du marché de l'électricité et du gaz

230. En réaction aux dysfonctionnements pointés par la Commission, les directives 2009/72 pour l'électricité et 2009/73 pour le gaz naturel, composant le troisième paquet énergie, apportent d'importantes modifications aux mécanismes régissant la séparation des activités concurrentielles et de réseau au sein des groupes intégrés. Les initiatives antérieures, de séparation comptable d'abord, et juridique ensuite, ayant montré leurs limites, les directives de 2009 consacrent le principe d'une dissociation des structures de propriété, du moins en ce qui concerne les réseaux de transport (la séparation patrimoniale des réseaux de distribution n'étant, quant à elle, pas requise).

Comme le relève le législateur européen, « la dissociation des structures de propriété, qui implique que le propriétaire du réseau soit désigné comme gestionnaire de réseau et qu'il soit indépendant des structures de fourniture et de production, est clairement un moyen efficace et stable de résoudre le conflit d'intérêts intrinsèque et d'assurer la sécurité de l'approvisionnement (...). [L]a séparation entre la propriété et le transport est le moyen le plus efficace de promouvoir de façon non discriminatoire l'investissement dans les infrastructures, un accès équitable au réseau pour les nouveaux arrivants et la transparence du Marché. Conformément au principe de la dissociation des structures de propriété, les États membres devraient par conséquent être tenus de faire en sorte que la ou les mêmes personnes ne puissent exercer un contrôle sur une entreprise de production ou de fourniture et, simultanément, un contrôle ou des pouvoirs sur un réseau de transport ou un gestionnaire de réseau de transport » (considérants 14 et 15 de la directive 2009/72 et considérants 6 à 8 de la directive 2009/73).

Les résistances nationales suscitées par la consécration du principe de dissociation ont justifié que celui-ci soit assorti de formules transitoires, plus souples, permettant de maintenir la propriété des réseaux dans le patrimoine d'entreprises intégrées, en contrepartie d'un renforcement des contraintes visant à assurer l'indépendance des gestionnaires de réseau par rapport aux entreprises qui se limitent à utiliser celui-ci. Résultat d'un compromis politique audacieux, le nouveau paysage proposé par les directives de 2009 offre aux États membres le choix entre trois modèles : l'option de séparation patrimoniale, qui recueille les faveurs de l'Union européenne ; l'option du gestionnaire de transport indépendant (option dans laquelle la propriété du réseau demeure détenue par l'opérateur historique, sa gestion étant confiée une de ses filiales, mais dont l'indépendance doit, être strictement garantie) ; et l'option du gestionnaire de réseau indépendant (option dans laquelle le réseau demeure la propriété de

limiter les investissements de ses concurrentes, et, d'autre part, d'avoir tiré profit de sa relation avec sa filiale, gestionnaire du réseau de transport, pour bénéficier de conditions favorables d'utilisation.

²³⁵ ENI et RWE se sont ainsi engagées à céder une partie de leur réseau de transport, tandis qu'E.ON s'est engagée à céder 5 GW de capacité de production. Voy., sur ces affaires : P. BOUGUETTE et F. MARTY, « Quels remèdes pour les abus de position dominante ? Une analyse économique des décisions de la Commission européenne », *Concurrentes* 2012, n° 3, pp. 30-45, spéc. pp. 35-36.

l'opérateur historique, mais sa gestion est confiée à un opérateur tiers, sur lequel aucun acteur du marché n'exerce une quelconque influence)²³⁶.

Ayant vraisemblablement contribué à ce que le processus législatif ne soit pas paralysé par des oppositions politiques nationales, la présentation de ces options « à la carte » rompt, *in fine*, avec l'objectif même d'harmonisation du marché de l'énergie, dans la mesure où le législateur européen consent à ce que coexistent, au sein des États membres, des organisations différentes de ce marché.

231. En contrepartie de la souplesse d'organisation laissée aux États membres, les directives de 2009 renforcent le rôle et l'indépendance des autorités de régulation nationale. Leurs missions sont précisées : elles ont la charge de surveiller le respect, par les gestionnaires de réseaux de transport et de distribution, des règles relatives à l'accès des tiers et à la dissociation ; surveiller les plans d'investissement des gestionnaires de réseau de transport et formuler éventuellement des recommandations à l'aune du plan de développement du réseau dans l'ensemble de l'Union européenne ; surveiller la gestion de la congestion des réseaux nationaux d'électricité et de transport de gaz, et la mise en œuvre de leurs règles ; surveiller les investissements dans les capacités de production au regard de la sécurité d'approvisionnement ; veiller au respect des règles relatives à la sécurité et la fiabilité du réseau ; surveiller le respect des obligations de transparence par les entreprises d'électricité et de gaz ; surveiller le niveau et l'efficacité atteints en termes d'ouverture des marchés et de concurrence pour les marchés de gros et de détail ; contribuer à garantir les mesures de protection des consommateurs. Pour assumer ces fonctions diverses, les directives dotent les autorités de régulation de compétences étendues : elles doivent *a minima* pouvoir effectuer des inspections, surprises ou non, et procéder à des enquêtes sur le fonctionnement des marchés de l'énergie ; obtenir des entreprises concernées toute information nécessaire à l'exécution de leurs tâches ; infliger des sanctions pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires annuel du gestionnaire de réseau de transport ou de l'entreprise verticalement intégrée. (articles 35 et s. de la directive 2009/72 et articles 39 et s. de la directive 2009/73)

À l'échelle de l'Union européenne, l'exercice de ces fonctions sera, par ailleurs, facilité par le règlement 713/2009, instaurant l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER), dans l'objectif essentiel d'assurer la coordination entre les autorités nationales de régulation de l'énergie et de contribuer, par là même à la réalisation d'un marché intérieur de l'énergie pleinement intégré²³⁷.

232. Deux règlements complètent le troisième paquet énergie, afin de fixer les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité²³⁸ et d'accès aux infrastructures de transport de gaz naturel²³⁹.

Adoptés sur le fondement de l'article 114 TFUE et astreints, partant, au cadre du marché intérieur, les textes de 2009 ne dépeignent qu'une réalité très parcellaire du secteur de l'énergie. Ils focalisent l'essentiel de leurs dispositions sur la réalisation du marché de l'électricité et du gaz et ne se préoccupent qu'assez indirectement des aspects environnementaux et climatiques adossés à celui-ci. Une exception mérite malgré tout d'être

²³⁶ Sur ces questions, voy. *infra*, n°.

²³⁷ Règlement 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, *JO*, n° L211, 14 août 2009, p. 1 (règlement 713/89). Voy. L. GRARD, « Quels réseaux d'autorités européennes de régulation pour le marché de l'énergie ? », in B. LE BAUT-FERRARESE (dir.), *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 87-102 ; L. CALANDRI, « L'émergence d'une régulation européenne », in C. BOITEAU (dir.), *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., pp. 389-406.

²³⁸ Règlement 714/2009.

²³⁹ Règlement 715/2009.

signalée : les directives de 2009 ajoutent la production d'énergie à partir de sources renouvelables à la liste des motifs susceptibles de justifier l'imposition, par les États, d'obligations de service public aux entreprises énergétiques. En réalité, les externalités climatiques du secteur de l'énergie s'épanouissent alors plus distinctement au sein des instruments que l'Union adopte au titre de sa compétence en matière environnementale²⁴⁰. Dans les mois ayant suivi l'adoption du troisième paquet, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et la consécration de la politique européenne dans le domaine de l'énergie a contribué à décloisonner l'action de l'Union en la matière. C'est, désormais, sur la base de l'article 194 TFUE que seront adoptés les textes régissant le marché intérieur de l'énergie. Or il faut rappeler que l'article 194 TFUE place la réalisation de la politique européenne de l'énergie sous la double tutelle du marché intérieur et de l'environnement²⁴¹. Inscrite dans le droit primaire européen, l'inféodation du processus de libéralisation aux enjeux de l'environnement encourage une transition climatique du marché de l'énergie, que se donne à réaliser le quatrième paquet législatif.

5 Le quatrième paquet énergie : transition climatique du marché libéralisé de l'énergie

233. Le secteur de l'énergie étant l'un des principaux émetteurs de gaz à effet de serre, il est impératif de veiller à ce que le fonctionnement du marché intérieur de l'électricité et du gaz s'ajuste aux grands enjeux de transition climatique qui jalonnent l'agenda européen depuis la présentation du *Green Deal*²⁴². La polarisation de l'action politique européenne vers l'objectif de neutralité carbone à l'horizon 2050²⁴³ et le maintien du progrès social en Europe obligent, notamment, à revoir la façon d'appréhender la place des énergies renouvelables dans le marché intérieur, autant que la prise en considération des préoccupations liées à l'accès de tous à l'énergie. C'est l'ambition poursuivie par la Commission lors de la présentation du paquet « Une énergie propre pour tous les européens », et qui se traduira par une refonte, actée, des règles régissant le marché intérieur de l'électricité (§1) et une réforme, en cours, de celles régissant le marché intérieur du gaz (§2).

§1 Une transition climatique actée pour le marché libéralisé de l'électricité

234. Présenté par la Commission le 30 novembre 2016, le paquet « énergie propre »²⁴⁴ constitue un ambitieux plan de refonte globale du secteur européen de l'énergie. L'ampleur du

²⁴⁰ Parallèlement aux directives de 2009 relatives au marché intérieur de l'électricité et du gaz, l'Union adopte le paquet « énergie-climat », destiné à concrétiser l'objectif des « 3 fois 20 pour 2020 » exprimé par le Conseil européen de mars 2007, et consistant à porter à 20% la réduction des émissions de gaz à effet de serre à l'horizon 2020 ; réduire de 20% la consommation d'énergie par le renforcement de l'efficacité énergétique ; atteindre 20% d'énergies renouvelables dans le mix énergétique européen (Conseil européen des 8 et 9 mars 2007, Conclusions de la présidence, 7224/07 CONCL1, point 30). Or, parmi les textes adoptés le 23 avril 2009 et formant le « Paquet énergie climat », plusieurs concernent la transition du secteur énergétique et ont été élaborés sur le fondement de la compétence de l'Union en matière d'environnement. Ainsi en va-t-il, plus particulièrement, de la directive 2009/28 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (*JO*, n° L140, 5 juin 2009, p. 16), de la directive 2009/31 relative au stockage géologique du dioxyde de carbone (*JO*, n° L140, 5 juin 2009, p. 114) ; de la directive 2009/33 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie (*JO*, n° L 120, 15 mai 2009, p. 5).

²⁴¹ Voy. *supra*, n° .

²⁴² Voy. *infra*, n°

²⁴³ Règlement 2021/1119 du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique (« loi européenne sur le climat »), *JO*, n° L 243, 9 juillet 2021, p. 1.

²⁴⁴ P.-A. LIENHARDT et A. RAMBAUD, « La Commission européenne présente sa réforme du marché européen de l'électricité », *Rev. én.-env.-infr.* n° 3, mars 2017, comm. 14 ; P. THIEFFRY, « Suites de l'accord de Paris (*bis*) : la proposition de paquet législatif « Une énergie propre pour tous les Européens » », *RTDE*, 2017, pp. 282-284.

renouvellement qu'il promet se mesure à l'importance de son contenu : parmi les trente-sept documents dont il se compose, ce paquet contient six propositions et/ou révisions de règlements²⁴⁵, quatre propositions et/ou révisions de directives²⁴⁶, et deux décisions²⁴⁷ portant sur le marché de l'électricité, l'efficacité énergétique, l'écoconception des produits, les énergies renouvelables et la gouvernance de l'énergie. Ce dense arsenal normatif constitue le fer de lance de l'« union de l'énergie », lancée par la Commission en février 2015²⁴⁸. Les (longues) négociations auxquelles le paquet énergie propre a donné lieu ont abouti à l'adoption de nombreux textes²⁴⁹, dont deux concernent le marché de l'électricité : le règlement 2019/943 sur le marché intérieur de l'électricité (a) et la directive 2019/944 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (b).

a) Le règlement 2019/943 sur le marché intérieur de l'électricité

235. Le règlement 2019/943 abroge et remplace le règlement 714/2009. Cela étant, le champ du nouveau règlement est autrement plus vaste que celui de son prédécesseur. Tandis que le règlement antérieur n'avait vocation à régir que les « conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité », le nouveau texte intéresse plus largement le « marché intérieur de l'électricité » et ambitionne, à ce titre, de réformer l'organisation du marché de l'électricité, aux fins principalement de l'adapter aux enjeux de flexibilité qu'appellent l'intégration accrue d'énergies renouvelables intermittentes sur les réseaux²⁵⁰.

236. En particulier, le règlement instaure des règles relatives aux mécanismes de capacité, introduits par les États membres aux fins de sécurité d'approvisionnement et qui consistent, en substance, à rémunérer des producteurs pour qu'ils disposent de capacités supplémentaires qu'ils n'activeront qu'en cas de hausse de la demande. Suspectés de déstabiliser les marchés de l'électricité et susceptibles de contrevenir aux règles relatives aux aides d'État, ces

²⁴⁵ Proposition de règlement sur le marché intérieur de l'électricité (refonte), COM (2016) 861 final ; proposition de règlement instituant une Agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie (refonte), COM (2016) 863 final ; proposition de règlement sur la préparation aux risques dans le secteur de l'électricité ; proposition de règlement sur la gouvernance de l'union de l'énergie, COM (2016) 759 final. S'y ajoutent le règlement 2016/2281 de la Commission du 30 novembre 2016 mettant en œuvre la directive 2009/125/CE établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, en ce qui concerne les exigences d'écoconception applicables aux appareils de chauffage à air, aux appareils de refroidissement, aux refroidisseurs industriels haute température et aux ventilateurs, et le règlement 2016/2282 de la Commission du 30 novembre 2016, concernant l'utilisation des tolérances dans les procédures de contrôle.

²⁴⁶ Proposition de directive concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, COM (2016) 864 final ; proposition de directive modifiant la directive 2012/27/UE relative à l'efficacité énergétique, COM (2016) 761 final ; proposition de directive modifiant la directive 2010/31/UE sur la performance énergétique des bâtiments, COM (2016) 765 final.

²⁴⁷ Commission implementing decision on a standardisation request to the European standardisation organisations as regards energy labelling of solid fuel boilers and pack ages of a solid fuel boiler, supplementary heaters, temperature controls and solar devices, C(2016) 7764 final ; Commission implementing decision on a standardisation request to the European standardisation organisations as regards energy labelling of local space heaters, C(2016) 7772 final.

²⁴⁸ Communication du 25 février 2015, COM (2015) 80 final. Voy. à ce sujet *supra*, n° et, pour une présentation plus complète : P. MATTERA, « Énergie et ressources naturelles. Le paquet "Union de l'énergie" – La nouvelle stratégie UE en matière énergétique », *RDUE*, 2015, pp. 123-132.

²⁴⁹ Voy. B. LE BAUT-FERRARESE, « Le paquet législatif de l'Union européenne « Une énergie propre pour tous les européens » : premières analyses », Première partie, *Énergie-Env.-Infr.* n° 6, juin 2019, dossier 22 ; Deuxième partie, *Énergie-Env.-Infr.* n° 8-9, août 2019, dossier 26.

²⁵⁰ Selon son considérant 4, le règlement 2019/943 fixe des règles « visant à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité et intègre des exigences liées au développement des sources d'énergie renouvelables et de la politique environnementale ».

mécanismes ont fait l'objet d'une enquête sectorielle par la Commission²⁵¹, dont les doutes rejaillissent sur le règlement de 2019. Celui-ci prévoit ainsi que les États souhaitant mettre en place des mécanismes de capacité ne peuvent le faire qu'en dernier recours, après consultation des États membres voisins avec lesquels ils disposent d'un raccordement direct, ne l'instaurent que de façon temporaire et, en tout état de cause, sous l'étroite surveillance de la Commission (articles 21 et s.). Par ailleurs, le règlement prévoit que le bénéfice des mécanismes de capacités ne peut être accordé aux centrales électriques les plus polluantes, signe révélateur de l'intégration climatiques et environnementaux aux règles du marché intérieur de l'électricité. Dans le même ordre d'idées, le règlement instaure une priorité aux installations de production d'électricité renouvelables et de cogénération à haut rendement dans le cadre des règles dites « d'appel », c'est-à-dire régissant la façon dont les gestionnaires de réseaux organiser l'injection d'électricité par les centrales de production²⁵².

L'intégration accrue d'énergies renouvelables intermittentes étant une source de préoccupation pour la stabilité des réseaux, le règlement fixe les conditions requises pour assurer la fiabilité de ceux-ci. À ce titre, il oblige les États membres à délimiter les « zones de dépôt des offres », c'est-à-dire les zones géographiques à l'intérieur desquelles les acteurs de marché peuvent procéder, entre eux, à des échanges d'énergie et au sein desquelles il n'existe pas de congestion structurelle (article 14)²⁵³. Parallèlement, l'article 16 du règlement fixe la méthodologie générale que le gestionnaire de réseau de transport doit adopter pour faire face à une situation de congestion. Par ailleurs, les « centres de coordination régionaux »²⁵⁴ sont chargés d'identifier les capacités d'échanges entre zones, permettant, le cas échéant, de surmonter des congestions ponctuelles dans l'une d'entre elles (article 35).

Autre aspect qui intéresse la stabilité du marché intérieur de l'électricité, le règlement fixe les mécanismes de nature à garantir « l'adéquation des ressources », c'est-à-dire la capacité du parc énergétique et du réseau à répondre aux besoins actuels et futurs de consommation. Cette mission incombe, en premier lieu, aux États membres. En cas d'insuffisances prévues, les États doivent recenser toutes les « distorsions réglementaire ou défaillances du marché ayant causé l'apparition de la difficulté ou y ayant contribué » (article 20) et établir, le cas échéant, un « plan de mise en œuvre » identifiant les mesures envisagées, qu'ils soumettent à la Commission. Enfin, une évaluation annuelle de l'adéquation des ressources à l'échelle européenne est réalisée par le réseau européen des gestionnaires de réseaux de transport d'électricité (REG RTE), sur la base des informations que lui transmettront les gestionnaires de réseau de transport.

237. Les articles 28 et suivants intéressent le fonctionnement et les missions du REG RTE, et ne sont pas porteurs, à cet égard, de grandes nouveautés : le règlement réitère les dispositions antérieures (telles qu'elles résultaient notamment du règlement 714/2009) et réajuste, à la marge, les missions du REG RTE au gré du nouveau paquet législatif encadrant désormais le secteur européen de l'énergie. En revanche, une nouveauté est introduite aux articles 35 et suivants qui concernent la création et le fonctionnement des « centres de coordination régionaux ». Ces derniers regroupent les gestionnaires de réseaux de transport appartenant à une région d'exploitation interconnectée. Leur création est proposée par les gestionnaires de réseaux aux autorités de régulation concernées. Ils constituent une sorte d'entité déconcentrée

²⁵¹ *Rapport final de l'enquête sectorielle sur les mécanismes de capacité*, 30 novembre 2016, COM (2016) 752 final.

²⁵² Sur cette question : voy. *infra*.

²⁵³ Si des congestions structurelles apparaissent, les États membres doivent chercher les moyens de les surmonter, ce qui passe notamment par l'élaboration de « plans d'action » (article 15), que chaque État réalise en coopération avec son autorité nationale de régulation.

²⁵⁴ Voy. à ce sujet *infra*, n°.

du REGRTE, avec lequel ils auront vocation à collaborer étroitement, en vue notamment de veiller à ce que les contraintes liées à des interconnexions de niveau régional puissent s'articuler avec les priorités européennes portées par le REGRTE.

Enfin, dernière innovation structurelle portée par le règlement, il introduit une nouvelle échelle de coopération sur le marché européen, sous la forme d'une « entité européenne pour les gestionnaires de réseau de distribution ». Cette création fait écho au REGRTE qui a pu introduire une coopération entre gestionnaires de réseaux de transport, mais intéresse cette fois les réseaux de distribution, en vue « de promouvoir l'achèvement et le fonctionnement du marché intérieur de l'électricité ainsi qu'une gestion optimale et une exploitation coordonnée des réseaux de distribution et de transport ». Cette entité aura entre autres pour mission de faciliter l'intégration des énergies renouvelables, les ressources de production et de stockage distribués.

b) La directive 2019/944 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

238. Tout en poursuivant la libéralisation du secteur de l'électricité, la directive 2019/944 met celle-ci en phase avec les nouveaux enjeux liés au développement des énergies renouvelables, aux nouveaux usages de l'énergie et à la protection de ses consommateurs.

L'ampleur des ambitions portées par ce texte se mesure au regard de son objet. Ainsi la nouvelle directive vise-t-elle : à établir des règles communes pour le marché de l'électricité (article 1^{er}, al. 1) ; à assurer des prix et des coûts énergétiques abordables et transparents aux consommateurs, un niveau élevé de sécurité d'approvisionnement et une transition sans heurts vers un système énergétique durable à faible intensité de carbone ainsi qu'à établir les règles essentielles sur « l'autonomisation et la protection des consommateurs » (article 1^{er}, al. 2) ; à prévoir des « modes de coopération entre les États membres, les autorités de régulation et les gestionnaires de réseau de transport en vue de la création d'un marché intérieur de l'électricité totalement interconnecté qui renforce l'intégration de l'électricité produite à partir de sources renouvelables, la libre concurrence et la sécurité de l'approvisionnement » (article 1^{er}, al. 3). Signe révélateur des avancées acquises par le processus de libéralisation, et de l'évolution des enjeux non-économiques qui l'entourent, la directive n'apporte que de ponctuels ajustements aux règles régissant la dissociation des activités énergétiques et l'accès des tiers aux réseaux, mais développe en revanche d'importantes innovations en matière d'énergies renouvelables et de protection des consommateurs.

239. Sur le premier point, la directive prolonge les dispositifs antérieurs et contient des règles relatives à l'exploitation du réseau de distribution, aux gestionnaires de réseau de transport, à la dissociation des gestionnaires de réseau de transport et aux autorités de régulation. De nouvelles missions sont, à ce titre, confiées aux gestionnaires de réseau de distribution et qui font écho à l'évolution technique du marché de l'électricité : ainsi les États doivent-ils encourager les gestionnaires de réseau de distribution à : recourir à des services auxiliaires pour assurer la stabilité du système électrique ; faciliter la connexion des points de recharge pour les véhicules électriques ; et assurer la protection des données personnelles auxquelles les gestionnaires de réseaux de distribution ont accès, notamment dans l'hypothèse où les clients sont équipés de compteurs intelligents (articles 32 et s.). En d'autres termes, la directive procède ici à une modernisation du cadre législatif européen de nature à le faire coïncider plus étroitement aux nouvelles possibilités techniques offertes par le développement du marché de l'énergie.

La même observation peut être faite s'agissant des dispositions intéressant les gestionnaires de réseau de transport. En sus des missions d'ores et déjà attribuées à ces derniers par les

textes antérieurs, la directive prévoit qu'ils devront désormais être investis de tâches nouvelles, telles que la numérisation des réseaux de transport, la gestion de données, le développement de systèmes de gestion de données, de la cybersécurité, et de la protection des données (article 40). La modernisation du cadre juridique européen transparaît, enfin, au regard d'une mise à jour des missions confiées aux autorités de régulation.

239. Sur le second point, la directive innove par rapport aux textes antérieurs, au regard de la place qu'elle accorde à la protection des consommateurs d'énergie et à leur participation au développement des énergies renouvelables. Bien que les consommateurs aient été présentés comme les bénéficiaires immédiats de la libéralisation du secteur de l'énergie dans les directives antérieures, ces dernières n'y accordaient en effet et de façon assez paradoxale que de brèves dispositions.

De ce point de vue, la nouvelle directive est porteuse d'une rupture radicale. Non seulement, elle consacre un chapitre intégral à l'« autonomisation et [à la] protection des consommateurs » (le chapitre 3), mais elle dispose, *in limine*, que les marchés de l'électricité doivent être, dans leur ensemble, « axés sur les consommateurs » (article 3).

Au sein du chapitre spécifiquement dédié aux consommateurs, l'article 10 identifie, et ce de façon tout à fait inédite, les « droits contractuels de base » du consommateur, énoncés par les paragraphes 2 à 12²⁵⁵. Autres dispositifs qui retiennent l'attention : l'article 15 protège les droits des « clients actifs » (à l'instar des auto-producteurs d'énergies renouvelables) et l'article 16 introduit la notion de « communautés énergétiques citoyennes » en imposant aux États membres d'établir un cadre juridique de nature à favoriser leur création, et promouvoir l'utilisation d'énergies renouvelables au sein desdites communautés. Enfin, la directive consacre des dispositifs particuliers à la situation des « clients vulnérables » et ceux qui se trouvent en situation de « précarité énergétique », en imposant aux États membres de prendre, à leur égard, des mesures appropriées de protection et en admettant, sous conditions, que des tarifs réglementés de vente puissent leur être consentis²⁵⁶.

§2 Une transition climatique projetée pour le marché libéralisé du gaz

240. Divorçant de l'approche globalisante qui régissait la libéralisation des deux énergies de réseaux au fil des précédents paquets législatifs, le dernier ne procède pas à la refonte des marchés du gaz. Au surplus, une mise à jour de la directive 2009/73 a permis d'étendre les règles régissant les transports de gaz entre États membres, aux transactions à destination ou en provenance d'États tiers²⁵⁷, mais non d'en réformer profondément la teneur.

Cela étant dit, l'intégration accrue de gaz d'origine renouvelable et l'ambition de doper le développement d'hydrogène renouvelable et bas carbone dans l'Union²⁵⁸, ont été les moteurs d'un projet de transition climatique du marché du gaz, porté par la Commission européenne.

²⁵⁵ Pour les consommateurs équipés d'un compteur intelligent, la directive 2019/944 impose aux États de leur accorder un droit à un contrat d'électricité à tarification dynamique (article 11). Le texte précise également le droit de changer de fournisseur (qui doit pouvoir être exercé en 24 heures au plus : article 12, par. 1), impose que ce changement s'opère gratuitement pour les clients résidentiels et les petites entreprises (article 12, par. 2) et invite les États à faciliter les dispositifs de changement collectif de fournisseur (article 12, par. 5).

²⁵⁶ Sur cette notion, voy. *infra* n°.

²⁵⁷ Directive 2019/692.

²⁵⁸ En écho au *Green Deal*, la Commission présente en 2020 la « stratégie de l'hydrogène pour une Europe climatiquement neutre » (COM (2020) 301 final), visant à atteindre une capacité d'au moins 6 GW d'électrolyseurs produisant de l'hydrogène renouvelable d'ici 2024, puis 40 GW entre 2025 et 2030, avant de parvenir, entre 2030 et 2050, à un déploiement à grande échelle de l'hydrogène.

Le 15 décembre 2021²⁵⁹, celle-ci présente une proposition de règlement et une proposition de directive concernant des règles communes pour les marchés intérieurs du gaz naturel et renouvelable et de l'hydrogène. Ces propositions déclinent, tout en les ajustant, au secteur du gaz les avancées enregistrées dans le domaine de l'électricité, notamment au regard de la participation des consommateurs. Les propositions visent, sur ce point, à améliorer cette participation, grâce à un meilleur accès aux comparateurs de prix, aux informations de facturation, aux données et aux nouvelles technologies intelligentes, tout en renforçant la protection des clients vulnérables et en situation de précarité.

241. Une autre avancée majeure concerne le développement de l'hydrogène que les propositions visent à adosser aux mécanismes régissant le fonctionnement libéralisé du marché du gaz aux fins de « fixer les fondements d'un marché européen commun de l'hydrogène »²⁶⁰.

Une première série de dispositions étendent à l'hydrogène les avancées acquises dans le domaine de l'électricité et du gaz : établissement d'un gestionnaire unique de réseau d'hydrogène, suivant le modèle des gestionnaires de réseaux de transport d'électricité et de gaz ; déclinaison, aux consommateurs d'hydrogène, des mécanismes de protection que le législateur européen avait d'ores et déjà créés dans le domaine de l'électricité et qui garantissent entre autres le libre choix du fournisseur, la liberté de changer de fournisseur, l'accès aux données de consommation et aux instruments de comparaison des offres ; établissement, en reflet là encore de l'expérience acquise dans les secteurs de l'électricité et du gaz, un réseau européen des gestionnaires de réseaux d'hydrogène aspirant à favoriser la coordination transfrontières et à développer les interconnexions.

Une seconde série de dispositions prévoient une déclinaison – cette fois-ci progressive – à l'hydrogène de mécanismes hérités du secteur de l'électricité et du gaz. Ainsi en va-t-il, notamment, du dispositif d'accès des tiers au réseau, qui régit la façon dont les producteurs et les fournisseurs d'énergie peuvent utiliser les infrastructures énergétiques²⁶¹, et des règles de dégroupage des opérateurs²⁶², dont la mise en œuvre est assortie d'une période transitoire. Une troisième série de dispositions visent, enfin, à inscrire le développement du marché de l'hydrogène en cohérence avec l'action de l'Union en matière de promotion des énergies renouvelables, en créant un mécanisme européenisé de terminologie et de certification de l'hydrogène « renouvelable » et « bas-carbone ». Cet aspect de la proposition, qui fait écho à la révision de la directive relative à la promotion des énergies renouvelables²⁶³, devrait favoriser une articulation harmonieuse entre le projet d'intégration accrue d'hydrogène dans le marché de l'énergie et la transition climatique dont celui-ci est parcouru.

²⁵⁹ Proposition de directive concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, COM (2021) 803 final ; proposition de règlement sur les marchés intérieurs des gaz naturel et renouvelable et de l'hydrogène, COM (2021)804 final. Ces propositions sont toujours en cours de négociation. Voy. pour une étude complète : L. TANASE et I. HERRERA ANCHUSTEGUI, *EU Hydrogen and the Decarbonized Gas Market Package*, 27 avril 2023, disponible sur : <https://ssrn.com/abstract=4431113>.

²⁶⁰ C. LE BIHAN-GRAF, L. ROSENBLIEH et S. HAHN DURAFFOURG, *Énergie-env.-infr.* n° 7, juillet 2022, étude 16.

²⁶¹ Si les propositions visent à soumettre l'hydrogène au régime de l'accès dit réglementé, reproduisant *mutatis mutandis* celui qui régit l'électricité et le gaz, ce régime est assorti d'une période transitoire courant jusqu'à 2030 (ou 2035, selon les préconisations du Conseil) pendant laquelle les États membres sont autorisés à utiliser une formule plus souple, dite d'accès négocié.

²⁶² A ce sujet, la proposition de directive incite les États membres à reproduire le modèle de séparation patrimoniale des groupes intégrés pour le cas de l'hydrogène, tout en assortissant cette contrainte d'une période transitoire pendant laquelle des régimes de séparation plus souples peuvent être maintenus.

²⁶³ COM (2021) 557 final. La directive a été adoptée formellement par le Conseil le 10 octobre 2023 ; voy. pour son analyse *infra*, n°

II L'harmonisation du marché des énergies de réseau

242. Toute l'économie de l'ouverture du marché de l'énergie repose alors sur la liberté d'accès des tiers aux infrastructures de réseau qui lui servent de support (1). En amont et en aval desdits réseaux, les instruments de libéralisation ont parallèlement instauré un cadre permettant l'exercice concurrentiel des activités de production et de fourniture d'électricité et de gaz naturel (2).

1. L'harmonisation des conditions d'accès aux réseaux

243. L'ouverture à la concurrence des activités situées en amont (pour la production) et en aval (pour la fourniture) des réseaux n'a de sens que s'il est permis aux opérateurs d'y accéder²⁶⁴. À cette fin, les directives de libéralisation ont prévu un système d'accès des tiers aux réseaux (ATR), dont la mise en œuvre doit bénéficier à l'ensemble des entreprises du secteur énergétique. Par-delà l'énoncé du principe d'ATR posé par les directives de libéralisation (§1), sa protection effective a supposé d'engager de profondes mutations d'ordre structurel, conduisant à renouveler l'organisation du marché des énergies de réseaux (§2).

§1 Le principe d'accès des tiers aux réseaux

244. Les mécanismes initialement prévus par les premières directives de libéralisation laissaient aux États membres un choix entre deux ou trois modes d'accès aux réseaux. Le premier, dit d'« accès négocié », consistait à permettre aux tiers désireux d'accéder aux réseaux de négocier avec leurs gestionnaires à la fois les modalités et le coût de cet accès (article 17 de la directive 96/92 et article 15 de la directive 98/30). Le deuxième consistait en un « accès réglementé ». Il était alors question de garantir aux utilisateurs un droit d'accès, dans des conditions uniformes, fondé sur des tarifs publiés pour l'utilisation des réseaux de transport et de distribution (article 17, par. 4, de la directive 96/92 et article 16 de la directive 98/30). Le troisième, qui ne concernait que le marché de l'électricité, reposait sur la formule dite de « l'acheteur unique ». Cette méthode impliquait la désignation, par l'État, d'une personne morale qui avait vocation à s'interposer dans les relations entre les clients éligibles et les producteurs d'électricité, en prenant en charge les modalités d'accès aux réseaux²⁶⁵. Compte tenu de l'opacité de la première méthode et du désintérêt des États pour la troisième²⁶⁶, le système de l'accès réglementé est, depuis les directives de 2003, le régime de droit commun pour l'accès aux réseaux électriques et gaziers. L'article 20 de la directive 2003/54, pour le secteur de l'électricité, et l'article 18, par. 1, de la directive 2003/55, pour le secteur du gaz, établissent ainsi que « [I]es États membres veillent à ce que soit mis en place,

²⁶⁴ En ce sens : conclusions de l'avocate KOKOTT sous CJ, 9 octobre 2008, *Julius Sabatauskas e.a.*, C-239/07 : « Le droit d'accès serait sans valeur pour le fournisseur si le client qu'il s'agit d'approvisionner ne pouvait accéder au réseau » (point 28). L'ouverture des réseaux constitue, par conséquent, « la condition décisive de la création du marché intérieur de l'électricité » (point 22).

²⁶⁵ Lorsqu'un contrat de vente était passé entre ces derniers, l'acheteur unique pouvait se voir imposer une obligation d'acheter les volumes correspondant auprès du producteur. Il en faisait alors acquisition au prix de vente conclu avec le client, auquel était soustrait le tarif d'utilisation des réseaux, avant de revendre l'énergie concernée au consommateur, pour le prix convenu entre ce dernier et le producteur (article 18 de la directive 96/92).

²⁶⁶ Voy. sur l'ensemble de cette question : N. CHEBEL-HORTSMANN, *La régulation du marché de l'électricité. Concurrence et accès aux réseaux*, Paris, L'Harmattan, 2006, spéc. pp. 261-265 ; C. ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, Paris, LGDJ, 2006, spéc. pp. 238-240.

pour tous les clients éligibles, un système d'accès des tiers aux réseaux (...) fondé sur des tarifs publiés, (...) appliqué objectivement et sans discrimination »²⁶⁷.

Infrastructure essentielle, au sens qu'en donnent les règles de concurrence²⁶⁸, les réseaux électriques et gaziers ont vocation à donner corps au processus de libéralisation. En d'autres termes, la crédibilité même du projet de réalisation du marché de l'électricité et du gaz se trouve entièrement indexée par la plus ou moins grande facilité avec laquelle les opérateurs énergétiques pourront accéder aux réseaux : l'on peut donc raisonnablement s'attendre à ce que la portée du principe d'ATR soit étendue (a) et ses exceptions corrélativement limitées (b). Par ailleurs, on signalera que le droit sectoriel de l'Union aménage un régime spécial d'accès des tiers aux installations de stockage de gaz, accès pour lequel les États recouvrent une marge de manœuvre plus étendue (c).

a) La portée étendue de l'ATR

245. Étendue, cette portée l'est tout autant à l'égard du champ d'application du régime de l'ATR (1°) qu'au regard des sujétions qu'imposent de sa mise en œuvre (2°).

1° Champ d'application de l'ATR

246. Au sujet de son champ d'application *ratione personae*, les directives de libéralisation imposent aux États membres de garantir l'accès aux « utilisateurs des réseaux », entendus comme toutes les personnes physiques ou morales alimentant le réseau ou desservies par celui-ci (article 2, sous 36, de la directive 2019/944 et article 2, sous 23, de la directive 2009/73). En pratique, les bénéficiaires de l'ATR recouvrent tant les producteurs d'énergie que les fournisseurs et/ou consommateurs désireux de l'acquérir²⁶⁹, sans que la nature de l'énergie concernée puisse suffire à les extraire du champ de l'ATR.

À ce sujet, la Cour d'appel de Paris a confirmé que la qualité d'utilisateur de réseaux ne saurait être refusée aux producteurs d'énergie renouvelable, au motif que l'électricité produite n'intègre pas le marché libéralisé de l'énergie, compte tenu de l'existence d'un dispositif d'obligation d'achat incombant à l'opérateur historique français *EDF*²⁷⁰. En l'espèce, une entreprise de production d'électricité avait tenté d'échapper au paiement du tarif d'accès aux réseaux²⁷¹, en faisant valoir qu'elle n'avait pas la qualité d'utilisateur de ces derniers, mais seulement de créancière d'une obligation d'achat auprès d'*EDF*. De son point de vue, le transfert de propriété de l'électricité produite au titre de l'obligation d'achat aurait eu pour effet de rendre la société *EDF* seule utilisatrice du réseau, en tant que fournisseur de l'électricité ainsi acquise. L'analyse est rejetée par la Cour d'appel qui retient, à propos des producteurs d'énergie, que leur qualité d'utilisateur de réseau doit être déduite du seul fait qu'ils injectent leur production dans ce dernier. En creux, la position du juge national dans cette affaire confirme que l'autonomie du régime d'ATR, tel qu'il ressort du droit de l'Union, postule que son étendue ne saurait varier au gré de l'organisation nationale des marchés et politiques de l'énergie.

²⁶⁷ Ces dispositions seront reprises *in extenso* par les directives ultérieures (pour le secteur de l'électricité : article 32 de la directive 2009/72 et article 6, par. 1, de la directive 2019/944 ; pour le secteur du gaz : article 32 de la directive 2009/73).

²⁶⁸ A ce sujet, voy. : M. MEZAGUER (dir), *Le droit antitrust de l'Union européenne*, Tome 1, *Les dispositions générales*, Commentaire J. Mégret, 2021, pp. 161-163.

²⁶⁹ Sur ce point : voy. CJ, 9 octobre 2008, *Julius Sabatauskas e.a.*, précité, point 44 ; CJ, 29 septembre 2016, *Essent Belgium II*, précité, point 75.

²⁷⁰ CA Paris, 4 octobre 2005, *Compagnie parisienne de chauffage urbain c. EDF et RTE*, n° 2005/05502.

²⁷¹ Voy. *infra*, n°.

Au sujet de son champ d'application *ratione materiae*, le principe de l'ATR a vocation à garantir l'accès des utilisateurs « aux réseaux » d'énergie *lato sensu*, c'est-à-dire ceux qui en permettent le transport et la distribution²⁷², ainsi, pour le domaine du gaz, que le stockage sous la forme de gaz naturel liquéfié. En d'autres termes, c'est seulement la capacité d'une infrastructure à déplacer ou à stocker de l'énergie qui l'inscrit dans le champ de l'ATR. En revanche, ni la taille du réseau concerné, ni le volume de consommation qui en est soutiré²⁷³, ou la nature de la production qui y est injectée²⁷⁴, ni même le régime de propriété des actifs y étant associés²⁷⁵ ne sont des paramètres susceptibles d'influencer le périmètre d'application du régime d'ATR.

247. En particulier, à l'occasion d'une affaire *Citiworks*²⁷⁶, la Cour de justice a estimé qu'un État ne pouvait limiter l'étendue du champ d'application de l'ATR en déclassant un réseau de distribution au rang de « réseau interne privé », en vue de permettre à son gestionnaire d'en refuser librement l'accès à de nouveaux entrants. Cette prise de position intervient dans le cadre d'une législation allemande en vertu de laquelle les règles d'accès aux réseaux publics ne s'appliquaient pas à des réseaux de faible dimension présentant, sur le plan spatial, une unité fonctionnelle et qui sont principalement affectés au transfert d'énergie à l'intérieur d'une entreprise ou de plusieurs entreprises liées.

L'existence de tels réseaux privés n'apparaissait initialement que dans les ordres juridiques internes²⁷⁷, et faisait écho au développement de nouveaux usages de l'énergie (autoconsommation, communautés d'énergie, etc.) qui s'accommodaient d'infrastructures singulières, le cas échéant distinctes des réseaux publics d'approvisionnement. Ils bénéficient, depuis 2009, d'une reconnaissance par le droit de l'Union, au travers des dispositions des directives de libéralisation intéressant les « réseaux privés de distribution »²⁷⁸. Depuis lors, le droit de l'Union autorise, sous conditions, les États membres à qualifier comme tels des réseaux qui permettent la distribution d'énergie à l'intérieur d'un site industriel, commercial ou de partage de services géographiquement limité qui n'approvisionne pas de clients résidentiels. L'enjeu d'un tel classement tient à ce qu'il ouvre la possibilité, pour les États, d'exempter les gestionnaires des réseaux fermés de distribution de certaines sujétions propres à la gestion de réseaux de droit commun²⁷⁹.

²⁷² Dans le domaine de l'électricité : les réseaux de transport permettent le transport d'électricité à haute et très haute tension, aux fins de fourniture à des clients finals ou à des distributeurs mais ne comprenant pas la fourniture (article 2, sous 34), de la directive 2019/944) ; les réseaux de distribution couvrent le transport d'électricité à moyenne et basse tension, aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture (article 2, sous 28), de la directive 2019/944). Dans le domaine du gaz : les réseaux de transport sont ceux permettant « le transport de gaz naturel via un réseau principalement constitué de gazoducs à haute pression, autre qu'un réseau de gazoducs en amont et autre que la partie des gazoducs à haute pression utilisée principalement pour la distribution du gaz naturel au niveau local, aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture » (article 2, sous 2), de la directive 2009/73) ; les réseaux de distribution sont ceux qui permettent « le transport de gaz naturel par l'intermédiaire de réseaux locaux ou régionaux de gazoducs aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture » (article 2, sous 5), de la directive 2009/73).

²⁷³ CJ, 22 mai 2008, *Citiworks*, C-439/06.

²⁷⁴ CJ, 29 septembre 2016, *Essent Belgium II*, précité.

²⁷⁵ CJ, 17 octobre 2019, *Elektrorazpredelenie Yug*, C-31/18.

²⁷⁶ CJ, 22 mai 2008, *Citiworks*, précité.

²⁷⁷ Voy. par exemple, en France, l'introduction de la notion de « réseaux fermés de distribution d'électricité », par l'ordonnance n° 2016-1725 du 15 décembre 2016. Sur cette question : B. LORMETEAU, « Les réseaux fermés de distribution d'électricité, une nouvelle dynamique territoriale de la gestion de l'énergie », *En.-Env.-Infr.* 2017, n°4, comm. 21.

²⁷⁸ Pour le secteur de l'électricité : article 28 de la directive 2009/72 et article 38 de la directive 2019/944. Pour le secteur du gaz : article 28 de la directive 2009/73.

²⁷⁹ Voy. *infra*, n° .

Cela étant, par un arrêt *Solvay Chimica* rendu en 2018²⁸⁰, la Cour de justice confirme que l'existence d'un réseau de distribution privée, quand bien même elle serait désormais prévue par le droit de l'Union, ne suffit pas à exclure un tel réseau du champ de l'ATR, ni d'en limiter l'accès au-delà des possibilités limitativement prévues par les directives applicables. En somme, qu'elle soit « privée » ou « publique », l'infrastructure par laquelle transite l'énergie n'en reste pas moins un réseau, dont le libre accès constitue, aux dires de la Cour de justice, « l'une des mesures essentielles que les États membres sont tenus de mettre en œuvre pour parvenir à l'achèvement du marché intérieur »²⁸¹ de l'énergie, et revêt, à ce titre, une « importance primordiale »²⁸².

2° Mise en œuvre de l'ATR

248. Indépendamment de la forme qu'elles ont été susceptibles de revêtir, la Cour a considéré que les modalités d'ATR prévues par les différentes directives de libéralisation constituaient des « expressions particulières [du] principe général de non-discrimination », impliquant une interdiction « d'une part, de traiter de manière différente des situations similaires et, d'autre part, de traiter de la même manière des situations différentes »²⁸³. L'adossement du régime d'ATR au principe de non-discrimination permet de mieux cerner l'étendue des obligations qu'il fait naître à l'égard des États.

À parcourir ses occurrences dans les règles sectorielles et dans la jurisprudence qui en a précisé le contenu, l'exigence d'une égalité de traitement des candidats à l'ATR se présente sous trois aspects complémentaires. D'abord, les directives de libéralisation font obligation aux États membres de mettre en œuvre un système d'ATR dans des conditions objectives et non discriminatoires (i). Ensuite, ces textes étendent l'exigence de non-discrimination aux modalités de calcul des tarifs d'utilisation des réseaux (ii). Enfin, et dans la mesure où le raccordement physique à un réseau est « une condition préalable à l'exercice du droit d'accès »²⁸⁴, les directives de libéralisation imposent aux États membres, par eux-mêmes ou par l'intermédiaire de leurs autorités nationales de régulation, de définir les conditions techniques de raccordement, de façon objective et non discriminatoire (iii).

(i) L'établissement d'un système d'ATR non discriminatoire

249. Dans un arrêt du 7 juin 2005²⁸⁵, la Cour de justice a jugé qu'un État membre avait méconnu le droit de l'Union en accordant à son opérateur historique un système préférentiel d'accès aux réseaux, afin qu'il puisse poursuivre l'exécution de contrats internationaux d'approvisionnement passés avant la libéralisation pour la satisfaction de la mission de service public dont il était investi. Au-delà d'une méconnaissance du principe général de non-discrimination, de telles mesures ont été considérées comme mettant « sérieusement en

²⁸⁰ CJ, 28 novembre 2018, *Solvay Chimica Italia e.a.*, C-262/17, C-263/17 et C-273/17; B. LORMETEAU et E. DURAND, « Première prise de position de la CJ sur la notion de réseau fermé de distribution », *En.-Env.-Infr.* 2019, n°3, comm. 16.

²⁸¹ CJ, 22 mai 2008, *Citiworks*, précité, point 44 ; CJ, 9 octobre 2008, *Julius Sabatauskas e.a.*, précité, point 33 ; CJ, 29 septembre 2016, *Essent Belgium II*, précité, point 76 ; 28 novembre 2018, *Solvay Chimica Italia e.a.*, précité, point 54.

²⁸² CJ, 17 octobre 2019, *Elektrorazpredelenie Yug*, précité, point 40 ; CJ, 27 janvier 2022, *Fondul Proprietatea*, C-179/20, point 69.

²⁸³ CJ, 14 avril 2002, *AEM*, C-128/03 et C-129/03, point 58 ; CJ, 29 septembre 2016, *Essent Belgium II*, précité, point 79.

²⁸⁴ Conclusions précitées de l'avocate générale KOKOTT sous CJ, 9 octobre 2008, *Julius Sabatauskas e.a.*, point 37. Souligné par nous.

²⁸⁵ *VEMW e.a.*, C-17/03.

danger » l'accès au marché de nouveaux opérateurs, et, partant en l'occurrence, la réalisation du marché intérieur de l'électricité. En effet, l'accès prioritaire conduisait, de fait, à protéger la position de l'opérateur historique de la concurrence des autres opérateurs « au-delà des possibilités que le législateur communautaire a prévues dans la directive pour concilier l'accomplissement du marché de l'électricité avec la sauvegarder des engagements conclus sous la législation précédente » (point 62).

En revanche, l'existence d'une différence de situation entre candidats à l'accès aux réseaux justifie, sinon impose, que l'État introduise une différence de traitement entre ceux-ci. Dans ce contexte, la Cour admet qu'une différenciation tarifaire pour l'accès aux réseaux puisse être établie entre des entreprises de production d'hydroélectricité et des entreprises de production d'électricité à partir de sources combustibles, dans la mesure où seules ces dernières devaient supporter une taxe sur les combustibles employés²⁸⁶. Mieux, la Cour n'a pas hésité à constater la non-conformité d'une réglementation nationale au principe d'accès non discriminatoire aux réseaux, lorsqu'une telle réglementation traite de façon identique des utilisateurs de réseau placés dans des situations objectivement différentes. Cette analyse, dont on soulignera le caractère plutôt exceptionnel dans la jurisprudence de la Cour, ressort de l'affaire *Solvay Chimica*, dont nous indiquions plus haut qu'elle intéressait le régime des réseaux privés de distribution²⁸⁷. En l'espèce, les sociétés requérantes au principal, alimentées par un réseau privé d'approvisionnement, contestaient la réglementation italienne portant sur les modalités de calcul de certaines redevances dues au gestionnaire du réseau public, dont elles étaient redevables, dans la mesure où leur réseau privé disposait d'un point de connexion avec le réseau public. Initialement, ces redevances étaient calculées sur la seule électricité échangée avec le réseau public par le réseau privé dans son ensemble, au travers de leur unique point de connexion. À la suite d'une modification de la réglementation nationale, les redevances étaient calculées sur l'électricité échangée par chacun des utilisateurs du réseau fermé, à travers le point de connexion de leur installation respective audit réseau fermé. En d'autres termes, et par-delà ces aspects techniques, cette modification avait eu pour effet d'aligner la méthode de calcul des redevances applicables aux utilisateurs de réseaux fermés sur celles applicables aux utilisateurs du réseau public, négligeant, par là même, la spécificité des réseaux privés d'approvisionnement. Or, selon la Cour, une telle assimilation est insusceptible de se fonder dans le principe général d'égalité de traitement, qui impose que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (point 66 de l'arrêt). En l'espèce, le juge relève que le droit national néglige la différence de situation entre les utilisateurs de réseaux fermés et les utilisateurs du réseau public. À la différence de ces derniers, les utilisateurs de réseaux privés, dès lors qu'ils consomment pour l'essentiel l'électricité produite « en interne », n'ont recours au réseau public que de manière résiduelle pour couvrir une insuffisance momentanée de production au sein du réseau fermé (point 68), de sorte que l'assimilation tarifaire dont ils font l'objet vis-à-vis des autres utilisateurs du réseau public constitue une mesure discriminatoire²⁸⁸.

²⁸⁶ CJ, 14 avril 2002, *AEM*, précité

²⁸⁷ CJ, 28 novembre 2018, *Solvay Chimica Italia e.a.*, précité.

²⁸⁸ Il convient de relever que la possibilité de faire varier les conditions de l'ATR au prétexte d'une différence de situation entre les utilisateurs de réseau est appréhendée avec beaucoup plus de retenue par les juges internes. À ce sujet, le Conseil d'État français a ainsi refusé de considérer que des entreprises ferroviaires soient considérées comme placées dans une situation particulière par rapport aux autres consommateurs qui utilisent le réseau public pour l'alimentation d'équipements fixes, en raison de ce que les trains prélèvent de l'électricité successivement à partir de chacun des points de raccordement qui se trouvent sur leur parcours. Ainsi, le fait qu'un opérateur soit contraint de souscrire « pour chacun des 536 points de raccordement que nécessite le réseau ferré qu'empruntent ses convois, une puissance élevée pour l'alimentation du trait lors de son passage et qui n'est sollicitée que pendant la brève période durant laquelle le convoi circule sur le tronçon alimenté à partir d'un point de raccordement donné », ne suffit pas à singulariser sa situation par rapport aux autres utilisateurs de

250. En tout état de cause, le régime d'ATR, autant que le principe général de non-discrimination dont il s'inspire, n'empêchent pas les États d'introduire des différences de traitement entre usagers du réseau, pour autant que de telles différences de traitement répondent d'un objectif légitime et n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour le satisfaire. Tel est en particulier, l'enseignement d'une affaire *Fondul Proprietatea* jugée par la Cour en janvier 2022²⁸⁹, sur renvoi d'une juridiction roumaine qui s'interrogeait sur la conformité au droit de l'Union du régime national d'accès aux réseaux. En l'espèce, était en cause une série de mesures gouvernementales destinées à garantir des accès prioritaires aux réseaux et au marché de l'énergie au profit de deux entreprises de production d'électricité à partir de ressources fossiles.

Bien qu'*a priori* contraire à l'idée même d'égal accès aux réseaux, un tel mécanisme se justifiait par des considérations techniques et de politique nationale. Au regard de leur volume important de production, les centrales bénéficiaires apportaient une solide contribution à la sécurité d'approvisionnement du pays, en situation de forte dépendance énergétique, et ce notamment en période de pic de consommation. Or, dans la mesure où les entreprises concernées enregistraient des coûts de production et de redémarrage particulièrement élevés, elles ne pouvaient, sauf à fonctionner de façon continue, livrer de l'électricité en période de pic de consommation qu'à des tarifs eux-mêmes très élevés. C'est, dès lors, en vue de permettre leur fonctionnement continu que le gouvernement roumain avait consenti aux opérateurs en cause un accès garanti aux réseaux, auquel s'ajoutait un mécanisme dit d'appel prioritaire (permettant au gestionnaire de réseau de prioriser l'injection d'électricité produite par ces centrales, au détriment de la règle dite de préséance économique)²⁹⁰.

En l'espèce, la Cour constate que l'octroi d'un accès garanti à certaines installations introduit une différence de traitement entre les opérateurs. En écho au principe général d'égalité, elle souligne néanmoins qu'une telle différence de traitement peut être objectivement justifiée, pour autant qu'elle soit fondée sur un critère objectif et raisonnable, en étant en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la législation en cause, et qu'elle la différence de traitement soit proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné. Dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure²⁹¹, la Cour fait montre d'une grande mansuétude dans l'admission de la légitimité des objectifs de sécurité d'approvisionnement, dont elle estime ici qu'ils sont à même de justifier l'accès garanti à des installations de production d'électricité fossile. Si elle renvoie au juge national le soin d'éprouver la proportionnalité de la mesure, elle relève que l'application du mécanisme d'accès garanti combiné à l'appel prioritaire a permis aux centrales bénéficiaires de fonctionner en continu, et ce pour le plus grand profit de la sécurité d'approvisionnement en électricité du pays. De la sorte, et dans son principe, la mesure en cause est apte à réaliser l'objectif de sécurité d'approvisionnement en vue duquel elle a été consentie. Au surplus, la Cour renvoie au juge national le soin de déterminer si d'autres mesures moins attentatoires au principe du libre accès des tiers au réseau – et notamment celles pouvant s'inscrire dans les mécanismes d'exception à l'ATR prévus par les directives de libéralisation – auraient pu parvenir au même résultat.

réseau, justifiant qu'il bénéficie de conditions tarifaires spéciales pour l'accès aux réseaux (CE, 18 juillet 2008, *SNCF*, req. n° 291602).

²⁸⁹ CJ, 27 janvier 2022, *Fondul Proprietatea*, C-179/20, comm. E. DURAND, « Aides aux énergies fossiles : la sécurité d'approvisionnement n'excuse pas tout ! », *En.-Env.-Infr.* 2022, n°5, comm. 36.

²⁹⁰ Le mécanisme d'appel désigne l'opération par laquelle un gestionnaire de réseau détermine quelles installations de production d'électricité injectent leur production sur le réseau, en vue de garantir l'équilibre sur celui-ci. L'ordre d'appel s'opère, par principe, selon une règle de préséance économique, destiné à favoriser l'injection des moyens de production les moins coûteux lors d'une sollicitation des consommateurs (article 2, sous 29), du règlement 2019/943).

²⁹¹ Voy. *supra*, n°.

Toutefois, il convient de ne pas surestimer l'ampleur de la solution retenue par la Cour dans l'affaire *Fondul Proprietatea*. En effet, bien qu'admise dans son principe, la possibilité de justifier une différence de traitement au visa des directives de libéralisation sera *in fine* invalidée sur le terrain d'autres règles du droit de l'Union. En l'espèce, la Cour retient que la réglementation en cause a instauré une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE au profit des entreprises concernées, frappée d'illégalité en application de l'article 108 TFUE, en raison de l'absence de notification préalable auprès de la Commission.

(ii) L'établissement d'une tarification d'ATR non discriminatoire

251. Les directives de libéralisation exigent que l'ATR soit fondé sur des tarifs publiés et appliqués de façon non discriminatoire (considérant 81 de la directive 2019/944 et considérant 32 de la directive 2009/73). Ces tarifs ou redevances désignent ceux qui sont prélevés par les gestionnaires des réseaux, en contrepartie de l'utilisation qu'en feront les tiers (producteurs, fournisseurs ou consommateurs). À cette fin, l'article 59 de la directive 2019/944 et l'article 42 de la directive 2009/73 attribuent aux autorités nationales de régulation la charge de fixer ou d'approuver les tarifs d'utilisation des réseaux ou leurs méthodes de calcul, en faisant en sorte que ces tarifs « incluent une rémunération du ou des propriétaires de réseau, qui rétribue de manière appropriée l'utilisation des actifs du réseau et les éventuels nouveaux investissements effectués dans celui-ci, pour autant qu'ils soient engagés d'une manière économiquement rationnelle ». L'exécution de cette tâche doit s'opérer dans des conditions non discriminatoires, ce qui habilite les autorités de régulation à modifier, en tant que de besoin, les conditions tarifaires d'accès aux réseaux lorsqu'il apparaît que celles en vigueur ne permettent pas d'assurer une égalité de traitement entre utilisateurs (article 60, par. 1, de la directive 2019/944 et article 42, par. 10, de la directive 2009/73). De surcroît, s'agissant de l'électricité, le calcul des tarifs d'accès doit tenir compte des obligations des gestionnaires de réseaux, dont en particulier celles tenant à développer les infrastructures de transport d'électricité afin qu'elle soit en mesure d'accueillir de nouveaux opérateurs (article 18, par. 2, de la directive 2019/943).

À cet égard, les directives de libéralisation s'inscrivent dans la continuité de la jurisprudence relative à la tarification de l'accès aux infrastructures essentielles, et qui tend à rapprocher le prix d'accès imposé à un nouvel accédant du coût que représente son arrivée sur le réseau²⁹². Ainsi, la Cour de justice retient qu'un opérateur historique abuse de sa position dominante lorsqu'il subordonne l'accès à une infrastructure essentielle au paiement d'un « prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur de la prestation économique fournie »²⁹³, ou plus largement lorsqu'il détermine la tarification de cet accès de telle sorte à éliminer la concurrence sur le secteur libéralisé dans lequel il intervient²⁹⁴. Une logique tout à fait comparable innove la méthodologie de calcul des coûts de l'ATR prévue par les instruments sectoriels de libéralisation du marché des énergies de réseaux, dont l'objectif directeur est d'imposer une neutralité tarifaire pour l'utilisation des réseaux.

En premier lieu, la neutralité tarifaire suppose que la hauteur des tarifs et redevances reflète strictement les coûts liés à l'utilisation des réseaux, ainsi que ceux liés au développement des infrastructures nécessaires à l'accueil de nouveaux opérateurs. Sur ce point, dans le domaine de

²⁹² Voy. notamment : CJ, 11 décembre 2008, *Kanal 5 et TV 4*, C-52/07.

²⁹³ Point 28 de l'arrêt. Voy. à ce sujet, T. PENARD, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *RIDE*, 2002, pp. 293-312, spéc. pp. 297-299.

²⁹⁴ En particulier, lorsque l'infrastructure est également employée en vue d'exécuter une mission de service public, la Cour de justice estime que l'opérateur historique doit, sur le marché libéralisé, s'appliquer à lui-même les mêmes conditions financières pour l'utilisation de l'infrastructure que celles imposées aux opérateurs concurrents : CJ, 17 mai 2001, *TNT Traco*, C-340/99, points 57 et 58.

l'électricité, l'article 18 du règlement 2019/943 prévoit que les redevances d'accès aux réseaux appliquées par les gestionnaires des réseaux concernés « reflètent les coûts, sont transparentes, tiennent compte de la nécessité de garantir la sécurité et la flexibilité des réseaux et reflètent les coûts effectivement engagés » mais « ne comprennent pas de coûts non liés soutenant d'autres objectifs stratégiques ». En second lieu, l'exigence de neutralité tarifaire suppose que la méthode de calcul des tarifs ou redevances d'utilisation des réseaux ne varie pas en fonction de la dimension du réseau auquel l'accès est demandé (en l'occurrence, selon que l'accès est demandé au réseau de transport ou de distribution), de la nature des opérations qui sous-tendent la demande d'accès, ni même de la distance qui sépare l'utilisateur du réseau²⁹⁵.

(iii) L'établissement de modalités techniques d'ATR non discriminatoires

252. Le raccordement physique à un réseau est « une condition préalable à l'exercice du droit d'accès »²⁹⁶. Relevant des missions des gestionnaires de réseaux, le raccordement consiste à « connecter physiquement à un réseau de transport ou de distribution l'installation d'un utilisateur, qu'il s'agisse d'un producteur souhaitant injecter sur le réseau ou d'un consommateur souhaitant soutirer »²⁹⁷.

Constituant, en quelque sorte, la concrétisation matérielle du régime de l'ATR²⁹⁸, la procédure de raccordement doit obéir au principe de non-discrimination inhérent à ce dernier²⁹⁹. À cet effet, les directives de libéralisation imposent aux États membres, par eux-mêmes ou par l'intermédiaire de leurs autorités nationales de régulation, de définir les conditions techniques de raccordement (article 60, par. 7, sous a) de la directive 2019/944 pour le secteur de l'électricité), et aux gestionnaires de réseaux de définir les procédures et tarifs applicables sous contrôle de l'autorité de régulation³⁰⁰, et ce d'une façon objective et non discriminatoire. À cet égard, la pratique des autorités nationales et européennes chargées de la mise en œuvre du droit spécial de l'énergie invite à considérer que le raccordement au réseau doit respecter une triple exigence de transparence, de proportionnalité et d'égalité de traitement.

253. L'exigence de transparence impose aux autorités qui en ont la charge de publier les critères d'examen des demandes de raccordement, de s'y tenir mais aussi de mettre à disposition des candidats l'ensemble des informations nécessaires leur permettant de comprendre la solution de raccordement proposée et son coût. Ainsi, en France, l'autorité

²⁹⁵ L'article 18 du règlement 2019/943 décline cette exigence de façon plus précise : « la méthode utilisée pour déterminer les redevances d'accès aux réseaux soutient de manière neutre l'efficacité générale du système à long terme grâce à des signaux de prix adressés aux clients et aux producteurs et, en particulier, est appliquée de manière à ne pas créer de discrimination, que ce soit positivement ou négativement, entre la production connectée au niveau de la distribution et la production connectée au niveau du transport. Les redevances d'accès ne créent pas de discrimination, que ce soit positivement ou négativement, à l'égard du stockage d'énergie ou de l'agrégation de l'énergie et ne découragent pas l'autoproduction, l'autoconsommation ou la participation active de la demande. (...) ces redevances ne sont pas fonction de la distance ».

²⁹⁶ Conclusions précitées de l'avocate générale KOKOTT dans l'affaire *Julius Sabatauskas*, point 37.

²⁹⁷ M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie*, op. cit., p. 372.

²⁹⁸ La connexité des deux notions tient à ce que « l'accès au réseau s'entend comme le droit d'utiliser les réseaux d'électricité et (...) le raccordement correspond à la connexion physique au réseau » (CJ, 9 octobre 2008, *Julius Sabatauskas*, précité, point 42).

²⁹⁹ Sur cette question, voy. : M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie*, op. cit., pp. 372-376.

³⁰⁰ Bien que les directives ne visent que les sujétions pesant sur les gestionnaires des réseaux de transport d'électricité (article 42 de la directive 2019/944) et de gaz (article 23 de la directive 2009/73), l'exigence d'un traitement non discriminatoire des demandes de raccordement trouve à s'appliquer *mutatis mutandis* pour l'accès aux réseaux de distribution. Rappr. : CJ, 9 octobre 2008, *Julius Sabatauskas*, précité, point 47.

nationale de régulation³⁰¹ a, par l'intermédiaire de son organe de règlement des différends, estimé que le gestionnaire de réseaux avait méconnu le principe de transparence en exigeant, aux fins de raccorder une installation photovoltaïque à un réseau de distribution, la production du titre d'exploitation, là où le texte régissant la procédure de raccordement se satisfaisait de la production d'un titre d'urbanisme³⁰². De même, à l'occasion d'un litige portant sur les conditions techniques du raccordement de centrales de production d'électricité éolienne, le même organe déclare qu'au titre d'une obligation de traitement transparent et non discriminatoire des demandes de raccordement, le gestionnaire de réseau est tenu de fournir au demandeur tous les éléments permettant d'apprécier le bien-fondé des solutions préconisées dans le cadre de la « proposition technique et financière » de raccordement³⁰³. L'exigence de proportionnalité s'exprime au travers de l'obligation pesant sur les gestionnaires de réseau de proposer un raccordement au meilleur coût, compte tenu des impératifs de sécurité et de sûreté des réseaux dont ils assurent la gestion. En ce sens, l'autorité française de régulation de l'énergie retient qu'à défaut de contrainte de sécurité, le gestionnaire de réseau ne saurait refuser une solution de raccordement indirect³⁰⁴, lorsqu'il constitue la solution technique la plus économique pour garantir au demandeur l'exercice de son droit d'ATR³⁰⁵.

Le raccordement doit, enfin, s'opérer dans des conditions non discriminatoires. En France, l'insuffisante capacité d'accueil des réseaux d'énergie et la multiplication des demandes de raccordement a conduit les gestionnaires de réseau à établir un système dit de « file d'attente ». Ce dernier est destiné à classer les nouvelles demandes de raccordement par ordre d'arrivée, en vue de déterminer les ouvrages, les coûts et les délais requis pour le raccordement, tout en privilégiant l'accès des projets les plus avancés aux capacités d'accueil existantes. Or, la définition d'une telle règle de sélection a été validée par la Commission de régulation de l'énergie, en tant qu'elle établit un « cadre adéquat pour l'instruction des

³⁰¹ A savoir la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE).

³⁰² Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS), 4 juin 2010, *Soc. JuWi ENR c. ERDF*. Voy. : B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, op. cit., pp. 377-378 ; A. JUSSIAUX, « Le contentieux du droit d'accès aux réseaux d'électricité et de gaz devant le régulateur de l'énergie », *Concurrences*, 2011, n° 1, pp. 1-9, spéc. p. 3 ; J. RIFFAULT-SILK, « La régulation de l'énergie : bilan et réformes », *RIDE*, 2011, pp. 5-41, spéc. p. 19. Voy. dans le même sens : CA Paris, 30 juin 2011, *RTE c. Société d'exploitation du parc éolien Le Nouvion e.a.*, n° 2010-17039 : une société de production d'électricité éolienne « n'est pas tenue d'être titulaire d'une autorisation d'exploiter pour bénéficier d'un raccordement au réseau public de transport (...) aucune disposition législative ou réglementaire ne conditionne le raccordement au réseau public de transport (...) à l'obtention d'une autorisation d'exploiter ».

³⁰³ Cette obligation, précise le CoRDIS, « se justifie d'autant plus que le gestionnaire du réseau public de distribution se trouve en situation de monopole vis-à-vis des utilisateurs du réseau public de distribution qui demandent leur raccordement » (5 novembre 2009, *Soc. Ventura, Centrale éolienne des Gargouilles et Centrale éolienne les Vingt Setiers c. RTE EDF Transport et ERDF*). Voy. dans le même sens : décision de la CRE du 3 juin 2004, *Société Pouchon Cogen c. EDF* (différend relatif aux conditions de raccordement d'une installation de cogénération au réseau public de distribution).

³⁰⁴ On entend par raccordement direct au réseau, la connexion physique et sans intermédiaire entre une installation électrique et un réseau public. Le raccordement est indirect lorsque la connexion d'une nouvelle installation est effectuée sur un réseau privé d'électricité, lui-même raccordé au réseau public. Voy. sur ce point : F. CASSIN, « L'intégration des énergies renouvelables », interview du 5 juillet 2011, www.smartgrids-cre.fr. Voy. *contra* CA Paris, 12 janvier 2017, *Enedis c. Valsophia*, n° 2015/15157. Pour une analyse complète de l'affaire, voy. : M.-H. PACHEN-LEFEVRE et M. HAUTON, Cabinet Seban et associés, *Lettre d'actualités juridiques Énergie & Environnement*, mars 2017, n° 26, disponible sur : www.seban-associés.avocat.fr ; A.-E. RUBIO et C. BARTHELEMY, « L'arrêt *Valsophia* et les réseaux fermés de distribution », *RFDA* 2017, p. 445.

³⁰⁵ Voy. notamment : CoRDIS, 2 octobre 2009, *Soc. Tembec Tarascon et Bioenerg c. ERDF*, confirmée par CA Paris., 7 avril 2011, *ERDF c. Tembec Bioenerg* ; CoRDIS, 12 décembre 2011, *Cogestar 2 c. ERDF*, confirmé par CA Paris, 18 avril 2013, *ERDF c. Cogestar 2* ; CoRDIS, 28 mai 2010, *Société Centrale biomasse de Champdeniers c. Société Gérédis Deux Sèvres* ; CA Paris, 30 juin 2011, *RTE c. Société d'exploitation du parc éolien Le Nouvion e.a.*, précité.

demandes de raccordement, qui contribue à améliorer la transparence et la non-discrimination de l'accès au réseau public d'électricité »³⁰⁶.

b) Les exceptions limitées à l'ATR

254. L'« importance primordiale »³⁰⁷ du rôle joué par l'ATR dans la réalisation d'un marché européen des énergies de réseau exige que ces exceptions soient étroitement circonscrites. Dans cet ordre d'idées, les directives de libéralisation, d'une part, encadrent strictement les hypothèses et modalités de refus d'accès aux réseaux (1°) et, d'autre part, limitent les situations dans lesquelles les États membres peuvent, par dérogation au principe d'égal accès des tiers aux réseaux, consentir des accès préférentiels à certains utilisateurs (2°).

1° L'encadrement des refus d'accès aux réseaux

255. À parcourir les directives relatives au marché des énergies de réseaux, force est de relever que les raisons pour lesquelles l'ATR peut être refusé sont assez limitées. Selon les énergies en cause, deux ou trois séries de considérations sont visées. Ainsi, d'abord, l'accès aux réseaux d'électricité³⁰⁸ et de gaz³⁰⁹ peut être refusé si le gestionnaire ne dispose pas de la capacité nécessaire pour l'accueil d'un nouvel entrant. Ensuite, les directives indiquent qu'un refus d'accès peut être justifié par l'exécution d'obligations de service public que les États peuvent confier à des opérateurs du secteur de l'énergie³¹⁰. Si les textes n'apportent pas de précisions quant aux conditions dans lesquelles cette dérogation à l'ATR trouve à s'appliquer, il faut s'attendre à ce qu'elles fassent l'objet d'une interprétation stricte³¹¹. En effet, la possibilité de limiter l'application du régime de l'ATR au nom d'impératifs de service public fait écho à l'article 106, par. 2, TFUE, dont les directives ne constituent, sur ce point, qu'une déclinaison formalisée³¹². Il faut rappeler que cette disposition autorise une dérogation aux règles du traité lorsque leur application risquerait de compromettre l'exécution des missions d'intérêt économique général dont sont investies certaines entreprises. Or on n'ignore pas que la Cour de justice interprète strictement cette disposition, en inscrivant sa mise en œuvre dans un étroit contrôle de proportionnalité³¹³. Par conséquent, lorsqu'il est justifié par la réalisation d'obligation de service public, le refus d'ATR doit répondre à trois séries d'exigences pour être conforme au droit de l'Union. Il doit, premièrement, être justifié par l'existence d'obligations de service public trouvant leur fondement dans le texte de la directive concernée, pareilles obligations devant être « clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables »³¹⁴ ; deuxièmement, la

³⁰⁶ Délibération de la CRE du 15 avril 2010, portant approbation de la procédure de traitement des demandes de raccordement des installations de production d'électricité au réseau public de transport d'électricité.

³⁰⁷ CJ, 17 octobre 2019, *Elektrorazpredelenie Yug*, précité, point 40 ; CJ, 27 janvier 2022, *Fondul Proprietatea*, précité, point 69.

³⁰⁸ Article 6, par. 2, de la directive 2019/944.

³⁰⁹ Article 35, par. 1, de la directive 2009/73.

³¹⁰ Voy. à ce sujet infra n° .

³¹¹ Rappr. : CJ, 7 juin 2005, *VEMW*, précité

³¹² N. CHEBEL-HORTSMANN, *La régulation du marché de l'électricité. Concurrence et accès aux réseaux*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 343-353 ; C. LEMAIRE, *Énergie et concurrence*, op. cit., p. 489 ; J.-Y. CHEROT, « L'article 90, par. 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau », *AJDA*, 1996, p. 171.

³¹³ Voy. notamment, CJ, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, point 26. Pour une application au secteur de l'électricité, voy. CJ, 29 septembre 2016, *Essent Belgium II*, précité, points 87 à 95.

³¹⁴ Article 9, par. 2, de la directive 2019/943. A ce sujet, l'avocat général PIKAMAË, dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Fondul Proprietatea* précitée, doutait de la réalisation de ce critère, à propos d'une réglementation nationale établissant, par dérogation au principe d'ATR, un accès garanti aux réseaux pour certaines entreprises énergétiques : contrairement aux allégations des autorités nationales, un tel accès ne relève

réalisation de la mission de service public doit se voir empêchée par l'accès de nouveaux entrants sur le réseau³¹⁵ ; troisièmement, le refus d'accès doit constituer une mesure proportionnelle à l'exécution de l'obligation de service public, qui n'affecte pas « le développement des échanges (...) dans une mesure qui serait contraire aux intérêts de l'Union »³¹⁶.

256. En troisième lieu, et c'est là une singularité du secteur du gaz, la directive 2009/73 admet que l'ATR puisse être refusé s'il risque de générer d'importantes difficultés financières pour des entreprises gazières, liées par des contrats d'approvisionnement à long terme assortis d'une clause dite de « *take-or-pay* ». D'emblée, l'introduction d'un dispositif à ce point conjoncturel a de quoi surprendre. Mais la directive entend, sur ce sujet, équilibrer l'objectif politique de réalisation d'un marché européen du gaz pleinement concurrentiel avec les réalités commerciales dont celui-ci est porteur.

Il faut, pour le comprendre, tenir compte du fort degré de dépendance gazière qu'éprouvent les États de l'Union et la nécessité pour eux de sécuriser leur approvisionnement par des importations en provenance d'États tiers, à l'instar de la Russie, de la Norvège et de l'Algérie³¹⁷. Pour l'essentiel, ces importations sont encadrées par des contrats d'approvisionnement à long terme (d'une durée de 20 à 30 ans), passés auprès d'entreprises gazières des pays exportateurs. Ces contrats permettent aux acheteurs de sécuriser leurs approvisionnements et aux producteurs de sécuriser leurs débouchés, sur une période suffisamment longue pour pouvoir investir dans les activités d'exploration, de production et de transport, qui s'amortissent sur le long terme³¹⁸.

Outre leur échéance longue, la plupart de ces contrats comportent une clause *take-or-pay*, en vertu de laquelle l'acheteur est tenu de payer une quantité minimale de gaz prévue au contrat, et ce que le gaz soit ou non effectivement livré. Or, en cas de baisse de la consommation, l'on comprendra aisément que l'existence d'une clause *take-or-pay* puisse être la source d'importantes pertes financières pour l'acheteur contraint de payer des volumes de gaz, s'il ne peut les écouler sur le marché. Cette perte financière est, en pratique, d'autant plus préoccupante que ces clauses *take-or-pay* portent généralement sur des volumes importants de gaz. Un moyen d'endiguer le risque financier supporté en de telles situations par l'acheteur consiste à lui réserver une capacité importante des réseaux et/ou des installations de stockage de GNL, ce qui réduit corrélativement celle qui reste disponible pour les autres opérateurs.

pas de la notion d'obligation de service public, dès lors qu'il ne limite pas la liberté d'agir des entreprises bénéficiaires, mais au contraire, lui octroie un avantage économique certain, en ce qu'elles ont l'assurance d'acheminer l'électricité vendue (point 85 des conclusions).

³¹⁵ Sur ce point, la Cour de justice a retenu qu'une limitation de l'ATR opposée à des utilisateurs de réseaux privés d'approvisionnement ne pouvait se voir justifiée sur le fondement de l'existence d'obligations de service public pesant sur les gestionnaires des réseaux concernés, à défaut, pour les autorités nationales, de démontrer en quoi l'application du principe d'ATR risquait d'empêcher l'exécution desdites obligations (CJ, 22 mai 2008, *Citiworks*, précité).

³¹⁶ Article 9, par. 5, de la directive 2019/943. Voy. sur ce point : CJ, 29 septembre 2016, *Essent Belgium II*, précité, points 91 à 93.

³¹⁷ La balance des importations a été sensiblement renversée depuis l'invasion de l'Ukraine, engendrant une réduction drastique des importations de gaz par gazoduc ou sous forme liquéfiée en provenance de Russie. Cette situation a été composée principalement par une forte augmentation des importations de GNL en provenance des États-Unis, du Qatar et du Nigeria, et de gaz par gazoduc en provenance de Norvège et d'Algérie. Sur ce point, voy. : Fiche thématique du Conseil de l'Union, « D'où provient le gaz de l'UE ? », consilium.europa.eu, 7 février 2023.

³¹⁸ Voy. CRE, « Marché de gros du gaz naturel » ; M. LONG, *Gaz*, JurisClasseur Administratif, fasc. 153.

Pareilles considérations conjoncturelles ne sont pas ignorées par le législateur de l'Union³¹⁹, ni la difficulté d'en assurer l'articulation cohérente avec le processus de libéralisation du marché.

En acceptant que l'exécution d'un contrat *take-or-pay* puisse indexer l'étendue de l'ATR, l'article 35, par. 1, de la directive 2009/73 matérialise le « compromis entre, d'une part, les intérêts des opérateurs liés par ces contrats et la contribution qu'ils apportent à la sécurité d'approvisionnement et, d'autre part, ceux des concurrents et, plus généralement, l'objectif d'une concurrence réelle sur les marchés du gaz »³²⁰. En substance, le texte autorise, sous conditions, un opérateur à refuser l'accès aux ouvrages ou installations qu'il exploite en invoquant l'exécution de ses obligations contractuelles dans le cadre d'un contrat *take-or-pay*. À raison de l'atteinte qu'il porte au système de l'ATR, l'exercice de ce droit de refus ne s'opère pas sans limites ni sans contrôle. Ce refus d'accès fait, d'abord, l'objet d'un contrôle à l'échelle nationale : l'article 48 de la directive prévoit que l'entreprise de gaz naturel qui connaît ou estime qu'elle connaîtra de graves difficultés économiques et financières du fait des contrats *take-or-pay* qu'elle a passés peut adresser une « demande de dérogation temporaire » à l'État membre ou à l'autorité nationale de régulation, en lui fournissant « toutes les informations utiles sur la nature et l'importance du problème et sur les efforts déployés (...) pour le résoudre ». En cas d'acceptation par l'État ou l'autorité de régulation, la dérogation temporaire fait, ensuite, l'objet d'un contrôle à l'échelle de l'Union. L'article 48, par. 2, de la directive prévoit que la dérogation temporaire accordée par les autorités nationales fait l'objet d'une notification à la Commission qui en éprouve le bien fondé, et peut, le cas échéant, en solliciter la modification ou le retrait. Que ce soit au niveau national ou à celui de l'Union, les critères d'appréciation des demandes de dérogation temporaire sont listés à l'article 48, par. 3, de la directive, les États membres, les autorités nationales de régulation ou la Commission, selon les cas, devant tenir notamment compte : de l'incidence qu'aurait l'octroi d'une dérogation sur le fonctionnement du marché intérieur ; des nécessités liées à la sécurité d'approvisionnement ou bien encore ; de la gravité des difficultés économiques des entreprises subissant la contrainte contractuelle du *take-or-pay*.

257. En tout état de cause, et quel que soit celui des trois motifs au visa duquel l'ATR est refusé, les règles sectorielles de l'Union exigent que l'utilisateur du réseau auquel l'accès a été refusé puisse en connaître les raisons et, le cas échéant, engager une procédure de règlement des litiges devant l'autorité nationale de régulation³²¹.

2° L'encadrement des accès préférentiels aux réseaux

258. En adossant le mécanisme d'ATR au principe de non-discrimination, le droit sectoriel de l'Union postule un traitement égal des candidats à l'accès au réseau, sans égard notamment à

³¹⁹ La première directive gaz 98/30 en relatait explicitement la teneur : « considérant que les contrats “take-or-pay” à long terme constituent une réalité commerciale pour assurer l'approvisionnement en gaz des États membres ; que, en particulier, des dérogations à certaines dispositions de la présente directive devraient être prévues pour des entreprises de gaz naturel qui se trouvent ou se trouveraient confrontées à de graves difficultés économiques en raison de leurs obligations dans le cadre des contrats ‘take-or-pay’ ; que de telles dérogations ne doivent pas nuire à l'objectif de la présente directive, qui est de libéraliser le marché intérieur du gaz naturel ; que tout contrat ‘take-or-pay’ passé ou renouvelé après l'entreprise en vigueur de la présente directive doit être conclu avec prudence, afin de ne pas entraver une ouverture significative du marché ; que, par conséquent, de telles dérogations doivent être accordées dans des conditions de transparence, sous la surveillance de la Commission » (considérant 30).

³²⁰ M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie*, op. cit., p. 249.

³²¹ Pour le secteur de l'électricité : article 6, par. 2, de la directive 2019/944 ; pour le secteur du gaz : article 35, par. 1, de la directive 2009/73.

la nature de l'activité énergétique pour laquelle ils sollicitent une utilisation de l'infrastructure concernée.

Bien qu'elle soit indispensable à la réalisation du marché intérieur de l'énergie, une telle neutralité s'accommode parfois difficilement de certaines considérations d'intérêt général exigeant d'accorder un traitement préférentiel à des entreprises énergétiques qui y contribuent. Ainsi en va-t-il des entreprises de production d'énergies renouvelables qui participent aux politiques climatiques nationales et européennes, ou de celles qui, par le volume de production qu'elles injectent dans le réseau, contribuent directement à la sécurité d'approvisionnement de l'État dans lequel elles se situent. Le droit de l'Union n'est pas dépourvu des instruments de nature à favoriser l'accès de ces opérateurs, par le biais de deux séries de dispositions dérogatoires au principe d'égalité d'accès aux réseaux.

259. En premier lieu, l'article 31, par. 4, de la directive 2019/944 prévoit un mécanisme dit d'appel prioritaire permettant de favoriser l'injection d'électricité sur le réseau, par dérogation à la règle de préséance économique. Ce mécanisme fait écho aux missions dont sont investis les gestionnaires de réseau de distribution, tenant à maintenir l'équilibre permanent entre l'offre (c'est-à-dire l'injection d'électricité produite) et la demande (c'est-à-dire son prélèvement par des consommateurs), compte tenu de l'impossibilité de stocker l'électricité à grande échelle. En vue de garantir l'égalité de traitement entre les producteurs d'électricité, le droit de l'Union³²² impose aux gestionnaires de réseaux, lorsqu'ils procèdent à l'appel des installations de production aux réseaux, de respecter une règle de préséance économique, en vertu de laquelle « les installations de production sont appelées en principe en commençant par l'offre de vente la plus basse et en poursuivant par ordre croissant jusqu'à ce que toute la demande soit satisfaite »³²³. À ce sujet, le législateur de l'Union a introduit une dérogation à cette règle de préséance économique en permettant aux États membres d'imposer au gestionnaire de réseau de distribution « lorsqu'il appelle les installations de production, de donner la priorité à celles qui utilisent des sources renouvelables ou la cogénération à haut rendement ».

Il convient de signaler que cette dérogation a fait l'objet d'une approche plus étroite dans les textes de 2019 par rapport à celle antérieurement retenue au sujet du mécanisme d'appel prioritaire. Plus étroite, d'abord, cette approche l'est au regard des motifs susceptibles de justifier le recours à l'appel prioritaire : outre l'appel prioritaire des productions issues de sources renouvelables³²⁴, les textes antérieurs à la directive 2019/944 admettaient que des États membres imposent à leurs gestionnaires de réseau d'appeler, en priorité, des installations de production d'électricité à partir de ressources fossiles, lorsqu'un tel appel prioritaire était justifié par des motifs tirés de la sécurité d'approvisionnement³²⁵. Pareil motif n'apparaissant plus dans la directive de 2019, il convient d'en déduire que seuls des considérations climatiques, liées à l'accroissement de la part des énergies renouvelables, peuvent désormais justifier de déroger à cet aspect de l'ATR. Plus étroite, ensuite, cette approche l'est au regard de l'étendue des technologies susceptibles d'en bénéficier. Tandis que la directive antérieure restait, pour ainsi dire, muette sur cette question, la directive 2019/944 et le règlement 2019/943 auquel elle renvoie³²⁶, limitent la possibilité de recourir à l'appel prioritaire au profit

³²² Article 12, par. 1, du règlement 2019/943.

³²³ Conclusions précitées de l'avocat général PIKAMAË dans l'affaire, *Fondul Proprietatea*, point 28.

³²⁴ Article 15, par. 3, de la directive 2009/72.

³²⁵ Article 15, par. 4, de la directive 2009/72 : « Un État membre peut, pour des raisons de sécurité d'approvisionnement, ordonner que les installations de production utilisant des sources combustibles indigènes d'énergie primaire soient appelées en priorité, dans une limite de 15 % de la quantité totale d'énergie primaire nécessaire pour produire l'électricité consommée dans l'État membre concerné au cours d'une année civile ».

³²⁶ L'on signalera d'ailleurs que l'articulation entre les deux dispositifs manque de clarté. Tandis que la directive mentionne l'appel prioritaire des installations de production comme une dérogation à laquelle les États peuvent

de certaines installations seulement. Ainsi l'article 12 du règlement précité indique-t-il que l'appel prioritaire ne peut concerner que « soit des installations de production d'électricité utilisant des sources d'énergie renouvelables et ayant une puissance électrique installée inférieure à 400 kW (...) soit des projets de démonstration de technologies innovantes, sous réserve de l'approbation de l'autorité de régulation, à condition que cette priorité soit limitée dans le temps et dans sa portée à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de la démonstration », soit encore les « installations de production d'électricité utilisant la cogénération à haut rendement et ayant une puissance électrique installée de moins de 400 kW ».

260. En second lieu, la directive 2009/28, relative à la promotion des énergies renouvelables, établissait un mécanisme dit d'« accès prioritaire » aux réseaux, dont pouvaient bénéficier les installations de production d'électricité issue de sources renouvelables³²⁷. Ce dispositif, dont on signalera qu'il n'avait pas d'équivalent pour les autres sources d'énergie, permettait aux États membres de préserver l'accès des producteurs d'électricité renouvelable aux réseaux, notamment lorsque ceux-ci subissaient, par manque de capacité, des congestions physiques³²⁸. En raison, sans doute, d'une mise en œuvre extrêmement dispersée dans les États membres³²⁹,

recourir (article 31, par. 4, de la directive 2019/944 : « Un État membre *peut* imposer au gestionnaire de réseau de distribution, lorsqu'il appelle les installations de production, de donner la priorité à celles qui utilisent des sources renouvelables ou la cogénération à haut rendement conformément à l'article 12 du règlement (UE) 2019/943 », nous soulignons), le règlement emploie une formule plus impérative : le paragraphe 2 de son article 12 prévoit que « les États membres *font en sorte que*, lorsqu'ils appellent les installations de production d'électricité, les gestionnaires de réseau donnent la priorité aux installations de production qui utilisent des sources d'énergie renouvelables (...) » (nous soulignons). L'usage d'une formulation « optionnelle » réapparaît, dans la suite du dispositif, au sujet de l'appel prioritaire des installations de cogénération : l'article 12, par. 4, indique qu'à leur sujet « les États membres *peuvent* prévoir un appel prioritaire » (nous soulignons).

³²⁷ Article 16, par. 2, sous b), de la directive 2009/28 du 23 avril 2009 : « Les États membres prévoient, en outre, soit un accès prioritaire, soit un accès garanti au réseau pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ».

³²⁸ En dépit de la proximité lexicale entre les notions d'accès prioritaire et d'appel prioritaire, la Cour de justice a souligné la nécessité de les distinguer (CJ, 27 janvier 2022, *Fondul Proprietatea*, précité). D'abord, parce que ces deux notions ne font pas allusion aux mêmes mécanismes. Comme l'explique la Cour, les règles d'appel – le cas échéant prioritaire – déterminent quelles installations de production produisent de l'électricité à un certain moment de la journée, tandis que les règles d'accès – le cas échéant prioritaire – déterminent quel producteur a accès aux réseaux électriques en cas de congestion physique du réseau lorsque la capacité est insuffisante (point 64 de l'arrêt). D'autre part, parce que ces mécanismes ne visaient pas les mêmes objectifs, ni partant, les mêmes catégories de bénéficiaires. Tandis que la directive 2009/72 relative au marché de l'électricité autorisait le recours aux appels prioritaires à des fins de sécurité d'approvisionnement et/ou de promotion des énergies renouvelables (voy. *supra*, n°), la directive 2009/28 limitait le mécanisme d'accès prioritaire à des fins climatiques, en permettant d'instaurer des conditions préférentielles d'utilisation des réseaux par les seules installations utilisant des énergies renouvelables.

³²⁹ Certains États membres, à l'instar de l'Espagne, de la Hongrie, de Chypre, du Danemark et de la Slovénie, avaient fait de l'accès prioritaire le régime de droit commun pour l'entrée des énergies renouvelables sur les réseaux nationaux. L'Allemagne avait étendu le bénéfice de l'accès prioritaire aux énergies issues de la cogénération, faisant jouer ici la possibilité ouverte par la directive 2012/27 sur l'efficacité énergétique. La Finlande, la Pologne et la Roumanie reconnaissaient une possibilité d'accès prioritaire, tant qu'un tel accès ne présente pas de risque pour la stabilité des réseaux. D'autres, en revanche, l'avaient rejeté – le Royaume-Uni, la République tchèque, l'Estonie, la Bulgarie et la Croatie retiennent ainsi le principe d'un ATR insusceptible de varier en fonction des sources d'énergie concernées – ou lui préférèrent un mécanisme de tarification différenciée pour l'accès aux réseaux (cette solution est, notamment, retenue au Luxembourg et en Suède). Certains, enfin, avaient aménagé le dispositif d'accès prioritaire, en ne l'envisageant que dans des situations précises, ou dans le contexte d'opérations précises. Ainsi, en Belgique, les régions de Bruxelles et de Wallonie garantissaient une priorité d'accès permanente à l'électricité renouvelable, tandis qu'elle n'était consentie qu'en situation de congestion de réseau dans la région flamande ; l'Autriche prévoyait une priorité d'injection lorsque les prix de l'électricité sur le marché de gros chutent en dessous des coûts de production de l'électricité renouvelable, en

et de l'altération sensible que le dispositif d'accès prioritaire provoquait sur le marché de l'électricité³³⁰, le législateur de l'Union a mis fin à cette option dans la directive 2018/2001 avec effet au 31 décembre 2021.

c) Le cas particulier de l'accès aux installations de stockage de gaz

261. Bien qu'elles ne les indiffèrent pas – compte tenu de l'importance que le stockage de gaz peut jouer pour la sécurité d'approvisionnement des États membres³³¹ –, les directives de libéralisation du secteur gazier établissent un régime d'accès aux installations de stockage de gaz autrement plus souple que celui décrit précédemment.

D'un point de vue opérationnel, le stockage de gaz peut prendre appui sur des installations dédiées, à l'instar d'installations de stockage souterrains³³², ou s'organiser par compression dans les réseaux de transport et de distribution de gaz (l'on parle, en ce cas, de « stockage en conduite »³³³). À l'égard de telles installations, la directive 2009/73 impose aux États membres de désigner des gestionnaires indépendants, chargés principalement d'exploiter, d'entretenir et développer les capacités de stockage (article 13, par. 1, sous a)), en s'abstenant « de toute discrimination entre les utilisateurs ou les catégories d'utilisateurs du réseau » (article 13, par. 1, sous b)). En d'autres termes, s'il est attendu des installations de stockage qu'elles participent directement à la sécurité d'approvisionnement, encore faut-il garantir aux entreprises du secteur la capacité de les alimenter, en y accédant dans des conditions non discriminatoires. Pour autant, la directive 2009/73 n'adosse pas l'accès aux installations de stockage au régime général d'accès des tiers aux réseaux, mais lui réserve un traitement à la fois singulier – l'accès aux installations de stockage étant régi par une disposition spéciale de la directive – et moins contraignant à l'égard des États membres.

L'article 33 de la directive offre à ceux-ci la possibilité de choisir entre une formule d'accès négocié ou d'accès réglementé³³⁴ aux installations de stockage. Dans le cadre d'un accès négocié, les contrats relatifs à l'accès aux installations de stockage sont négociés entre les gestionnaires de celles-ci et les entreprises de gaz naturel : la directive impose alors que les conditions commerciales retenues soient publiées, et pratiquées de façon transparentes et non discriminatoires. Dans le cadre d'un accès réglementé, les États membres, le cas échéant par l'intermédiaire de leurs autorités nationales de régulation, prennent les mesures nécessaires

vue d'éviter son éviction du marché national. Sur ce point, voy. : E. DURAND, *Électricité de source renouvelable et droit du marché intérieur européen*, op. cit., spéc. pp. 466-468.

³³⁰ Il avait été souligné que l'aménagement de conditions préférentielles d'accès aux réseaux pour les énergies renouvelables accroît le risque de « prix négatifs », notamment lorsque la production d'électricité renouvelable, soutenue aux moyens d'aides publiques, n'est pas arrêtée en période de baisse de la consommation. L'accès prioritaire, associé à l'attribution d'aides à la production, incite les producteurs à maintenir leurs injections, obligeant corrélativement l'arrêt d'autres moyens de production, ou le maintien de ces derniers à des prix négatifs (P. ADIGBLI et A. MAHUET, « L'impact des énergies intermittentes sur les prix de marché de l'électricité », *Annales des Mines – Responsabilité et environnement*, 2013/1, n° 69, pp. 36-42, spéc. p. 39).

³³¹ « Le stockage permet en effet de s'adapter aux besoins variables selon les saisons, en stockant durant les périodes de faible consommation (remplissage en été, soutirage en hiver). Ce stockage peut également permettre de faire face à une rupture d'approvisionnement inattendue » (M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie*, op. cit., p. 393).

³³² La directive 2009/73 définit l'installation de stockage comme celle « utilisée pour le stockage de gaz naturel, et détenue et/ou exploitée par une entreprise de gaz naturel, y compris la parties des installations de GNL utilisées pour le stockage, mais à l'exclusion de la partie utilisée pour des activités de production ainsi que des installations exclusivement réservées aux gestionnaires de réseau de transport dans l'accomplissement de leurs tâches » (article 2, sous 9).

³³³ Selon l'article 2, sous 15, de la directive 2009/73, le stockage en conduite correspond au « stockage du gaz par compression dans les réseaux de transport et de distribution de gaz, mais ne comprenant pas les installations réservées aux gestionnaires de réseau de transport dans l'accomplissement de leurs tâches ».

³³⁴ Sur ces notions, voy. *supra*, n°.

pour donner aux entreprises de gaz un droit d'accès aux installations de stockage sur la base de tarifs et/ou d'autres clauses et obligations publiées pour l'utilisation de ces installations. Il faut signaler qu'une telle souplesse laissée aux États membres a été source d'incertitudes, chacune des deux méthodes proposées ne présentant pas les mêmes garanties, notamment, en matière de sécurité d'approvisionnement.

En France, en particulier, le choix du législateur s'est initialement porté sur la formule d'accès négocié³³⁵, permettant aux fournisseurs de gaz de satisfaire leurs obligations légales de stockage définies en fonction de leur portefeuille de clients, d'acquérir des capacités requises à des tarifs librement négociés avec les opérateurs de stockage. Or, l'efficacité d'un tel modèle a été fortement mise en doute. D'une part, les ressources d'approvisionnement contractualisées par les fournisseurs ont été largement insuffisantes pour couvrir les besoins d'approvisionnement du pays. D'autre part, l'égalité d'accès aux infrastructures de stockage par les entreprises concernées a été minée par l'opacité des conditions dans lesquelles étaient conclues les conventions y relatives³³⁶. Ces considérations ont conduit le législateur à substituer à la formule de l'accès négocié, celle de l'accès réglementé, par une loi du 30 décembre 2017³³⁷. L'accès repose, depuis lors, sur un mécanisme d'enchères publiques, lequel s'organise en cohérence avec les objectifs nationaux de stockage de gaz. Une fois définies par la loi, les capacités nécessaires à la sécurité d'approvisionnement sont souscrites par les fournisseurs à l'issue d'enchères publiques, ce qui permet de garantir leur égalité d'accès aux infrastructures de stockage³³⁸.

§2 La protection de l'accès des tiers aux réseaux

262. L'exercice effectif du droit d'accès aux réseaux d'énergie est facilité par les modifications qu'ont provoquées les directives de libéralisation, tant sur les aspects organiques que physiques du marché européen de l'électricité et du gaz. Sur le premier aspect, les directives ont imposé aux États membres d'établir des instances chargées de réguler le marché des énergies de réseaux, et d'agir sur la forme juridique des opérateurs historiques intervenant sur ce dernier, de façon à garantir l'accès non-discriminatoires des nouveaux entrants (a). Sur le second aspect, les directives de libéralisation formulent des dispositions de nature à concourir au renouvellement du support physique du marché de l'énergie, ce qui peut, à nouveau, profiter aux opérateurs de production et de fourniture désireux d'y accéder (b).

a) Une protection assurée par des mutations organiques des acteurs du réseau

263. Les mutations organiques provoquées par les directives de libéralisation sont de deux ordres. D'une part, les directives obligent les États membres à reconsidérer la structure de leurs opérateurs historiques, dont le caractère intégré oppose une relative inefficacité à l'exercice concret de l'égal accès des tiers aux réseaux (1°) D'autre part, le législateur européen a imposé la création d'organes spéciaux de régulation, dont les missions sont, notamment, d'assurer le respect de l'ATR (2°).

³³⁵ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004, *JORF*, 11 août 2004, article 39 (abrogé).

³³⁶ Voy. les conclusions du rapporteur public DE BARMON sous CE, 20 mars 2020, *Société Teréga*, requ. n° 42550.

³³⁷ Loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement, *JORF*, n° 305, 31 décembre 2017.

³³⁸ Sur ce sujet, voy. C. LE BIHAN-GRAF et L. ROSENBLIEH, « La réforme du stockage : une réforme attendue et urgente », *Énergie-env.-infr.* 2018, étude 5.

1° L'égalité d'accès aux réseaux garantie par la modification structurelle des entreprises intégrées

264. Bien que le système de l'ATR permette d'en limiter les occurrences, des traitements discriminatoires dans l'accès au marché de l'énergie demeurent envisageables tant que persiste une proximité – juridique, commerciale, patrimoniale ou capitalistique – entre un opérateur historique et le réseau qu'il utilise. Pis, une telle proximité biaiserait les stratégies d'investissement des opérateurs en charge des réseaux, au détriment de la réalisation du marché intérieur de l'électricité. Comme l'explique Frédéric MARTY, « alors que l'intérêt – théorique – d'un opérateur de réseau serait d'investir pour accroître les capacités d'acheminement d'énergie électrique (...), les choses peuvent devenir différentes dès lors qu'une résultante indirecte de cet investissement serait d'accroître la capacité de ses concurrents à servir des consommateurs sur son marché historique »³³⁹. C'est donc moins le comportement des opérateurs historiques sur le marché spécial des énergies de réseau que l'existence même de structures intégrées qui oppose une forte réticence à la réalisation d'un marché pleinement concurrentiel. Ainsi, en dépit des avantages que peut présenter la structure de l'entreprise verticalement intégrée³⁴⁰, l'ouverture effective à la concurrence des activités utilisant les réseaux ne s'en accommode pas.

D'une manière générale, la possession simultanée d'actifs dans les secteurs libéralisés et ceux ayant trait au transport et à la distribution d'énergie a souvent été perçue comme un obstacle à la libre concurrence, dont la correction impliquait des réformes structurelles, succédant d'un dégroupage imposé *ex post* au prisme de l'interdiction des abus de position dominante³⁴¹. Or, en imposant un dégroupage *ex ante*, les directives de libéralisation entendent remédier à cette incapacité structurelle du secteur de l'énergie à accueillir en son sein de nouveaux opérateurs. Ainsi, en écho aux enseignements de la théorie néo-institutionnelle, l'organisation des activités de réseau a fait l'objet d'une profonde réflexion à l'échelle de l'Union, portant sur le degré souhaitable de séparation des opérateurs historiques par rapport aux réseaux.

265. Selon les analystes de l'économie néo-institutionnelle, cette distanciation structurelle est susceptible de s'inscrire dans trois schémas d'organisation, dont aucun ne suscite une franche adhésion³⁴².

En premier lieu, le modèle d'*Ownership Unbundling* correspond au degré le plus élevé de séparation entre l'opérateur historique et son réseau. La gestion, la propriété et l'exploitation du réseau sont confiées à un opérateur distinct de l'ensemble des acteurs sur le marché. Bien qu'il paraisse à même d'assurer un traitement non discriminatoire des opérateurs désireux d'accéder aux réseaux, le mécanisme entraîne des coûts de transaction assez élevés, et

³³⁹ F. MARTY, « Vers un *unbundling* dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *OFCE*, document de travail n° 2009-27, pp. 12-13.

³⁴⁰ La concentration des différents segments d'activités au sein d'un seul opérateur limite les coûts de transaction et permet de dégager des économies d'échelle : J.-M. CHEVALIER, « Les réseaux de gaz et d'électricité : multiplication des marchés contestables et nouvelle dynamique concurrentielle », *Rev. d'économie industrielle* 1995, pp. 7-29.

³⁴¹ Sur ce point, voy. *infra*, n° .

³⁴² Voy. sur l'ensemble de cette question : R. RAMBAUD, *L'institution juridique de la régulation*, *op. cit.*, p. 416 ; L. GRARD, « Le marché intérieur de l'énergie », *op. cit.*, p. 30 ; Ch. LE BIHAN et L. ROSENBLIEH, « La séparation des activités dans le secteur de l'énergie : des modèles sous contraintes ? », *RFDA*, 2017, p. 231 ; F. LEVEQUE, J.-M. GLACHANT, M. SAGUAN et G. DE MUIZON, « How to rationalize the debate about EU energy third package ? Revisiting criteria to compare electricity transmission organizations », *European University Institute Working Papers*, 2009/15 ; F. MARTY, « Vers un *unbundling* dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *op. cit.* ; M. POLLITT, « The Arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks », *Working Paper*, août 2007, CWPE 0737 et EPRG 0714 ; J. RIFFAULT-SILK, « La régulation de l'énergie : bilan et réformes », *op. cit.*, p. 33.

compromet la capacité du gestionnaire à coordonner efficacement les demandes d'accès, ce qui accroît les risques de congestion.

Le deuxième modèle est celui du *Independent Transmission Operator (ITO)*, dans lequel la propriété du réseau demeure détenue par l'opérateur historique, sa gestion est confiée à une de ses filiales, mais dont l'indépendance doit, être strictement garantie. Ce modèle limite les coûts de transaction, mais n'efface pas les risques de traitements discriminatoires dans l'accès aux réseaux, le gestionnaire pouvant être enclin à favoriser celui de sa société mère.

Le troisième modèle est celui de l'*Independent System Operator (ISO)* appliqué par l'Écosse, les États-Unis et, pour ce qui concerne le secteur gazier, l'Autriche³⁴³. Dans ce modèle, le réseau demeure la propriété de l'opérateur historique, mais sa gestion est confiée à un opérateur tiers, sur lequel aucun acteur du marché n'exerce une quelconque influence.

Puisqu'il ne bouleverse pas le régime de propriété des réseaux, contrairement au système de l'*Ownership Unbundling*, ce modèle limite les coûts de transaction, mais s'avère peu propice à la coordination des demandes d'accès et à l'optimisation dans la gestion du réseau, à plus forte raison lorsqu'il intervient à titre non lucratif³⁴⁴.

Le législateur européen s'est fait comptable de ces diverses modalités, au travers de plusieurs dispositifs qu'il a présentés de façon complémentaire et progressive.

266. Dans un premier temps, les règles sectorielles ont imposé une séparation comptable aux entreprises verticalement intégrées. L'article 14, par. 3, de la directive de 1996, pour le secteur de l'électricité, et l'article 13, par. 3, de la directive de 1998, pour le secteur du gaz, imposaient aux entreprises intégrées d'élaborer des comptes séparés pour leurs activités de production, de transport et de distribution et, le cas échéant, pour d'autres activités en dehors du secteur de l'énergie, « comme elles devraient le faire si les activités en question étaient exercées par des entreprises distinctes ». Le dispositif sera repris *in extenso* par les directives de 2003³⁴⁵, de 2009³⁴⁶ et, pour ce qui concerne le secteur de l'électricité, de 2019³⁴⁷.

Il fait ainsi figure de seuil minimal de séparation des activités de réseaux par rapport à celles qui lui sont périphériques, lorsque l'ensemble de ces activités est assuré par le même opérateur. Bien qu'elle ne remette pas directement en cause la propriété des réseaux, cette séparation comptable n'en devrait pas moins prévenir les discriminations, subventions croisées et distorsions de concurrence que la proximité entre les opérateurs historiques et les réseaux risque de provoquer sur les marchés libéralisés utilisant ces derniers.

Dans un deuxième temps, le droit dérivé européen a progressivement organisé une séparation juridique et fonctionnelle, et non plus seulement comptable, des activités de réseaux d'énergie par rapport aux activités libéralisées au sein des opérateurs historiques. Ces directives ont imposé que les gestionnaires de réseau soient, « au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision », séparés de l'entreprise intégré dont ils proviennent. L'exécution d'une telle obligation a conduit, notamment en France, à la restructuration des opérateurs historiques (EDF et GDF), et à la création de filiales dédiées aux activités de réseau de transport (RTE et GRTgaz) et de distribution (ERDF, devenue Enedis, et GRDF). Dans un troisième temps, en relevant que les règles de la directive de 2003 en matière de séparation juridique et fonctionnelle n'ont pas permis d'assurer un découplage effectif dans le

³⁴³ En sus des trois modèles classiques de découplage, des États tels que le Chili et l'Argentine, privilégient des systèmes mixtes, dans lesquels cohabitent *ISO* et *ITO*, tous deux indépendants des acteurs du marché énergétique (voy. M. POLLITT, « The Arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks », *op. cit.*).

³⁴⁴ R. RAMBAUD, *L'institution juridique de la régulation*, *op. cit.*, p. 416.

³⁴⁵ Article 17, par. 3 de la directive 2003/54 et article 17, par. 3, de la directive 2003/55.

³⁴⁶ Article 31, par. 3, de la directive 2009/72 et article 31, par. 3, de la directive 2009/73.

³⁴⁷ Article 56, par. 3, de la directive 2019/944.

secteur des gestionnaires de réseau de transport³⁴⁸, les directives de 2009 imposent une séparation plus franche des activités y ayant trait, passant par une dissociation patrimoniale. Les textes exigent ainsi que chaque entreprise qui possède un réseau de transport agisse en qualité de gestionnaire de celui-ci, sans qu'aucune entreprise de production ou de fourniture n'y exerce un contrôle direct ou indirect³⁴⁹. En d'autres termes, le législateur européen préconise le modèle d'*Ownership Unbundling* pour la gestion des réseaux de transport, la dissociation patrimoniale n'étant, en revanche, pas envisagée pour les réseaux de distribution³⁵⁰.

267. L'accueil pour le moins mitigé qu'a reçu le principe d'*Ownership Unbundling* auprès de certains États membres (dont en particulier, la France qui craignait d'être contrainte de procéder au démantèlement des groupes EDF et GDF), a incité le législateur européen à assortir des formules transitoires. Ainsi les États membres ont-ils été autorisés à opter, soit pour un modèle d'ITO, dans lequel l'opérateur historique demeure propriétaire des réseaux, mais dont la gestion est assurée par une filiale dont l'indépendance est garantie ; soit pour un modèle d'ISO, dans lequel l'opérateur historique conserve la propriété des réseaux, et leur gestion est confiée à une entité tierce, sur lequel cet opérateur n'exerce aucune influence. En tout état de cause, la possibilité d'opter pour l'un de ces modèles dérogatoires à l'*Ownership Unbundling* n'a été ouverte qu'à titre transitoire : le législateur de l'Union a seulement autorisé le maintien (et non l'instauration) de modèle ITO ou ISO par un État membre, que si, au 1^{er} septembre 2009, le gestionnaire de réseau de transport appartenait à une entreprise verticalement intégrée.

268. Quoique *a priori* conformes au principe de neutralité des traités à l'égard du régime de propriété dans les États membres tel qu'exprimé à l'article 345 TFUE, ces options ouvertes par le droit dérivé accentuent le risque d'un dégroupage « à la carte », sujet aux contingences nationales, et propice à une réalisation fractionnée sinon asynchrone du marché intérieur de l'énergie³⁵¹. À cet égard, la directive de 2019 n'apporte pas de bouleversement majeur³⁵². Maintenant un *statu quo*, elle ne remet notamment pas en cause le choix, laissé aux États

³⁴⁸ Considérant 10 de la directive 2009/72.

³⁴⁹ Articles 9 de la directive 2009/72 et de la directive 2009/73.

³⁵⁰ Les directives prévoient pour ces réseaux qu'elles « ne créent pas d'obligation de séparer la propriété des actifs du réseau de distribution, d'une part, de l'entreprise verticalement intégrée, d'autre part » (articles 26, par. 1, de la directive 2009/72 et de la directive 2009/73).

³⁵¹ Topique, à cet égard, est le cas français, pour lequel cohabitent le modèle du *LTSO (Legally Unbundled Transmission System Operator)* et de l'*Ownership Unbundling*. Les gestionnaires de réseau de transport d'électricité (RTE) et de gaz (GRTGaz) étant des filiales de l'opérateur historique, ils exploitent les réseaux suivant le modèle du *LTSO*. Tel n'est, en revanche, plus le cas du second gestionnaire français de réseau de transport de gaz, à savoir TIGF (Transport et infrastructures gaz de France) devenu Téréga. Initialement organisé sur la base d'un modèle *LTSO*, en tant que filiale de l'opérateur historique *Total S.A.*, TIGF a basculé en 2013 vers une organisation de type *Ownership Unbundling* suite à son rachat par TIGF Investissements S.A.S, indirectement détenue par Snam (gestionnaire d'infrastructures italien), Pacific Mezz Luxembourg (opérateur luxembourgeois, géré par une société singapourienne) et C31 S.A.S. (détenue en totalité par EDF) ; v. Commission de régulation de l'énergie, délibération du 4 février 2016 portant décision sur le maintien de la certification de la société TIGF à la suite de l'entrée de la société Predica dans le capital de TIGF Holding).

³⁵² Pis, les craintes et revendications avancées par certains États, en particulier par la France, d'engager une restructuration complète d'opérateurs historiques au prétexte d'un découplage effectif, trouvent droit de cité dans les considérants liminaires de la directive de 2019 : « Étant donné que la dissociation des structures de propriété nécessite, dans certains cas, la restructuration d'entreprises, les États membres qui décident de procéder à une telle dissociation devraient se voir accorder davantage de temps pour appliquer les dispositions correspondantes » (considérant 70). En tout état de cause, la séparation patrimoniale reste présentée comme le principe organisationnel de la gestion des réseaux de transport, que les États cependant peuvent décider « de ne pas appliquer », au profit du modèle de l'*ISO* ou du *LSTO* (article 43, par. 7, de la directive 2019/944).

membres, d'opter pour le modèle d'*Ownership Unbundling* – moyen pourtant le plus efficace, aux yeux du législateur de l'Union, de « promouvoir de façon non discriminatoire l'investissement dans les infrastructures, un accès équitable au réseau pour les nouveaux arrivants et la transparence du marché »³⁵³ – ou pour des modèles moins contraignants, à l'instar de l'*ISO* ou de l'*ITO* – mais qui supposent, inversement, une surveillance accrue des comportements de nature à compromettre l'égal accès des tiers.

Ces fonctions de surveillance, dont l'importance varie *in limine* selon le modèle d'organisation de marché retenu par les États membres, incombent en grande partie aux autorités de régulation de l'énergie, dont l'existence et le rôle sont encadrés par le droit sectoriel de l'Union.

2° L'égalité d'accès aux réseaux contrôlée par des organes de régulation

269. Il est un phénomène constant d'associer la libéralisation d'un secteur d'activité à l'instauration d'autorités de régulation chargées d'en accompagner la mise en œuvre. Bien qu'elle se prête difficilement à une acception monosémique, la notion même de régulation renvoie à un ensemble de processus mis en œuvre pour accompagner l'ouverture à l'économie de marché de secteurs d'activités largement dominés par des monopoles publics – à l'instar des communications électroniques, du transport ferroviaire, du secteur postal, etc. – et d'associer le fonctionnement concurrentiel de ces derniers aux enjeux d'intérêt général dont ils sont porteurs³⁵⁴. Dans le mouvement de libéralisation, le modèle régulateur apparaît ainsi « comme fondamentalement destiné à concilier des impératifs contradictoires – à la fois maintenir la concurrence et préserver les intérêts de service public »³⁵⁵.

L'identité de la régulation ne se reflète pas seulement au travers de cette fonction d'équilibre, elle tient surtout à la méthode mise en œuvre pour y parvenir³⁵⁶. La régulation donne naissance à des ensembles de règles, plus souples dans leur contenu – car marquées par leur adéquation au contexte concret dans lequel elles s'inscrivent –, originales dans leur méthode – car élaborées de concert avec leurs destinataires³⁵⁷ – et mises en œuvre par des organes spécifiques de régulation – indépendants des titulaires du pouvoir (législatif et de marché) pour contrôler l'usage qu'ils en font. Ces éléments s'identifient assez nettement dans le secteur de l'énergie³⁵⁸. Les organes de régulation mis en place dans le cadre de la libéralisation se voient placés « à la croisée du marché et de l'intérêt général »³⁵⁹.

Cela étant dit, l'originalité du secteur énergétique ne tient pas seulement au phénomène de régulation en tant que tel – puisqu'il fait corps avec tout processus de libéralisation sectorielle. Elle est aussi liée à la pluralité des acteurs chargés de la mise en œuvre du processus de régulation. La coexistence d'organes à l'échelle nationale et européenne s'inscrit dans le

³⁵³ Considérant 68 de directive 2019/944.

³⁵⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, chron. pp. 126-129. Voy., pour une analyse comparable dans le secteur de l'énergie, F. MARTUCCI, « Concurrence et régulation : le rôle des acteurs non spécialisés dans le secteur énergétique (Autorité de la concurrence et Conseil d'État) », in B. LE BAUT-FERRARESE, (dir.), *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 103-138, spéc. p. 105.

³⁵⁵ G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, 2004, pp. 5-11, spéc. p. 9.

³⁵⁶ La régulation postule « un rapport différent au droit, ou plus exactement un usage différent de la technique juridique » (J. CHEVALLIER, « L'État régulateur », *RFAP*, 2004, pp. 473-482, spéc. p. 480). Elle serait un « autre corps du droit » (G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996, pp. 375-394), désincarné de ses paramètres d'abstraction, de généralité et de sa transcendance étatique, pour s'inscrire dans le pragmatisme et la flexibilité.

³⁵⁷ J. CHEVALLIER, « L'État régulateur », *op. cit.*

³⁵⁸ C. LEMAIRE, *Énergie et concurrence*, *op. cit.*, pp. 319-396.

³⁵⁹ F. MARTUCCI, « Concurrence et régulation : le rôle des acteurs non spécialisés dans le secteur énergétique (Autorité de la concurrence et Conseil d'État) », *op. cit.*, p. 104.

cadre d'une « interrégulation pluri-niveaux »³⁶⁰, pour emprunter ici l'expression du Professeur Jacques ZILLER. L'auteur désigne comme telle une situation dans laquelle un seul secteur et un seul aspect des rapports sociaux entrent dans le champ de compétences de différents niveaux d'autorités, qui peuvent avoir à intervenir sur différentes fonctions de régulation. L'efficacité de l'interrégulation pluri-niveaux dépend alors essentiellement des conditions de coordination des autorités en charge de sa mise en œuvre. Par conséquent, la contribution des autorités de régulation à l'accès effectif de l'ATR et partant à la réalisation du marché européen de l'énergie, dépend, non seulement, de leurs pouvoirs sur les marchés nationaux (i) mais également de la coordination de leurs interventions à l'échelle de l'Union (ii).

(i) La mise en œuvre d'une régulation à l'échelle nationale

270. Les directives de libéralisation font obligation à chaque État membre de désigner « une seule »³⁶¹ autorité de régulation au niveau national, en investissant celle-ci d'un rôle tout à fait central dans la réalisation du marché intérieur de l'énergie³⁶². En effet, la variété des missions dont elles sont investies et l'étendue des pouvoirs dont elles disposent aux fins d'y satisfaire, les placent, pour ainsi dire, à toutes les étapes du cycle énergétique³⁶³, dont *a fortiori*, celles qui relèvent du champ de l'ATR.

D'emblée, la protection de l'ATR peut tirer profit de l'indépendance des autorités de régulation, que les directives sectorielles garantissent en imposant aux États membres de veiller à ce que ces autorités soient « juridiquement et fonctionnellement indépendantes

³⁶⁰ J. ZILLER, « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », *RFAP*, 2004, pp. 17-22, spéc. p. 18. Voy. également : F. JAPPONT, « L'encadrement juridique de la coopération entre autorités de régulation », *Dalloz*, 2005, p. 893.

³⁶¹ Article 57, par. 1, de la directive 2019/944.

³⁶² Il suffit, pour s'en convaincre, de noter que le premier objectif qui leur est assigné par la directive électricité est celui de « promouvoir, en étroite collaboration avec les autorités de régulation des autres États membres, la Commission et l'ACER, un marché intérieur de l'électricité concurrentiel, flexible, sûr et durable pour l'environnement au sein de l'Union, et une ouverture effective du marché pour l'ensemble des clients et des fournisseurs de l'Union et garantir des conditions appropriées pour que les réseaux d'électricité fonctionnent de manière effective et fiable, en tentant compte d'objectifs à long terme » (article 58, sous a), de la directive 2019/944).

³⁶³ Ainsi, les directives 2019/944, et 2009/73 prévoient que les autorités de régulation interviennent notamment : pour faciliter les échanges transfrontaliers d'énergie (article 59, par. 1, sous f), de la directive 2019/944, et article 41, par. 1, sous c), de la directive 2009/73) ; veillent au respect des règles de dégroupage (article 59, par. 1, sous b), de la directive 2019/944 et article 41, par. 1, sous j), de la directive 2009/73), de transparence (article 59, par. 1, sous n), de la directive 2019/944 et article 41, par. 1, sous i), de la directive 2009/73) et de concurrence (article 59, par. 1 sous j), de la directive 2019/944 et article 41, par. 1, sous f) de la directive 2009/73) sur le marché de l'électricité et du gaz ; adoptent des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents du secteur de l'énergie (considérant 80 de la directive 2019/944 et considérant 30 de la directive 2009/73), dont en particulier ceux ayant trait aux interconnexions (article 59, par. 1, sous c) et h), de la directive 2019/944 et article 41, par. 1, sous f) de la directive 2009/73), aux critères de sécurité et de fiabilité des réseaux (article 59, par. 1, sous m) de la directive 2019/944 et article 41, par. 1, sous h), de la directive 2009/73,) ; participent à la définition des tarifs et conditions de raccordement des utilisateurs aux réseaux (article 59, par. 7, de la directive 2019/944 et article 41, par. 1, de la directive 2009/73) ; disposent du pouvoir de prendre des décisions contraignantes à l'égard des entreprises du secteur de l'électricité et du gaz et de procéder à des enquêtes sur le fonctionnement des marchés, le cas échéant, en coopération avec les autorités nationales de concurrence (article 59, par. 7, de la directive 2019/944 et article 41, par. 4, de la directive 2009/73) ; arrêtent des mesures de protection des consommateurs (article 59, par. 1, notamment sous p.), r), t) et y) de la directive 2019/944 et article 41, par. 1, notamment sous k), l) et o), de la directive 2009/73) ; contribuent au suivi et à l'amélioration de l'exécution des missions de service public (article 59, par. 1, notamment sous h), k) et l), de la directive 2019/944 et article 41, par. 1, sous b), de la directive 2009/73) ; approuvent, surveillent et évaluent les plans de développement des réseaux (article 59, par. 1, sous k), de la directive 2019/944 et article 41, par. 1, sous g) de la directive 2009/73) ; agissent en tant qu'autorité de règlement des litiges entre les acteurs du marché de l'énergie (article 59, par 6, de la directive 2019/944 et article 41, par. 5, de la directive 2009/73).

d'autres entités publiques ou privées » et que les personnels qu'elles emploient « agissent indépendamment de tout intérêt commercial » et « ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation »³⁶⁴.

Outre leur indépendance statutaire, qui devrait spontanément contribuer à l'égalité de traitement des candidats à l'ATR pour les domaines relevant de leur champ d'intervention, les autorités de régulation participent directement au respect de l'égalité d'accès aux réseaux, au travers principalement de leurs missions de surveillance de l'indépendance des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution d'énergie.

271. Pour ce qui concerne les réseaux de transport, l'essentiel de leur contrôle repose sur la procédure de certification, par laquelle les autorités de régulation veillent au respect par les gestionnaires de réseau concernés, des règles d'organisation et d'indépendance vis-à-vis des sociétés exerçant une activité de production ou de fourniture d'énergie. Seules les entreprises dont l'autorité de régulation a certifié qu'elles ont respecté ces exigences issues du droit de l'Union, sont agréées et désignées comme gestionnaire de réseau de transport par les États membres³⁶⁵. Les décisions adoptées par une autorité de régulation sur la certification d'un gestionnaire de réseau de transport font l'objet d'une notification auprès de la Commission qui peut, le cas échéant, soulever des objections à l'encontre de la décision notifiée³⁶⁶. De ce point de vue, l'intervention des autorités de régulation complète le processus de dégroupage, tel que décrit plus haut, et l'étendue des pouvoirs dont elles sont investies varie selon que l'État membre opte pour un dégroupage complet (lorsqu'il conduit à une séparation patrimoniale sous la forme d'*Ownership Unbundling*) ou non (lorsqu'il se limite à la formule plus souple de l'*ISO* ou de l'*ITO*).

272. Dans le cadre d'un dégroupage complet de type *Ownership Unbundling*, le contrôle des autorités de régulation est relativement sommaire (la séparation patrimoniale limitant structurellement le risque de traitement discriminatoire dans l'utilisation des réseaux), ou du moins porte-t-il sur des critères d'appréciation assez sommaires. Pour le secteur de l'électricité³⁶⁷, ces critères apparaissent à l'article 43 de la directive 2019/944 et visent, en substance, à veiller à ce qu'en dépit d'une séparation patrimoniale, des conflits d'intérêt ne puissent surgir par le truchement de participations au capital d'un gestionnaire de réseaux et/ou de contrôles exercés sur celui-ci par des entreprises intervenant sur le secteur libéralisé. La procédure de certification permet à l'autorité nationale de régulation de vérifier que : la ou les mêmes personnes n'exercent pas, à la fois, un contrôle direct ou indirect sur un gestionnaire de réseau de transport et sur une entreprise de production ou de fourniture d'énergie ; la ou les mêmes personnes ne soient pas autorisées à désigner les membres des organes de direction du gestionnaire de réseau, alors qu'elles exerceraient également un

³⁶⁴ Article 57, par. 4, de la directive 2019/944. Force est, néanmoins, de relever que l'exigence d'indépendance des autorités de régulation fait l'objet d'une analyse plutôt leste par la Cour de justice. Elle juge en particulier que rien ne s'oppose à ce qu'un Gouvernement puisse nommer et révoquer le président de l'autorité de régulation, tant que les garanties d'indépendance visées par la directive sont satisfaites (à savoir que le président de l'autorité ne sollicite ou ne reçoit aucune instruction gouvernementale pour l'exercice de ses fonctions) ; ni à ce que des représentants du Gouvernement participent à certaines procédures devant l'autorité, tant qu'ils n'y formulent que des avis non contraignants ni perçus comme des instructions auxquelles l'autorité devrait se conformer (CJ, 11 juin 2020, *Prezident Slovenskej republiky*, C-378/19. Voy. E. DURAND, « Indépendance des autorités de régulation, l'arbre qui cache la forêt », *Énergie-env.-infr.* 2020, n° 8-9, comm. 24).

³⁶⁵ Voy. pour le domaine de l'électricité : article 52, par. 2 de la directive 2019/944.

³⁶⁶ Article 51 du règlement 2019/943.

³⁶⁷ Les règles relatives à l'*ownership unbundling* dans le domaine du gaz sont fixées, dans les mêmes termes, aux articles 9 et suivants de la directive 2009/73.

contrôle direct ou indirect « ou un quelconque pouvoir »³⁶⁸ sur une entreprise de production ou de fourniture d'énergie ; la même personne ne soit pas autorisée à être membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement le gestionnaire de réseau et une entreprise de production ou de fourniture d'énergie.

L'on signalera, à ce sujet, que les incompatibilités posées par le droit dérivé européen donnent lieu à des appréciations plutôt souples par les autorités nationales de régulation. Ainsi, au sujet de la restructuration du second gestionnaire de réseau de transport de gaz en France (ITGF devenu Téréga), la Commission de régulation de l'énergie a certifié ce gestionnaire en modèle de séparation patrimoniale (modèle d'*Ownership Unbundling*), alors pourtant que son capital était, pour 18%, détenu par la société C31 S.A.S., elle-même filiale à 100% d'EDF, opérateur historique de production d'électricité³⁶⁹. De même, l'autorité de régulation suédoise ne s'est pas opposée à la certification du gestionnaire de transport *Swedegas*, quand bien même l'un de ses actionnaires détenait également une société de valorisation de déchets, dont une partie était employée aux fins de production d'électricité : l'autorité de régulation relève qu'en dépit de ces liens capitalistiques, la faible quantité d'électricité produite, principalement à titre accessoire à l'activité de gestion des déchets, sur le territoire d'un autre État membre rendait peu probable la possibilité que *Swedegas* subisse une influence telle qu'elle serait de nature à remettre en cause son indépendance et, à travers elle, sa capacité à garantir un accès non discriminatoire au réseau³⁷⁰.

273. Cette même souplesse se retrouve dans la pratique décisionnelle de la Commission chargée, sur ce sujet, de superviser l'action des autorités nationales de régulation³⁷¹ : ainsi n'a-t-elle soulevé aucune objection à la certification des trois gestionnaires de réseau britanniques, dont la société mère détenait des participations dans des entreprises énergétiques américaines³⁷². Par ailleurs, la Commission tient pleinement compte de l'organisation réglementaire au sein de laquelle interviennent les gestionnaires de réseau énergétiques pour apprécier et, le cas échéant, écarter l'existence de conflits d'intérêts dont ils seraient l'objet. Cette analyse ressort, notamment, de sa prise de position au sujet de la certification des gestionnaires de réseaux de transport électrique³⁷³ et gazier³⁷⁴ en Espagne, qui détenaient des participations dans des sociétés d'exploitation de centrales à charbon de nature à mettre en

³⁶⁸ La directive 2019/944 précise que les « pouvoirs » dont il est question comprennent en particulier : le pouvoir d'exercer des droits de vote, le pouvoir de désigner les membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ; ou la détention d'une part majoritaire (article 43, par. 2).

³⁶⁹ CRE, délibération du 4 février 2016 portant décision sur le maintien de la certification de la société TIGF à la suite de l'entrée de la société Predica dans le capital de TIGF Holding, précitée.

³⁷⁰ Voy. observations de la Commission du 30 avril 2012, sur la certification de *Swedegas AB* (018-2012-SE), citées dans la Communication du 8 mai 2013, *Ownership Unbundling. – The Commission's Practice in Assessing the Presence of a Conflict of Interest Including in Case of Financial Investors*, SWD(2013) 177 final.

³⁷¹ Voy. *supra*, n° . Le mécanisme de notification des certifications accordées par les autorités nationales de régulation permet à la Commission d'adresser des observations aux décisions rendues par celles-ci (article 51 du règlement 2019/943).

³⁷² Observations de la Commission du 19 avril 2012, sur la certification de *National Grid Electricity Transmission plc* (009 - 2012 - UK), *National Grid Gas plc* (010 - 2012 - UK), et *National Grid Interconnector Ltd* (011 - 2012 - UK), citées dans la Communication du 8 mai 2013, *Ownership Unbundling. – The Commission's Practice in Assessing the Presence of a Conflict of Interest Including in Case of Financial Investors*, op. cit.

³⁷³ Observations de la Commission du 24 mai 2012 sur la certification de *Red Electrica de Espana S.A.U.* (021 – 2012 – ES), citées dans la Communication du 8 mai 2013, *Ownership Unbundling. – The Commission's Practice in Assessing the Presence of a Conflict of Interest Including in Case of Financial Investors*, op. cit.

³⁷⁴ Observations de la Commission du 15 juin 2012 sur la certification de *ENEGAS S.A.* (024 – 2012 – ES), citées dans la Communication du 8 mai 2013, *Ownership Unbundling. – The Commission's Practice in Assessing the Presence of a Conflict of Interest Including in Case of Financial Investors*, op. cit.

doute leur impartialité. Après avoir relevé que l'activité des sociétés de production ainsi que leurs modalités d'accès aux réseaux, étaient entièrement régies par la loi espagnole, la Commission retient que les participations des gestionnaires de réseau dans le capital de celles-ci n'étaient pas de nature à influencer leur activité de transport, ni ne leur permettait d'accorder auxdites sociétés un traitement privilégié pour l'accès aux réseaux.

En définitive, la souplesse qui caractérise la pratique décisionnelle des autorités de régulation en la matière met en évidence le fort degré de pragmatisme avec lequel elles apprécient l'effectivité du dégroupage, lorsqu'il prend appui sur le modèle de l'*Ownership Unbundling* : loin d'être une simple chambre d'enregistrement, les autorités de régulation évaluent *in concreto* la capacité d'un gestionnaire de réseau de transport à agir en toute impartialité, quitte à tolérer, dans les interstices du texte de la directive, que des liens capitalistiques survivent à la séparation patrimoniale propre au modèle de l'*Ownership Unbundling*.

Parce qu'elles impliquent une moindre distanciation entre les opérateurs de réseaux et ceux intervenant sur le marché, les autres options de dégroupage laissées aux États membres supposent, corrélativement, un contrôle accru des autorités de régulation lors de la certification des gestionnaires de réseaux de transport.

274. Lorsque la formule de l'*ITO* (la propriété du réseau demeure détenue par l'opérateur historique, sa gestion est confiée à une de ses filiales, dont l'indépendance doit, être strictement garantie) est retenue par un État membre³⁷⁵, le risque est grand que l'activité de gestion du réseau, qui n'est alors pas exercée par une entreprise distincte de celle qui agit sur les secteurs ouverts à la concurrence, se prête à des traitements discriminatoires³⁷⁶. À cet égard, les règles sectorielles de l'Union imposent des systèmes de gouvernance spéciaux garantissant l'indépendance du gestionnaire de réseau de transport par rapport aux actifs de production ou de fourniture de l'entreprise verticalement intégrée à laquelle il appartient. En substance, il importe que les filiales de l'entreprise verticalement intégrée qui assument des activités de production ou de fourniture n'exercent aucun pouvoir de direction sur les activités du gestionnaire de réseau, quand bien même l'ensemble de ces entités appartiendrait au même groupe. Or si le modèle *ITO* se distingue de l'*Ownership Unbundling* par la plus grande proximité qu'il maintient entre le gestionnaire de réseau et les entités actives dans le secteur concurrentiel, il n'est pas surprenant que les missions de surveillance confiées aux autorités de régulation soient, corrélativement, plus étendues.

Ainsi, la directive 2019/944 dispose que celles-ci doivent : approuver l'ensemble des accords commerciaux et financiers passés entre le gestionnaire de réseau et l'entreprise verticalement intégrée à laquelle il appartient (article 47, par. 7) ; être informées des ressources financières dont dispose le gestionnaire pour le financement des projets d'investissement (article 47, par. 8) ; contrôler l'indépendance du personnel et des dirigeants du gestionnaire de réseau de transport (article 48) ; évaluer les programmes d'engagement que les gestionnaires de réseau doivent établir et mettre en œuvre, listant l'ensemble des mesures prises pour garantir l'absence de pratique discriminatoire (article 50, par. 2) ; etc.

En d'autres termes, le choix d'un État membre d'organiser son modèle énergétique sous la forme d'un *ITO* implique « une vigilance permanente »³⁷⁷ de son autorité de régulation, dont l'ampleur ne doit pas être négligée. Ainsi, en France, la Commission de régulation de

³⁷⁵ Voy. *supra*, n°.

³⁷⁶ En substance, ce modèle consiste « à conserver l'activité de transport, en propriété et en gestion, au sein du groupe dirigé par l'entreprise verticalement intégrée, tout en excluant, par des règles de gouvernance et d'autonomie propres au gestionnaire et très spécifiques, tout risque de discrimination en faveur des activités de production ou de fourniture de l'entreprise verticalement intégrée » (C. LE BIHAN-GRAF et L. ROSENBLIEH, « La séparation des activités dans le secteur de l'énergie : des modèles sous contraintes ? », *op. cit.*).

³⁷⁷ C. LE BIHAN-GRAF et L. ROSENBLIEH, « La séparation des activités dans le secteur de l'énergie : des modèles sous contraintes ? », *op. cit.*

l'énergie a-t-elle dû, pour les besoins de la certification des gestionnaires de réseaux de transport et de gaz, tous deux filiales de l'opérateur historique, évaluer : l'ensemble des contrats passés entre la filiale et la société mère relatifs à l'achat d'énergie, à l'immobilier, à la dette, aux assurances et prêts, au statut des agents ; l'absence d'incompatibilité ou de conflits d'intérêts entre les mandats des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ; l'indépendance de la rémunération des membres du conseil de surveillance ; etc.³⁷⁸.

Diffus, complexe, hétérogène³⁷⁹, un tel contrôle se réitère, qui plus est, à chaque nouvel événement susceptible de modifier l'appréciation de l'indépendance du gestionnaire, à l'instar d'une restructuration du capital de l'entreprise intégrée³⁸⁰ ou la désignation de nouveaux commissaires aux comptes³⁸¹.

275. Enfin, lorsque l'État opte pour le modèle *ISO* (la propriété du réseau demeure détenue par l'entreprise verticalement intégrée, mais sa gestion est confiée à une entité tierce), l'on retrouve la même symétrie : les pouvoirs des autorités de régulation s'élargissent à mesure que se resserrent les liens entre l'entreprise verticalement intégrée et la gestion du réseau. Outre le contrôle « normal » qu'exerce l'autorité de régulation lors de la certification d'un gestionnaire de transport, celle-ci doit s'assurer que le gestionnaire désigné sur la base d'un modèle *ISO* soit à même de respecter l'ensemble des obligations qui lui incombent au titre du droit de l'Union, elle doit contrôler et approuver la planification pluriannuelle de développement du réseau que le gestionnaire doit établir, approuver les contrats conclus entre celui-ci et le propriétaire du réseau, etc. Plus encore, l'on signalera que la désignation des gestionnaires en modèle *ISO* est enserrée dans un cadre procédural plus étroit que celui prévu pour les deux autres modèles : en la matière la désignation d'un gestionnaire indépendant par l'État, et sa certification par l'autorité nationale de régulation, sont soumises à une approbation préalable de la Commission³⁸².

276. S'agissant des réseaux de distribution, si le droit de l'Union consent plus de souplesses aux États membres – puisqu'il n'impose pas de séparation patrimoniale en la matière³⁸³ –, il investit les autorités de régulation d'une mission de surveillance de leurs gestionnaires. Ainsi, lorsqu'un gestionnaire de réseau de distribution fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, l'autorité nationale de régulation est chargée de veiller à ce qu'il « ne puisse pas tirer profit de son intégration verticale pour fausser la concurrence »³⁸⁴, notamment en biaisant les conditions d'accès aux réseaux dont il assure la gestion.

³⁷⁸ Délibération de la CRE du 26 janvier 2012 portant décision de certification de la société RTE.

³⁷⁹ A ce sujet, la Commission relève que le modèle ITO impose des contraintes « pénibles », autant pour les autorités de régulation que pour les gestionnaires de réseaux qui y sont soumis (*Report on the ITO Model*, 13 octobre 2014, SWD(2014) 312 final, p. 6 : « *Although ensuring compliance under the ITO models appears to be burdensome for both the NRAs and the TSOs involved, this does not mean that the ITO model is not effective in separating transmission and generation/supply and ensuring investments in the networks* »).

³⁸⁰ Par exemple : en France, la CRE a adopté deux délibérations faisant suite à la prise de participation de la Caisse des dépôts au capital de RTE (délibération n°2018-005 du 11 janvier 2018, portant décision sur le maintien de la certification de la société RTE), puis à la réorganisation de cette participation (délibération n°2020-172 du 2 juillet 2020 portant décision sur le maintien de la certification de la société RTE).

³⁸¹ Voy. la délibération n°2022-61 du 24 février 2022, portant décision sur le maintien de la certification de la société RTE à la suite de la nomination du binôme de commissaires aux comptes de la Caisse des Dépôts et Consignations.

³⁸² Article 44 de la directive 2019/944.

³⁸³ Voy. *supra*, n°.

³⁸⁴ Article 35, par. 3, de la directive 2019/944, pour le secteur de l'électricité ; article 26, par. 3, de la directive 2009/73, pour le secteur du gaz.

277. En définitive, les autorités nationales de régulation sont incontestablement un élément essentiel pour l'accès effectif aux réseaux d'énergie par les opérateurs économiques désireux d'y accéder dans des conditions non discriminatoires. L'effectivité du système d'ATR est, de surcroît, garantie au travers des fonctions de règlements des différends dont les autorités nationales de régulation sont investies. En particulier, les articles 60, par. 2, de la directive électricité et 41, par. 11, de la directive gaz ouvrent le droit pour « toute partie ayant un grief à faire valoir contre un gestionnaire de réseau de transport ou de distribution » d'adresser une plainte auprès de l'autorité de régulation ce qui peut, a fortiori, bénéficier aux opérateurs dont l'ATR a été refusé.

(ii) La mise en œuvre d'une régulation à l'échelle européenne

278. Les mérites d'une régulation à l'échelle supranationale ont pu être soulignés par les institutions européennes³⁸⁵, en tant qu'elle participe directement à la cohérence dans l'application du droit de l'Union, sinon qu'elle garantit une coordination plutôt qu'une concurrence entre les autorités nationales de régulation³⁸⁶. En particulier, dans le cadre de l'établissement de marchés spéciaux, la création d'entités supervisant les autorités nationales permet de faire coïncider le projet d'unité juridique d'un marché à l'idée d'une unité fonctionnelle de la régulation des activités qui s'y déroulent.

La libéralisation du secteur de l'énergie n'est pas restée étrangère à ce processus. Le règlement 713/2009, adopté dans le prolongement des directives 2009/72 et 2009/73, a institué l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER), destinée à « combler le vide réglementaire au niveau communautaire et (...) contribuer au fonctionnement efficace des marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel »³⁸⁷.

279. Dans le cadre du Paquet « Énergie propre », le règlement 2019/942 du 5 juin 2019³⁸⁸ procède à une refonte du texte de 2009, et redéfinit les missions de l'ACER, de nature à les mettre en cohérence l'évolution du secteur européen de l'énergie. En effet, les considérants liminaires du nouveau règlement mettent en évidence l'impérieuse nécessité d'assurer la coordination entre les politiques et les acteurs nationaux, régionaux et européens, dans le contexte du renouvellement structurel dont le système énergétique de l'Union fait continuellement l'objet, que l'on songe : au développement de l'interconnexion entre États membres ; à la coopération avec les pays tiers ; à l'articulation efficace entre les différents

³⁸⁵ Voy. dans le secteur des communications électroniques : règlement 211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE), *JO*, n° L 337, 18 décembre 2009, p. 1, considérants 3 à 6.

Voy. également dans le secteur bancaire : Communication de la Commission, *Réexamen du processus Lafalussy – Renforcer la convergence en matière de surveillance*, COM (2007) 727 final ; décision de la Commission 2009/77 du 23 janvier 2009, instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, *JO*, n° L 25, 29 janvier 2009, p. 18 ; règlement 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une l'Autorité bancaire européenne, *JO*, n° L 331, 15 décembre 2010, p. 12 ; règlement 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles, *JO*, n° L331, 15 décembre 2010, p. 48 ; règlement 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant l'Autorité européenne des marchés financiers, *JO*, n° L 331, 15 décembre 2010, p. 84.

³⁸⁶ En ce sens : J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 2012, 6^{ème} éd., pp. 644-649.

³⁸⁷ Voy. : F. BLANC, « Énergies renouvelables, 'Corridors' et 'Autoroutes de l'électricité' », in C. BOITEAU (dir.), *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., pp. 267-281, spéc. pp. 277-281 ; L. GRARD, « Quels réseaux d'autorités européennes de régulation pour le marché de l'énergie ? », in B. LE BAUT-FERRARESE, (dir.) *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 87-102 ; L. CALANDRI, « L'émergence d'une régulation européenne », in C. BOITEAU (dir.), *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., pp. 389-406.

³⁸⁸ Règlement 2019/942 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019, instituant une agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie, *JO*, n° L 158, 14 juin 2019, p. 22.

acteurs du marché européen de l'énergie ; et au risque, corrélatif, que la multiplication de ces interventions sur le marché de l'énergie n'en fragmente le développement. D'emblée, la diversité des missions confiées à l'Agence se mesure au regard de la structuration du règlement. Ce dernier égraine, article par article, les fonctions de l'ACER qui la prédestinent à s'immiscer diversement dans le secteur de l'énergie : outre les « tâches générales », répertoriées à l'article 3 (émissions d'avis ou de recommandation aux institutions de l'Union sur toutes les questions relatives à l'objet pour lequel elle a été instituée ; demande d'informations auprès de l'ensemble des parties prenantes du secteur énergétique ; adoption de décisions, etc.), le règlement l'investit de tâches concernant : la coopération des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution (article 4) ; le développement et la mise en œuvre de codes de réseau et de lignes directrices (article 5)³⁸⁹ ; les autorités nationales de régulation (article 6)³⁹⁰ ; les centres de coordination régionaux (article 7)³⁹¹ ; les opérateurs désignés du marché de l'électricité (article 8)³⁹² ; l'adéquation de la production et la préparation aux risques (article 9)³⁹³ ; les décisions sur les dérogations pouvant être consenties aux États membres et aux opérateurs énergétiques pour certaines obligations liées à la création de nouvelles interconnexions (article 10) ; les infrastructures (article 11)³⁹⁴ ; l'intégrité et la transparence des marchés de gros (article 12) À cet ensemble pour le moins varié, le règlement adjoint une sorte de clause de flexibilité, en vertu de laquelle l'ACER peut, dans des circonstances clairement définies par la Commission, se voir confier des tâches supplémentaires (article 13).

280. Bien qu'étendues, les missions dont est investie l'ACER ne peuvent être mises en œuvre qu'au moyen d'attributions relativement restreintes. Ces limites qui, en vérité, sont propres au statut des agences dans l'Union, apparaissent au travers du contenu des différentes « tâches » listées par le règlement. En substance, les missions de l'ACER se limitent à quatre catégories d'intervention. Les premières tiennent à des fonctions consultatives³⁹⁵, que l'Agence exerce

³⁸⁹ Destinés à faciliter les échanges transfrontaliers d'électricité, les codes de réseau et lignes directrices sont adoptés par voie de règlements de la Commission, sur la base des propositions élaborées par le REGRT-E ou, selon les cas, par l'entité des GRD (sur ces acteurs, voy. *infra*, n°) et l'ACER. Ces instruments fixent une harmonisation des normes techniques pour le développement d'échanges transfrontaliers et la gestion opérationnelles des réseaux de transport dans un contexte transfrontière (articles 57 et s. du règlement 2019/943).

³⁹⁰ En particulier, le règlement indique que l'ACER peut formuler des recommandations afin d'aider les autorités de régulation et les acteurs du marché à échanger des bonnes pratiques ; fournir un cadre dans lequel les autorités nationales de régulation peuvent coopérer en ce qui concerne les questions d'importance transfrontalière ; émettre un avis sur la conformité d'une décision prise par une autorité de régulation aux codes de réseau et aux lignes directrices, ou sur une difficulté d'application des codes de réseau ou lignes directrices ; fournir une assistance opérationnelle à une autorité de régulation dans le cadre d'une enquête ; etc.

³⁹¹ L'ACER surveille et analyse les performances des centres de coordination régionaux, qui doivent être désignés par tous les gestionnaires de réseau de transport d'une région d'exploitation du réseau, en vue de coordonner leur action sur cette échelle géographique (articles 35 et s.).

³⁹² Les opérateurs désignés du marché de l'électricité sont des opérateurs désignés par les autorités nationales pour exécuter des tâches en lien avec le couplage unique journalier ou infra-journalier, en vue de faciliter les échanges d'électricité d'un État membre à l'autre sur des échéances très brèves (article 7 du règlement 2019/943). L'ACER surveille les progrès accomplis dans la réalisation des fonctions dont ces opérateurs sont investis par le règlement 2019/943.

³⁹³ L'ACER approuve et modifie les propositions de méthodologies et de calcul se rapportant à l'évaluation de l'adéquation des ressources à l'échelle européenne, prévues par le règlement 2019/943 sur le marché de l'électricité, et par le règlement 2019/941 relatif à la préparation aux risques dans le secteur de l'électricité.

³⁹⁴ L'ACER surveille notamment les progrès réalisés concernant la mise en œuvre des projets visant à créer de nouvelles interconnexions, et la mise en œuvre des plans de développement du réseau dans l'ensemble de l'Union.

³⁹⁵ Par exemple, l'ACER peut émettre des avis sur le fonctionnement du REGRT-R, du REGRT-G et de l'entité européenne pour les gestionnaires de réseau de distribution (article 4) ; des avis sur l'adoption et le suivi des

sous la forme de recommandations, d'orientations, d'avis, de rapports, dépourvus, en tout état de cause, de caractère contraignant. Les deuxièmes portent sur des missions de coordination³⁹⁶. Les troisièmes sont des missions de surveillance³⁹⁷. Les dernières, enfin, sont d'ordre décisionnel³⁹⁸.

L'exercice de ce pouvoir décisionnel est soumis à une importante subsidiarité, le règlement prévoyant que l'intervention de l'ACER ne peut se justifier qu'en cas de carence des autorités nationales de régulation³⁹⁹ ou de demandes formulées par ces dernières⁴⁰⁰. Ceci, on en conviendra aisément, décroît fortement la portée, sinon l'efficacité, de son pouvoir décisionnel, l'essentiel des interventions de l'ACER se concentrant, *in fine*, sur des missions consultatives et de coordination.

281. Plus encore, il apparaît que les fonctions régulatrices de l'ACER sont concurrencées par l'émergence d'autres acteurs qui, s'ils n'empêchent pas l'exercice de l'activité dont elle est investie, rendent difficilement lisible la régulation supranationale du secteur de l'énergie, à la supposer établie.

D'abord, l'ACER « cohabite » avec le Conseil des régulateurs énergétiques européens (CEER). Contrairement à l'ACER, ce dernier est issu d'une pratique informelle à l'initiative des régulateurs nationaux et dispose, depuis 2003, du statut d'association à but non lucratif. Outre des finalités comparables à celles de l'ACER – le CEER se présentant comme « la voix des régulateurs nationaux de l'électricité et du gaz à l'échelle de l'UE », dont l'objectif est « de faciliter la création d'un marché intérieur de l'énergie compétitif, efficace et durable, qui fonctionne dans l'intérêt public »⁴⁰¹ – le CEER recourt à des moyens juridiques assez proches de ceux employés par celle-ci, à l'instar de recommandations, de rapports, de lignes directrices et de guides. L'intervention parallèle de ces acteurs produit une sorte « d'effet miroir (...), ce qui a conduit ces deux organismes, non sans paradoxe, à insister sur leurs différences tout en mettant en œuvre simultanément de nombreuses actions communes »⁴⁰². Ensuite, le Réseau européen des gestionnaires de réseau de transport pour l'électricité (REGRT-E), et le Réseau européen des gestionnaires de réseau de transport pour le gaz

codes de réseaux par les REGRT (article 5) ; sur le fonctionnement des centres de coordination régionaux (article 7, par. 2).

³⁹⁶ Par exemple, l'ACER est chargée de coordonner des enquêtes dans le secteur du marché de gros (article 12, par. 4) et d'assurer la coordination entre autorités nationales de régulation (article 6, par. 4).

³⁹⁷ L'ACER veille à la surveillance de l'exécution des tâches du REGRT-E, du REGRT-G et de l'entité européenne pour les gestionnaires de réseau de distribution (article 4, par. 2) ; la surveillance de la mise en œuvre des codes de réseau adoptés par la Commission (article 5, par. 1, e) ; la surveillance des tâches réalisées par les opérateurs désignés du marché de l'électricité (article 8), des progrès réalisés concernant la mise en œuvre des projets d'interconnexion dans l'Union (article 11) ou bien encore du fonctionnement du marché de gros (article 12).

³⁹⁸ L'Agence dispose du pouvoir de prendre des décisions, notamment pour l'élaboration des codes de réseaux (article 5, par. 4). Elle peut adopter des décisions individuelles en ce qui concerne les questions de réglementation ayant un effet sur le commerce transfrontalier ou sur la sécurité du réseau transfrontalier (article 6, par. 10). Elle peut également prendre des décisions sur certains aspects liés aux nouvelles interconnexions, en lien avec le règlement 2019/943 (articles 10 et 63).

³⁹⁹ C'est le cas pour la mise en œuvre du pouvoir décisionnel pour l'élaboration de codes de réseau : « l'ACER est compétente pour prendre une décision (...) lorsque les autorités de régulation compétentes ne parviennent pas à trouver un accord » (article 5, par. 4).

⁴⁰⁰ C'est le cas pour l'adoption de décisions relatives au commerce transfrontalier ou à la sécurité du réseau transfrontalier : l'article 6, par. 10, prévoit que « L'ACER est compétente pour adopter les décisions individuelles (...) dans les cas suivants : a) si les autorités de régulation compétentes ne sont pas parvenues à un accord (...) ou ; b) sur la base d'une demande conjointe des autorités de régulation compétentes ».

⁴⁰¹ www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME, (traduction libre).

⁴⁰² L. CALANDRI, « L'émergence d'une régulation européenne », *op. cit.*, p. 401.

(REGRT-G) créés par les règlements 714/2009⁴⁰³ et 715/2009⁴⁰⁴ dans le prolongement d'anciens regroupements de gestionnaires de réseau des États membres, interviennent également dans la sphère d'action de l'ACER. Plus précisément, les REGRT regroupent les gestionnaires de réseaux de transport des États membres, et adoptent des codes de réseaux, suivant des orientations-cadres élaborés par l'ACER, et qui reçoivent un caractère contraignant une fois approuvés par la Commission, *via* un processus de comitologie⁴⁰⁵. Enfin, et pour le seul domaine de l'électricité, le règlement 2019/943 instaure une « entité des gestionnaires de réseau de distribution », structure – dont d'ailleurs la nature juridique n'est pas précisée – au sein de laquelle les gestionnaires de réseau de distribution auront vocation à coopérer pour « améliorer l'efficacité des réseaux de distribution d'électricité de l'Union »⁴⁰⁶. Décrite comme telle, la création de l'entité décline, aux réseaux de distribution, le modèle coopératif organisé pour les réseaux de transport par l'intermédiaire des REGRT. En creux, la création successive de ces deux catégories de structures (REGRT et entité des GRD) renseigne sur l'importance que revêt la coordination des gestionnaires de réseau dans la réalisation des transitions qui parcourent diversement le secteur de l'énergie dans l'Union.

282. Ceci est, du reste, particulièrement marqué dans le domaine de la distribution d'électricité. Outre l'efficacité du marché de l'énergie qui dépend entièrement de la performance du réseau qui lui sert de support, le contexte de transition énergétique accentué, en effet, les contraintes qui pèsent sur les réseaux de distribution et sur leurs gestionnaires, que l'on songe à l'intégration accrue d'énergies renouvelables (lesquelles, en raison de leur caractère décentralisé, intermittent et de la faible taille unitaire des ouvrages de production, mettent principalement à l'épreuve l'efficacité des réseaux de distribution) ou au développement de nouveaux modes de consommation (le développement de l'autoconsommation, de la participation active de la demande, de l'électrification des véhicules, postulent un changement de paradigme dans le fonctionnement des réseaux de distribution⁴⁰⁷ : d'un rôle historiquement « passif » d'acheminement des flux électriques vers le consommateur, le réseau de distribution est appelé à accueillir des flux bidirectionnels, à faire preuve de flexibilité, à s'équiper de systèmes intelligents de mesure, etc.)⁴⁰⁸. Bien que l'étendue de la sphère d'intervention de l'entité des GRD soit difficile à cerner⁴⁰⁹, il n'en reste

⁴⁰³ Article 28, par. 1, du règlement 714/2009 du 13 juillet 2009, abrogé et remplacé par le règlement 2019/943 : « Les gestionnaires de réseau de transport coopèrent au niveau de l'Union via le REGRT pour l'électricité pour promouvoir la réalisation et le fonctionnement du marché intérieur de l'électricité ainsi que les échanges entre zones et pour assurer une gestion optimale, une exploitation coordonnée et une évolution technique solide du réseau européen de transport d'électricité ».

⁴⁰⁴ Article 4 du règlement 715/2009 du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel, : « Tous les gestionnaires de réseau de transport coopèrent au niveau communautaire via le REGRT pour le gaz pour promouvoir la réalisation et le fonctionnement du marché intérieur du gaz naturel et des échanges transfrontaliers et pour assurer une gestion optimale, une exploitation coordonnée et une évolution technique solide du réseau de transport de gaz naturel ».

⁴⁰⁵ Sur la procédure d'élaboration des codes de réseaux : voy. E. GRAND et T. VEYRENC, *L'Europe de l'électricité et du gaz, op. cit.*, pp. 167-172 ; T. JEVNAKER, *An Electric Mandate - the EU procedure for harmonising cross-border network codes for electricity*, Fridtjof Nansen Institute, octobre 2012, spéc. pp. 61-70.

⁴⁰⁶ Considérant 60 du règlement 2019/943.

⁴⁰⁷ E. BEECKER, *Les réseaux de distribution d'électricité dans la transition énergétique*, Document de travail France Stratégie, novembre 2019.

⁴⁰⁸ Voy. sur ce point : CRE, *Retour d'expérience des démonstrateurs de réseaux intelligents*, Rapport, 23 juin 2022.

⁴⁰⁹ D'abord, l'article 52 du règlement prévoit que la participation des gestionnaires à l'entité est facultative : sa capacité à assurer une coopération efficace des gestionnaires dépendra *in limine* de leur volonté d'y participer ou non. Ensuite, l'énoncé des tâches dont l'entité est investie ne s'illustre pas par sa clarté. Listées à l'article 55 du règlement, ces tâches comprennent, notamment, la mission de « promouvoir l'exploitation et la planification des réseaux », de « faciliter l'intégration des sources d'énergie renouvelables », de « faciliter la flexibilité et la

pas moins que ses attributions la conduisent à participer à la régulation européenne de l'énergie. En particulier, l'article 56 du règlement électricité permet à l'entité des GRD d'être continuellement associée à la procédure d'élaboration et de révision des codes de réseaux⁴¹⁰. Confuse, voire déroutante, parce que portée par un ensemble diffus d'acteurs, dont les périmètres d'intervention respectifs sont difficiles à cerner, il n'en reste pas moins qu'une certaine forme de régulation supranationale coiffe le secteur des énergies de réseaux. Et si l'essentiel des fonctions qu'assument collectivement l'ACER, les REGRT et, pour le secteur de l'électricité, l'entité des GRD, se concentre sur la définition de codes de réseau, l'on peut s'attendre à ce que cette forme de régulation supranationale participe à l'efficacité du modèle d'ATR et, partant, à la réalisation du marché de l'énergie⁴¹¹.

b) Une protection assurée par des mutations physiques des supports de réseau

283. L'importance décisive des réseaux d'énergie dans la réalisation du marché intérieur de l'énergie est évidente. Indissociable du réseau qui leur sert de véhicule, le développement commercial de l'électricité et du gaz est subordonné à une adaptation de l'infrastructure physique du marché de l'énergie. Plus encore, l'intégration accrue d'énergies issues de source renouvelables, faisant écho aux ambitions climatiques de l'Union, met continuellement à l'épreuve la capacité des infrastructures de réseau à absorber des contraintes techniques (liées au caractère intermittent des sources mobilisées) et géographiques (liées au caractère décentralisé des unités de production) nouvelles et gagnant en intensité, à mesure de l'augmentation de la contribution desdites énergies aux panels nationaux. À cet effet, les directives de libéralisation des marchés du gaz et de l'électricité organisent deux démarches complémentaires, tenant, d'une part, à la planification du développement des réseaux (1°) et, d'autre part, à la modernisation de leur exploitation (2°), et dont la mise en œuvre devrait permettre d'articuler les priorités politiques liées à la réalisation du marché intérieur de l'énergie avec les réalités physiques des infrastructures sur lesquelles il repose.

participation active de la demande ». L'on retrouve, en substance, une déclinaison à l'échelle de l'Union des fonctions essentielles confiées aux gestionnaires de réseaux de distribution sur leur marché national. Cela étant, la formulation des tâches de l'entité reste assez ambiguë : l'on ne vise pas l'exploitation d'un réseau, mais la « promotion » de cette exploitation du réseau ; de même l'on n'évoque la mission d'assurer la modernisation du réseau, mais celle de « faciliter » cette modernisation.

⁴¹⁰ En amont, l'article 59, par. 3, du règlement prévoit que la Commission consulte l'ACER, le REGRT-E, l'entité des GRD et les autres prenantes en vue d'identifier la liste des priorités qui devront être prises en compte pour l'élaboration des futurs codes de réseaux ; ensuite, et suivant cette liste des priorités, l'ACER doit rédiger une ligne directrice-cadre fixant les principes d'élaboration des codes de réseau, en consultant notamment l'entité des GRD (article 59, par. 5) ; une fois approuvée par la Commission, cette ligne directrice-cadre sert de point d'appui à la rédaction de projets de code de réseau, soit par le REGRT-E, soit par celui-ci et l'entité, lorsque l'association de l'entité a été prévue dans la liste des priorités. Mieux, il est prévu que, lorsqu'un projet de code de réseau concernera principalement le réseau de distribution, la Commission pourra solliciter de l'entité qu'elle rédige elle-même une proposition de code de réseau, qu'elle soumettra ensuite à l'ACER (article 59, par. 3).

⁴¹¹ C'est, en tout cas, la vocation des règlements adoptés en ce domaine : en particulier, le règlement 2016/1388 du Parlement européen et du Conseil du 17 août 2016, établissant un code de réseau sur le raccordement des réseaux de distribution et des installations de consommation (*JO*, n° L 223 , 18 août 2016, p. 10) annonce que les codes de réseaux, issus du processus de comitologie tel que nous le décrivions plus haut, doivent contribuer « à assurer des conditions équitables de concurrence dans le marché intérieur de l'électricité, à assurer la sûreté du système et l'intégration de sources d'électricité renouvelables, ainsi qu'à faciliter les échanges d'électricité dans toute l'Union » (article 1^{er}, par. 2).

1° La planification du développement des réseaux

284. Le droit de l'Union européenne impose deux niveaux de planification quant au développement des réseaux énergétiques.

D'une part, à l'échelle européenne, l'article 30 du règlement 2019/943 et l'article 8 du règlement 715/2009 confient aux REGRT la tâche d'établir, tous les deux ans, des plans décennaux non contraignants « de développement du réseau dans l'ensemble de la Communauté ». Soumis à l'avis de l'ACER⁴¹², ces plans comprennent « une modélisation du réseau intégré, l'élaboration de scénarios, des perspectives européennes sur l'adéquation des capacités de production et une évaluation de la souplesse du réseau » (article 48, par. 1, du règlement 2019/943 et article 8, par. 10, du règlement 2009/943). Les perspectives de développement des réseaux qui y figurent doivent contribuer à « garantir un traitement non discriminatoire, une réelle concurrence et le fonctionnement efficace du marché [et] un niveau suffisant d'interconnexion transfrontalière » (article 32, par. 2, du règlement 2019/943 et article 9, par. 2, du règlement 715/2009)⁴¹³.

D'autre part, au niveau de chaque État membre, l'article 51 de la directive 2019/944 et l'article 22 de la directive 2009/73 font obligation aux gestionnaires de réseau de transport d'élaborer chaque année (pour le réseau de transport de gaz) ou tous les deux ans au moins (pour le réseau de transport d'électricité) des plans décennaux, soumis à l'évaluation de l'autorité de régulation, et portant sur l'offre et la demande existantes et à prévoir. Ces plans ont vocation à identifier des « mesures effectives pour garantir l'adéquation du réseau et la sécurité d'approvisionnement » (article 48, par. 1, du règlement 2019/943 et article 8, par. 10, du règlement 715/2009). Plus précisément, les gestionnaires de réseau de transport doivent y indiquer les principales infrastructures de transport qui doivent être construites ou modernisées, répertorier les investissements d'ores et déjà réalisés, recenser les nouveaux investissements à réaliser durant les trois années suivant l'adoption du plan et élaborer un échéancier pour leur réalisation. L'élaboration et la mise en œuvre des plans décennaux sont soumises au contrôle de l'autorité nationale de régulation qui s'assure, notamment, de leur cohérence par rapport au plan de développement établi, selon les cas, par le REGRT-E ou par le REGRT-G. Lorsqu'elle constate que les investissements n'ont pas été réalisés, l'autorité de régulation doit pouvoir soit exiger du gestionnaire qu'il les exécute, soit lancer un appel d'offres pour l'investissement en cause, soit imposer au gestionnaire de provisionner les sommes nécessaires à celui-ci.

2° La modernisation de l'exploitation des réseaux.

285. Si le développement d'un marché de dimension européenne suppose, à l'évidence, une densification quantitative de l'infrastructure physique qui lui sert de support, les transitions climatiques, sociales et environnementales dont ce marché fait l'objet supposent également une adaptation qualitative des réseaux. À cet égard, les directives sectorielles indiquent que le gestionnaire de réseau de transport est tenu de l'exploiter, de l'entretenir et de le développer « en attendant toute l'attention requise au respect de l'environnement » ; de gérer les flux énergétiques en veillant à la disponibilité de « tous les services auxiliaires nécessaires, y compris ceux fournis par la participation active de la demande et les installations de stockage d'énergie », ou encore d'assurer la « numérisation des réseaux de transport » (article 40 de la directive 2019/944 et article 13 de la directive 2009/73).

⁴¹² En vertu de l'article 32, par. 2, du règlement 2019/943 et de l'article 9, par. 2, du règlement 715/2009.

⁴¹³ Ces paramètres sont évalués par l'ACER qui peut, le cas échéant, émettre des avis et recommandations aux REGRT concernés.

Faisant écho aux nouveaux usages de l'énergie, autant qu'aux orientations contemporaines de la politique énergétique de l'Union, des obligations comparables incombent aux gestionnaires de réseaux de distribution. Les textes exigent des États membres : qu'ils confient à chacun d'eux la tâche d'exploiter et de développer un « réseau de distribution (...) sûr, fiable et performant dans la zone qu'il couvre, dans le respect de l'environnement et de l'efficacité énergétique » (article 31, par. 1, de la directive 2019/944 et article 25, par. 1, de la directive 2009/73) ; qu'ils fournissent le cadre réglementaire pour autoriser et inciter les gestionnaires de réseaux de distribution à recourir à des services leur permettant de favoriser la participation active de la demande, le stockage d'énergie ou l'efficacité énergétique (article 32 de la directive 2019/944) ; ou encore qu'ils veillent à ce que les gestionnaires de réseau de distribution coopèrent sur une base non discriminatoire avec toute entreprise qui détient, développe exploite ou gère des points de recharge pour véhicules électriques (article 33 de la directive 2019/944). En d'autres termes, le réseau doit continuellement refléter la modernisation des usages énergétiques, ce qui indexe mécaniquement l'étendue des fonctions assumées par ceux qui les exploitent.

2 L'harmonisation des conditions d'accès aux activités périphériques aux réseaux

286. L'ouverture à la concurrence des activités périphériques aux réseaux répond aux enseignements de la doctrine de l'économie industrielle, ayant notamment donné lieu à la théorie des marchés contestables. Cette dernière, portée par BAUMOL, PANZAR et WILLIG⁴¹⁴, repose sur l'idée qu'un marché dominé par une entreprise produirait des résultats plus efficaces, s'il était permis à de nouveaux entrants de concurrencer l'opérateur dominant – la menace d'une concurrence le conduisant instinctivement à une gestion plus efficace – mais également de sortir librement du marché, sans subir de pertes irréversibles⁴¹⁵. Moins qu'une remise en cause de la situation même de monopole, les enseignements de cette théorie tiennent essentiellement à en redéfinir le champ. Il est question de cerner le périmètre de ce que les économistes appellent le « monopole naturel »⁴¹⁶, et que les juristes appréhendent au travers de la facilité essentielle, afin de faire émerger la concurrence pour la prestation de services ou la production de biens qui se limitent à utiliser le monopole naturel ou qui s'échangent à travers lui.

En donnant corps à ces théories économiques par le processus juridique de libéralisation, le droit européen ouvre à la concurrence « tous les marchés qui peuvent l'être, et les résistances à l'ouverture deviennent ainsi des résistances au droit »⁴¹⁷. Plus précisément, par la voie des directives d'harmonisation du marché des énergies de réseau, le législateur de l'Union garantit un accès concurrentiel aux activités de production (§1) et de fourniture (§2) d'électricité et de gaz.

⁴¹⁴ W. J. BAUMOL, J. C. PANZAR, R. D. WILLIG, *Contestable Market and the Theory of Industry Structure*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

⁴¹⁵ Voy. sur cette question : H. CALVET, « La portée juridique de la notion de contestabilité », *Revue Concurrence et consommation*, janvier-février 1996, pp. 34-35 ; C. MONTALCINO, « L'application pratique de la contestabilité des marchés par les autorités de la concurrence », *Revue Concurrence et consommation*, janvier-février 1996, pp. 36-40, spéc. p. 37.

⁴¹⁶ Dans la théorie économique, la notion de monopole naturel « repose sur l'idée qu'un certain nombre de facteurs techniques (économies d'échelle ou d'envergure) tendent à démontrer qu'une seule firme sera plus efficace que plusieurs firmes en concurrence » (J.-M. CHEVALIER, « Les réseaux de gaz et d'électricité : multiplication des marchés contestables et nouvelle dynamique concurrentielle », *Rev. d'économie industrielle*, 1995, pp. 7-29, spéc. p. 8).

⁴¹⁷ J.-M. CHEVALIER, « Les réseaux de gaz et d'électricité : multiplication des marchés contestables et nouvelle dynamique concurrentielle », *op. cit.*, spéc. p. 18.

§1 L'accès concurrentiel à la production d'énergie

287. Entièrement pénétrées par l'objectif de garantir une égalité d'accès à l'activité de production d'énergie (a), les directives de libéralisation préservent néanmoins la possibilité d'aménager des conditions préférentielles pour certains producteurs, dont l'activité répond à des préoccupations d'intérêt général portées par les États membres (b).

a) L'harmonisation des modalités d'accès à la production d'énergie

288. L'objectif des directives de libéralisation est ambitieux. Dans un secteur historiquement dominé par une forte concentration des moyens de production dans le giron d'opérateurs publics, il a été question d'ouvrir à la concurrence toute la branche de la production, impliquant un net recul, du moins théorique, des organisations monopolistiques. À cet effet, pour le secteur de l'électricité⁴¹⁸, le législateur de l'Union encadre les dispositifs d'entrée en production (1°), en y assortissant les exigences requises pour garantir l'égalité d'accès des producteurs au marché de l'énergie (2°).

1° L'encadrement des modes d'accès à l'activité de production

289. En vue d'ouvrir cette branche d'activité à la concurrence, deux dispositifs d'entrée en production ont été mis en place par les directives de libéralisation. Le premier consiste en la délivrance d'une autorisation administrative et repose sur la définition de critères objectifs auxquels doivent répondre les opérateurs désireux d'accéder à l'activité de production d'énergie. Le second prend la forme d'un appel d'offres, lancé par les pouvoirs publics, pour la fourniture de nouvelles capacités de production.

Le système de l'autorisation, recueillant les faveurs de la Commission⁴¹⁹, avait été initialement envisagé comme unique système d'accès à la production au travers de la première proposition de directive présentée en 1992⁴²⁰. Face à l'opposition de certains États membres, la possibilité de recourir à un appel d'offres a été consacrée comme formule alternative d'accès à la production par la directive 96/92, mais le texte imposait alors aux États l'ayant choisie de maintenir la possibilité d'un système d'autorisation, à destination des auto-producteurs et des producteurs indépendants (article 6, par. 6). Cela étant dit, cette disposition n'a eu en réalité qu'un faible intérêt pratique, car la majorité des États ont privilégié le recours à l'autorisation⁴²¹, tandis que ceux ayant introduit le système d'appel d'offres, l'ont inscrit en complément du régime d'autorisation⁴²². Les directives de 2003 et de 2009 font du mécanisme d'autorisation la procédure de droit commun de l'entrée en production, le législateur

⁴¹⁸ Pour le domaine du gaz, les directives successivement adoptées sont relativement succinctes sur ces aspects, à raison du caractère tout à fait marginal de la production de gaz sur le territoire européen. Au surplus, les textes prévoient, que, dans les cas où la construction ou l'exploitation d'installations de gaz naturel nécessite une autorisation, les États membres accordent ces autorisations sur la base de critères objectifs et non discriminatoires, suivant une procédure transparente, les refus d'autorisation devant être motivés et susceptibles de recours (article 4 de la directive 2009/73).

⁴¹⁹ Communication de la Commission, *Les progrès récents dans la réalisation du marché intérieur de l'électricité*, COM (2000) 297 final, 16 mai 2000 : « la procédure d'autorisation pour la construction des nouvelles capacités de production [compte parmi les] systèmes les plus appropriés pour éviter la discrimination à l'égard de nouveaux entrants sur le marché ».

⁴²⁰ Proposition de directive du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, présentée par la Commission le 24 février 1992, COM (91) 548 final, article 4.

⁴²¹ Comme le relèvent le considérant 6 de la directive 2003/54 et le considérant 43 de directive 2009/72.

⁴²² Ainsi en est-il allé de la France, de la Grèce et du Portugal (C. LEMAIRE, *Énergie et concurrence*, op. cit., p. 179).

maintenant néanmoins la possibilité d'organiser un appel d'offres, soit dans l'intérêt de la sécurité des approvisionnements, soit dans celui de la protection de l'environnement⁴²³.

La directive 2019/944 modifie cet état des choses, puisque son article 8 n'évoque dorénavant que la seule procédure d'autorisation comme voie d'accès à l'activité de production d'énergie (i). Bien qu'elle reflète une restriction progressive de la marge nationale d'action, cette évolution ne saurait être interprétée comme excluant la possibilité, pour les États membres, de recourir aux appels d'offres, mais ceux-ci ne pourront dorénavant s'inscrire que dans le cadre de dispositifs dérogatoires (ii)⁴²⁴.

(i) La procédure d'autorisation : mécanisme de droit commun pour l'accès à la production

290. Les directives de libéralisation ont fait de la procédure d'autorisation le régime de droit commun pour l'accès aux activités de production d'énergie, en exigeant que les critères sur le fondement desquels sont délivrées les autorisations soient objectifs, transparents et non discriminatoires.

À cet effet, les directives de 1996 et de 2003 exposaient une liste indicative de critères susceptibles d'être pris en considération par les États membres dans la définition des procédures d'attribution des autorisations, et qui ne s'illustraient pas par leur précision, préservant ainsi la marge nationale d'appréciation dans la définition des conditions d'accès à la production d'électricité⁴²⁵. La directive 2009/72 reprend et complète la liste de ces critères, tout en préférant une formulation impérative – « les États membres tiennent compte de » (article 7, par. 2) –, ce qui est de nature à limiter la marge nationale d'action en la matière. Plus encore, le texte de 2009 vise à mettre le régime d'accès à la production d'électricité en cohérence avec les objectifs climatiques de l'Union, en imposant aux États membres de définir les critères d'autorisation des unités de production, en tenant pleinement compte de leur capacité à contribuer aux objectifs européens en matière de développement des énergies renouvelables et de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Cette évolution est entérinée par la directive 2019/944 qui, en son article 8, égraine la liste des critères dont les États membres doivent tenir compte pour définir leur procédure d'autorisation, et qui tiennent à : la sécurité et la sûreté du système électrique, des installations et des équipements connexes ; la protection de la santé et de la sécurité publiques ; la protection de l'environnement ; l'occupation des sols et le choix des sites ; l'utilisation du domaine public ; l'efficacité énergétique ; la nature des sources primaires ; les caractéristiques particulières du demandeur, telles que ses capacités techniques, économiques et financières ; le respect des mesures adoptées par l'État au titre des obligations de service public ; la contribution de la capacité de production à la réalisation des objectifs de l'Union en matière de développement des énergies renouvelables, tels que fixés par la directive 2018/2001 ; la contribution de la capacité de production à la réduction des émissions ; et les alternatives à la construction de nouvelles capacités de production, liés à la participation active de la demande ou au stockage d'énergie. Le même texte ajoute que des procédures simplifiées doivent être

⁴²³ Article 7 et considérant 22 de la directive 2003/54 ; article 8 et considérant 43 de la directive 2009/72.

⁴²⁴ Sur la mise en œuvre des procédures d'autorisation et d'appel d'offres dans le secteur de l'électricité renouvelable, voy. *infra*, n° . ?

⁴²⁵ L'article 5, par. 1, de la directive 96/92 indiquait que les critères pouvaient porter sur : la sécurité et la sûreté des réseaux électriques, la protection de l'environnement, l'occupation des sols et le choix des sites, l'utilisation du domaine public, l'efficacité énergétique, la nature des sources primaire, les caractéristiques particulières du demandeur, telles que ses capacités techniques, économiques et financières.

fixées pour l'autorisation des petites unités de production, « qui tiennent compte de leur taille limitée et de leur impact potentiel limité »⁴²⁶.

(ii) La procédure d'appel d'offres : mécanisme dérogatoire d'accès à la production

291. Comme évoqué précédemment, le système d'appel d'offres était, depuis 2003, un mécanisme subsidiaire d'entrée en production⁴²⁷, que les États étaient en mesure de déclencher dans deux catégories de situations visées par les directives de 2003 et de 2009⁴²⁸ : soit lorsque la procédure d'autorisation ne suffisait pas à garantir la sécurité des approvisionnements, soit lorsqu'elle ne permettait pas d'atteindre des objectifs nationaux de protection de l'environnement (article 8, par. 1 et 2, de la directive 2009/72). Sommairement décrite à l'article 8 de la directive 2009/72, la procédure des appels d'offres énergétiques empruntait certaines formes connues du droit de la commande publique, bien qu'elle n'en partage pas les finalités⁴²⁹ : les modalités de son déroulement devaient faire l'objet d'une publication au *Journal officiel* de l'Union ; un cahier des charges était mis à la disposition des entreprises intéressées, et devait contenir la description détaillée des spécifications du marché et de la procédure à suivre pour les soumissionnaires ; une liste exhaustive des critères qui déterminaient la sélection, l'attribution du marché et la perception d'éventuelles subventions aux fins de le réaliser devait également figurer dans les documents de consultation adressés aux entreprises candidates. Puisqu'il s'agissait d'une méthode propre à assurer l'égal accès à la production d'énergie dans le cadre du processus de libéralisation, l'ensemble de la procédure se voyait également soumise au respect d'une exigence de transparence et de non-discrimination⁴³⁰ et s'opérait sous la responsabilité d'une autorité indépendante de l'État et des acteurs du marché, à l'instar de l'autorité nationale de régulation.

Le dispositif n'est pas repris par la directive 2019/944, laquelle exclut donc implicitement, que l'accès à la production puisse désormais s'opérer par la voie d'un appel d'offres.

Respectueux de la logique libérale qui sous-tend l'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie, l'initiative d'entrer en production doit, par principe, appartenir aux acteurs du marché (ce qui est cohérent avec un système d'autorisation), et non aux pouvoirs publics (ce qui est le cas dans le cadre d'un appel d'offres).

⁴²⁶ L'existence, en France, d'installations « réputées autorisées » peut se réclamer d'un tel mécanisme : l'article n° L311-6 du Code de l'énergie prévoit, en effet, que les installations dont la puissance installée par site est inférieure ou égale à un seuil fixé par décret, sont dispensées de solliciter une autorisation de production.

⁴²⁷ Le caractère subsidiaire de la procédure ressort de la définition qu'en donnaient les directives : la procédure d'appel d'offres y était définie comme « la procédure par laquelle des besoins additionnels et des capacités de renouvellement planifiées sont couverts par des fournitures en provenance d'installations de production nouvelles ou existantes » (article 2, sous 24, des directives 2003/54 et 2009/72, souligné par nous).

⁴²⁸ Voy. sur l'ensemble de la question : B. LE BAUT-FERRARESE, « Les appels d'offres du droit de l'énergie : un instrument spécifique pour le soutien de l'électricité renouvelable ? », *op. cit.* ; G. GUEGUEN-HALLOUET et N. BOILLET, « L'appel d'offres “éolien en mer” – Quelques réflexions à propos d'un nouvel avatar juridique », *JCP A*, 8 octobre 2012, étude 2320 ; G. GUEGUEN-HALLOUET, L'appel d'offres éolien en mer à l'épreuve des règles européennes de concurrence », in G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL (dir.), *Énergies marines renouvelables – enjeux juridiques et socio-économiques*, *op. cit.*, pp. 93-106 ; A. ROCHARD, « L'appel d'offres éolien offshore », *Contrats publics*, n° 121, mai 2012, pp. 46-49.

⁴²⁹ À cet égard, si le juge administratif français a retenu que les appels d'offres énergétiques ne relevaient pas du champ d'application du Code des marchés publics (CAA Bordeaux, 18 octobre 2016, *Soc. Caribéenne d'Eolienne*, req. n° 16BX00728), ils n'en demeurent pas moins soumis au « respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats » (article L. 311-10-1 C. de l'énergie), inhérents au droit de la commande publique.

⁴³⁰ Rapp. : CAA Paris, 19 janvier 2015, *Soc. Sol Arcadia Production*, req. n° 13PA02294. Le juge retient que le rejet d'offres présentées par des sociétés de production d'électricité photovoltaïque, justifié par le fait que leurs outils de production ne disposaient pas d'une certification *ISO* établie à leur nom, ne constitue pas une pratique discriminatoire contraire aux dispositions des articles 6 et 7 de la directive 2003/54.

292. Toutefois, il convient de ne pas retenir une lecture trop hâtive de la directive de 2019 sur ce point, car la possibilité d'organiser l'entrée en production par la voie d'appels d'offres peut, à titre dérogatoire, prendre appui sur au moins deux catégories de dispositions. La première est issue de la directive 2019/944 elle-même, dont l'article 9 permet aux États de s'affranchir de certaines dispositions du texte, dans la mesure où leur application risquerait d'entraver, en droit ou en fait, l'exécution d'obligations de service public. Ce dispositif, nous le disions, constitue une déclinaison formalisée de l'article 106, par. 2, TFUE au secteur de l'énergie, et il autorise les États membres à « imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique, l'énergie produite à partir de sources renouvelables et la protection du climat ». Or l'article 9 de la directive inclut au nombre des règles susceptibles d'être laissées inappliquées au besoin de l'exécution d'obligations de service public, l'article 8 de la directive concernant précisément la procédure d'autorisation. En d'autres termes, rien ne nous semble s'opposer à ce qu'un État membre recoure à une procédure d'appel d'offres, par dérogation à l'article 8, dans la situation où l'offre de production sur le marché national ne lui permettrait pas de réaliser ses objectifs en matière de sécurité d'approvisionnement (en cas d'insuffisance quantitative de l'offre de production), ou de protection de l'environnement et du climat (en cas d'insuffisance qualitative d'une offre de production, en deçà des objectifs nationaux de développement des énergies renouvelables). La deuxième est issue de l'existence de régimes spéciaux imposant le déroulement d'un appel d'offres préalable à l'accès à la production de certaines énergies, soit parce que le droit national encadre l'exploitation par des mécanismes contractuels susceptibles de relever du champ des règles européennes relatives aux concessions⁴³¹ ; soit parce que l'exploitation d'énergie se fait corrélativement à l'attribution d'une aide publique, dont la compatibilité avec l'article 107 TFUE a été subordonnée au déroulement préalable d'une procédure de mise en concurrence⁴³².

2° L'égalité d'accès à l'activité de production

293. Indépendamment de la forme que les modalités d'accès à l'activité de production sont susceptibles de revêtir, les directives de libéralisation exigent que les critères sur lesquels elles reposent soient « objectifs, transparents et non discriminatoires »⁴³³. Or, ces exigences, assez classiques dans leur facture car inspirées – ici encore – du principe général d'égalité en droit

⁴³¹ Voy. *infra*, le régime français des concessions hydrauliques.

⁴³² Voy. en ce sens le considérant 19 de la directive 2018/2001 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables : « Dans la conception des régimes d'aide et dans l'allocation des aides, il convient que les États membres cherchent à réduire au minimum le coût global du déploiement pour le système en empruntant la voie de la décarbonisation pour atteindre l'objectif d'une économie sobre en carbone à l'horizon 2050. Les mécanismes fondés sur le marché, tels que les procédures d'appel d'offres, ont prouvé qu'ils réduisaient efficacement, dans de nombreuses circonstances, le coût de l'aide sur des marchés compétitifs ». Voy. aussi *infra*, n° .

⁴³³ Article 4 de la directive 96/92 ; articles 6, par. 1, et 7, par. 1 et 2, de la directive 2003/54 ; articles 7, par. 1, et 8, par. 1 et 2, de la directive 2009/72 ; article 8, par. 1, de la directive 2019/944.

de l'Union⁴³⁴, ont exercé une forte attraction sur la conception nationale de l'accès à la production d'énergie.

Le droit français régissant la production d'hydroélectricité en constitue une remarquable illustration. Puisant ses racines dans un texte centenaire⁴³⁵, le régime d'accès à la production hydroélectrique est, depuis l'origine, fondé sur un mécanisme alternatif d'autorisation ou de concession dont la mise en œuvre dépend de la puissance maximale brute de l'installation concernée⁴³⁶. L'exécution du droit de l'Union a engendré une profonde réforme du droit français, tant à l'égard du régime d'autorisation qu'à celui des concessions. D'emblée, le texte de 1919 subordonnait l'octroi d'un titre d'exploitation à une condition de nationalité⁴³⁷, peu susceptible d'entrer en conformité avec le droit de l'Union, ce qui a justifié sa suppression – fort tardive, on en conviendra – par une loi du 12 juillet 2010⁴³⁸. Par ailleurs, la mention, dans la loi du 16 octobre 1919, d'un droit de préférence accordé, lors du renouvellement des concessions de force hydraulique, au concessionnaire sortant, a été considérée par la Commission comme étant manifestement incompatible avec la liberté d'établissement en tant qu'il rendait *de facto* la possibilité d'accès d'autres opérateurs purement théorique⁴³⁹. Ces solutions, dégagées sous l'angle du droit primaire de l'Union, se trouvent à la fois confortées et complétées par le droit sectoriel de l'énergie, qui veille à ce que l'accès à la production s'opère dans le respect de l'égalité de traitement, déclinée au travers des trois *items* d'objectivité, de transparence et de non-discrimination. Or, ces considérations ont conduit le législateur français à poursuivre la réforme du dispositif ayant trait aux concessions

⁴³⁴ B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, op. cit., p. 148. Voy. également les conclusions précitées de l'avocat général BOT dans l'affaire *Essent Belgium II*, point 51.

⁴³⁵ Loi du 16 octobre 1919, relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, *JORF*, 18 octobre 1919.

⁴³⁶ Article n° L. 511-5 C. énergie : « Sont placées sous le régime de la concession les installations hydrauliques dont la puissance excède 4 500 kilowatts. Les autres installations sont placées sous le régime de l'autorisation ».

⁴³⁷ Article 26 de la loi du 16 octobre 1919, précitée, version initiale : « (a)ucune concession ou autorisation ne peut être accordée, aucune cession ou transmission de concession ou d'autorisation ne peut être faite qu'aux seuls Français ».

⁴³⁸ Article 91 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JORF* n° 160 du 13 juillet 2010.

⁴³⁹ Voy. supra, n° . Une analyse comparable est suivie par la Cour de justice, à l'occasion d'un recours en manquement introduit par la Commission à l'encontre de la Pologne, et qui mettait en doute la conformité de la loi régissant l'exploitation des hydrocarbures par rapport à la directive 94/22 du 30 mai 1994 (*JO*, n° L164, 30 juin 1994, p. 3), sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures : CJ, 27 juin 2013, *Commission c. Pologne*, C-569/10). En l'espèce, la législation nationale prévoit que l'accès aux activités d'exploitation d'hydrocarbures est soumis à une autorisation, composée d'une part, d'un contrat d'établissement d'un « droit d'usufruit minier » (les gisements de minerais demeurant la propriété du Trésor public) et, d'autre part, une concession administrative. n° L'attribution de cette autorisation est, par ailleurs, précédée par l'établissement de documentations géologiques. La loi nationale prévoit que l'entreprise qui a réalisé ces documentations bénéficie d'une priorité pour l'attribution d'un droit d'usufruit minier, et jouit d'un droit exclusif desdites documentations pendant 5 ans. Dans ce contexte, le déroulement d'un appel d'offres, s'il était une exigence posée par la directive 92/44 pour l'attribution d'une autorisation, devenait particulièrement artificiel, car la conjonction de priorités et de droits d'utilisation exclusive aboutissait, en fait, à ce que le titulaire du droit exclusif d'utilisation des documentations géologiques obtienne le droit d'usufruit minier (point 61 de l'arrêt ; voy. également : conclusions de l'avocat général CRUZ VILLALON, point 85).

hydroélectriques⁴⁴⁰, en retenant le principe d'une mise en concurrence préalable à leur attribution⁴⁴¹.

Néanmoins, la pratique a montré qu'un écart important persistait entre ouverture théorique et ouverture effective à la concurrence des concessions hydroélectriques. Une fois n'est pas coutume, le Conseil de l'Union a exhorté les autorités françaises à accroître les facilités d'accès à la production d'hydroélectricité. Relevant que le degré de concentration sur le marché français de l'électricité était l'un des plus élevés d'Europe, il a invité les autorités nationales à « améliorer l'accès d'autres opérateurs aux capacités de production en France [dont, en particulier, de] production d'électricité hydraulique »⁴⁴². Suivant les mêmes constats, la Commission a adressé en octobre 2015 une mise en demeure aux autorités françaises de concrétiser l'accès concurrentiel à la production hydroélectrique⁴⁴³. Selon la gardienne des traités, la durée des concessions, leur concentration au profit de l'opérateur historique et les conditions financières préférentielles qui lui ont été consenties pour l'exécution et l'exploitation des aménagements hydrauliques, constitueraient des éléments de nature à maintenir et à renforcer la position dominante de la société EDF, alimentant, par là même, le risque de violation de l'article 102 TFUE, et empêchant, dans le même mouvement, le développement du marché intérieur de l'électricité⁴⁴⁴.

294. En creux, l'importante reconsidération dont ce secteur a fait – et fait encore aujourd'hui – l'objet témoigne de la forte emprise qu'exercent les exigences du droit de l'Union sur les

⁴⁴⁰ Voy. sur l'ensemble de cette question : B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, op. cit., pp. 143-146 ; S. BERGES, « Hydroélectricité : la confluence des droits », *RFDA* 2017, p. 495 ; N. CHAHID-NOURAI et G. BERTHON, « La vraie nature des concessions hydroélectriques », *RFDA* 2017, p. 262 ; E. DELACOUR, « Soumission des concessions d'énergie hydraulique à la loi 'Sapin' », *Contrats et marchés publics* n° 12, décembre 2008, comm. 273 ; A. GUEYE, « La mise en concurrence des concessions hydroélectriques : un dilemme récurrent ? », *Contrats et marchés publics* n° 6, juin 2009, étude 7 ; M. MEDDEB, « Vers une mise en concurrence lors du renouvellement des concessions hydroélectriques », op. cit. ; P. RAVETTO et N. GARDERES, « La nouvelle procédure de mise en concurrence des concessions hydroélectriques », *BDEI*, novembre 2008, n° 18, pp. 27-35 ; P. SABLIERE, « La mise en concurrence des concessions de force hydraulique », *AJDA* 2007, p. 2012 ; F. SABIANI, « La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué », *Dr. adm.* juin 2008, étude 12.

⁴⁴¹ Plus précisément, un décret du 26 septembre 2008 (Décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008 modifiant le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 modifié relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique et le décret n° 99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, *JORF*, n° 227, 28 septembre 2008) inscrit les concessions hydroélectriques dans un régime juridique hybride, en soumettant leur attribution et leur renouvellement au droit des délégations de service public, d'une part, et au déroulement d'une procédure *ad hoc* de mise en concurrence, d'autre part, pour les projets jugés complexes par l'autorité concédante.

⁴⁴² Recommandation du Conseil du 30 mai 2012, concernant le programme national de réforme de la France pour 2012 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour la période 2012-2016, COM (2012) 313 final, point 16.

⁴⁴³ R. BOUGHRIET, « Concessions hydroélectriques : la Commission européenne met en demeure la France », *Actu-environnement* 3 novembre 2015.

⁴⁴⁴ Commission, Document de travail du 15 juin 2016 accompagnant le Rapport sur la politique de concurrence 2015, SWD (2016) 198 final, p. 41. S'ajoute enfin à cette vaste mise en doute de l'« euro-compatibilité » du mécanisme français, l'adoption de la directive 2014/23 du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (*JO*, n° L 94, 28 mars 2014, p. 1). Sa mise œuvre rend d'autant plus pressante l'emprise du droit de l'Union sur les conditions de passation des titres hydroélectriques, qui, jusqu'alors, échappaient au champ du droit dérivé intéressant la commande publique. En réaction, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *JORF*, 30 janvier 2016) transposant la directive 2014/23, soumet les concessions hydroélectriques aux règles européennes de la commande publique. Son décret d'application du 30 avril 2016 entend ainsi « modernis[er] le cadre réglementaire des concessions hydroélectriques, pour tenir compte des évolutions récentes du droit des concessions » (Décret n° 2016-530 du 27 avril 2016, *JORF*, 30 avril 2016, texte n° 7, notice), en redéfinissant, à la lumière des préconisations du droit de l'Union, les modalités de mise en concurrence des titres d'exploitation de l'énergie hydraulique concédée.

États membres, chacune des (nombreuses) déclinaisons du principe général d'égalité de traitement étant susceptible de remettre en question les règles nationales d'organisation régissant la production d'énergie.

Cela étant dit, la libéralisation du marché de l'énergie n'est pas hermétique aux objectifs d'intérêt général portés diversement par d'autres politiques nationales et européennes, et qui exhortent à aménager un traitement spécial, et donc différencié, au profit de certains modes de production d'énergie, quitte à consentir quelques inflexions au principe général d'égal accès au marché.

b) L'aménagement des modalités d'accès

295. Les directives de libéralisation du marché des énergies de réseau se font comptables des évolutions politiques et techniques qui parcourent ce dernier. Aussi les règles sectorielles consentent-elles des aménagements au principe d'égal accès à la production, tantôt pour permettre aux États de favoriser l'accès de certaines technologies au marché de l'énergie (1°) ; tantôt pour les inciter à faciliter l'émergence de nouveaux acteurs de production d'énergie (2°).

1° L'accès privilégié pour certaines technologies de production : le cas des énergies renouvelables

296. En imposant l'ouverture de l'activité de production à la concurrence, les directives de libéralisation ne privent pas les États membres de tout contrôle sur les capacités de production susceptibles d'intégrer leur panel énergétique national. Au-delà des contraintes physiques qu'un développement incontrôlé de la production apposerait aux réseaux d'énergie, une telle approche aurait vraisemblablement conduit à négliger la souveraineté énergétique des États. Il était surtout question de veiller à ce que le contrôle étatique des entrées en production s'opère dans des conditions équitables, au travers des procédures d'autorisation et d'appels d'offres prévues par les directives de libéralisation. Or, il apparaît que l'encadrement de ces procédures par le droit dérivé de l'Union prend pleinement compte de la nécessité de faciliter l'accès à la production de certains types d'énergie, à savoir celles issues de sources renouvelables.

297. S'agissant, d'abord, de la procédure d'autorisation, l'énoncé des critères sur lesquels elle repose⁴⁴⁵ fait une place première à la nature des sources employées pour la production d'électricité, ainsi qu'à l'impact environnemental que provoque son accès au marché libéralisé. De ce point de vue, l'utilisation judicieuse de ces critères permet théoriquement aux États membres de définir des procédures d'autorisation qui peuvent profiter, en premier lieu, aux producteurs d'énergies issues de sources renouvelables.

À plus forte raison, la directive 2019/944, dans la foulée de celle de 2009, impose aux États membres de tenir compte, dans la définition de leur procédure d'autorisation, de la « contribution de la capacité de production à la réalisation de l'objectif général de l'Union qui vise à atteindre une part d'au moins 32 % d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de l'Union en 2030 » (article 8, par. 2, sous j). C'est dire, en d'autres termes, que le législateur de l'Union ne raisonne pas en vase clos. Par cette voie, il cherche visiblement à mettre en cohérence la libéralisation du marché de l'énergie – qui postule une égalité de traitement entre les producteurs d'électricité – avec les

⁴⁴⁵ Voy. *supra*, n°.

ambitions climatiques de l'Union – qui postulent inversement de prioriser l'accès de ceux qui recourent aux énergies renouvelables.

Il convient, cependant, de ne pas surestimer la portée de ce dispositif. En effet, bien que ces éléments plaident explicitement pour le développement de la production d'électricité renouvelable, il faut relever que les directives n'indiquent ni n'imposent aucune hiérarchie dans l'énoncé des critères d'octroi des autorisations. Il est seulement fait obligation aux États membres de prendre en compte l'ensemble des éléments listés pour « déterminer les critères appropriés » (article 8, par. 2, de la directive 2019/944). Dès lors, il revient aux États d'évaluer, en fonction de leurs contingences nationales, la place que doivent occuper des paramètres tels que ceux liés à la protection de l'environnement, à l'occupation des sols ou bien encore à la nature des sources d'énergie utilisées, etc.

Et l'on peut vraisemblablement s'attendre à ce que ces derniers soient fortement hypothéqués au profit de ceux ayant trait à la sécurité d'approvisionnement, en particulier sur le territoire d'États en situation de forte dépendance énergétique. À cet égard, on indiquera que le Tribunal de l'Union a admis, dans un domaine certes étranger aux directives de libéralisation, qu'aucune règle du droit de l'Union, en ce compris le principe d'intégration de l'environnement énoncé à l'article 11 TFUE, n'impose pas aux États membres de privilégier systématiquement les énergies issues de sources renouvelables dans la définition des politiques nationales relatives au secteur de l'énergie⁴⁴⁶. Comme le relève le juge, une interprétation contraire priverait les États membres de la possibilité d'intervenir au soutien d'activités d'intérêt général étrangères à l'environnement, à l'image de celle ayant trait à la sécurité d'approvisionnement⁴⁴⁷. Cette observation permet de mieux saisir la lecture des directives de libéralisation. Celles-ci n'ont pas vocation à imposer aux États membres de définir des conditions d'autorisation qui soient spécifiquement favorables à l'électricité renouvelable, mais seulement de leur assurer qu'ils en ont la possibilité, en vue de répondre aux priorités de leur politique nationale de l'énergie.

298. S'agissant, ensuite, de la procédure d'appel d'offres, la possibilité offerte aux États de l'employer pour favoriser l'accès des producteurs d'énergies renouvelables au marché découlait également des directives antérieures à celle de 2019 (qui, rappelons-le, n'évoque plus ce système comme l'une des modalités d'accès à la production d'énergie). Plus précisément, les procédures d'appel d'offres étaient ouvertes aux États membres, soit pour couvrir leurs besoins en matière de sécurité d'approvisionnement, soit pour répondre de leurs engagements en matière de protection de l'environnement⁴⁴⁸. À cet égard, la probabilité qu'ils en fassent usage pour favoriser l'entrée sur le marché de producteurs d'énergies renouvelable se devine aisément : soit indirectement – lorsque la procédure est envisagée dans le contexte d'une augmentation quantitative de la production nationale de nature à assurer la sécurité des approvisionnements – ; soit directement – lorsque l'appel d'offres est lancé dans l'intérêt de la protection de l'environnement –.

Les directives prévoyaient d'ailleurs explicitement, sur ce dernier point, que les nouvelles capacités appelées « comprennent, entre autres, l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables et la production combinée chaleur-électricité » (considérant 22 de la 2003/54 et considérant 43 de la directive 2009/72). Cette méthode d'accès à la production apparaissait ainsi comme un outil capable de servir la réalisation d'un objectif national de

⁴⁴⁶ Trib. UE, 3 décembre 2014, *Castelnuovo Energia c. Commission*, T-57/11.

⁴⁴⁷ Point 190 de l'arrêt. Dans le même sens : CJ, 22 septembre 2020, *Commission c. Autriche*, C-594/18 P.

⁴⁴⁸ Voy. *supra*, n°.

promotion des énergies renouvelables⁴⁴⁹, dont on n'ignore pas qu'il peut être largement influencé par l'exécution du droit européen⁴⁵⁰.

Cela étant dit, il convient, à nouveau, de ne pas mésestimer le sens des directives de libéralisation quant au recours à la procédure d'appels d'offres, car l'objectif de ces textes reste centré sur la réalisation du marché spécial de l'énergie. Dès lors, bien qu'il ait pu provoquer un tel résultat, l'encadrement de la procédure d'appel d'offres répond moins à la nécessité de promouvoir les énergies renouvelables, qu'à celle d'assurer que les opérations nationales en ce sens ne s'opèrent pas en contradiction de l'établissement d'un contexte de concurrence équitable pour le secteur de l'énergie. Qu'ils reposent sur les directives antérieures à celle de 2019 ou, désormais, qu'ils se réclament de régimes dérogatoires tels qu'identifiés plus haut⁴⁵¹, ces dispositifs visent, essentiellement, à assurer une transparence et une égalité de traitement des candidats dans l'accès à la production, au travers des exigences procédurales de l'appel d'offres⁴⁵². Au-delà, l'utilisation de cet instrument dans le but déterminé d'accroître la contribution des énergies renouvelables repose sur un choix étatique, que le droit spécial de l'électricité n'a pas vocation à substituer, ni même d'ailleurs à influencer. En d'autres termes, l'aménagement d'un accès préférentiel pour la production d'énergie renouvelable n'excède pas, ici, le champ de l'harmonisation optionnelle.

2° L'accès privilégié pour certains profils de producteurs : le cas des autoconsommateurs et communautés énergétiques

299. Le développement technologique – en particulier dans le domaine de l'industrie photovoltaïque – et la baisse des coûts d'acquisition de dispositifs de production expliquent l'essor de l'autoconsommation d'énergie⁴⁵³, situation dans laquelle les consommateurs d'électricité assument eux-mêmes et pour eux-mêmes la production d'énergie dont ils ont besoin. De telles possibilités en viennent à dilater les contours de la notion même de « consommateur »⁴⁵⁴ et à renouveler sa perception par le droit de l'Union⁴⁵⁵. Plus encore, le

⁴⁴⁹ La mise en œuvre de ce dispositif par les États membre montre, d'ailleurs, que la procédure d'appel d'offres a davantage été employée au service de la promotion des énergies renouvelables qu'à celui de la sécurité d'approvisionnement, notamment en France (voy. P. SABLIERE, *Droit de l'énergie, op. cit.*, spéc. pp. 152-156), au Portugal (pour la réalisation d'équipements de production d'énergie à partir de la biomasse et d'énergie éolienne : voy. OCDE, *Examens environnementaux de l'OCDE : Portugal*, 2011, p. 57) au Danemark (A.-C. POIRIER, « Le Danemark annonce un appel d'offres pour 450 MW d'éolien offshore », www.greenunivers.com, 11 octobre 2013) ainsi qu'aux Pays-Bas (H.J.T. KOOIJMAN, M. DE NOORD, M.A. UYTERLINDE, A.F. WAL, S.A. HERMAN, H.J.M. BEURSKENS, « Large Scale Offshore Wind Energy in the North Sea – A Technology and Policy Perspective », *Wind Engineering* vol. 28, n° 2, 2004, p. 143 ; FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, *European Offshore Wind 2013, Realising the opportunity*, juin 2013, p. 43).

⁴⁵⁰ Les États membres étant soumis à l'obligation de contribuer à la réalisation de l'objectif de l'Union en matière de développement des énergies renouvelables. Voy. à ce sujet, *infra*, n° .

⁴⁵¹ Voy. *supra*, n° .

⁴⁵² En ce sens : G. GUEGUEN-HALLOUET et N. BOILLET, « L'appel d'offres 'éolien en mer' – Quelques réflexions à propos d'un nouvel avatar juridique », *op. cit.* ; G. GUEGUEN-HALLOUET, « L'appel d'offres éolien en mer à l'épreuve des règles européennes de concurrence », *op. cit.*, p. 95.

⁴⁵³ C. DERKENNE, « Impact sur l'évolution de la demande d'énergie : quand le consommateur devient producteur », *Rev. de l'énergie* mai-juin 2011, pp. 153-157 ; L. DE FONTENELLE, « Les communautés énergétiques », *Énergie-Env.-Infr.* 2019, n° 8-9, dossier 29.

⁴⁵⁴ Si les règles sectorielles de l'Union utilisent à cet égard les notions de « clients actifs » (directive 2019/944, article 15) ou d'« autoconsommateur » (directive 2018/2001, article 21), les propositions dont elles sont issues recouraient à l'anglicisme « *prosumers* » – parfois maladroitement traduit par le néologisme « *prosommateur* » ou (pire ?) de « *consom'acteur* » – qui, à défaut de l'élégance, avait le mérite de souligner le caractère tout à fait hybride de ce mode de consommation. Voy. : S. MILCIUVIENE e.a., « The Role of Renewable Energy Prosumers in Implementing Energy Justice Theory », *Sustainability*, 2019, n° 11.

⁴⁵⁵ Sur cette question : B. LE BAUT-FERRARESE et E. DURAND, « Le consommateur d'énergie », in M. COMBET (dir), *Le droit européen de la consommation au XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 145-164.

développement de l'autoconsommation recoupe, en grande partie, les objectifs de transition climatique (l'autoconsommation reposant sur l'emploi d'énergies renouvelables) et sociale (l'autoconsommation permet de préserver les individus qui y recourent des aléas du marché de l'énergie tout en renforçant leur autonomie énergétique) qui animent la politique européenne de l'énergie. Il n'est dès lors pas surprenant que l'autoconsommation investisse les règles sectorielles de l'Union européenne qui tendent à lui accorder une place à part entière dans le processus de libéralisation du marché de l'électricité.

Compte tenu de l'immaturation des cadres juridiques nationaux dans le domaine de l'autoconsommation⁴⁵⁶, la posture du législateur européen consiste moins à permettre aux États membres d'accorder à ces profils singuliers un accès privilégié au marché, mais davantage de lever les obstacles réglementaires nationaux qui en empêchent l'essor⁴⁵⁷. À cette fin, le droit de l'Union, d'une part, impose aux États membres de garantir aux individus le droit de devenir autoconsommateurs d'énergie. Plus précisément, la directive 2019/944 consacre en son article 2 la notion de « clients actifs »⁴⁵⁸, en imposant parallèlement aux États membres de garantir à ceux-ci le droit d'exercer leur activité « sans être soumis à des exigences techniques disproportionnées ou discriminatoires, ou à des exigences administratives, à des procédures et des redevances, et à des redevances d'accès au réseau qui ne reflètent pas les coûts » et, en particulier, qu'ils aient le « droit de vendre l'électricité autoproduite, y compris par des accords d'achat d'électricité » (article 15). Ces dispositions entrent en cohérence avec la directive 2018/2001 relative à la promotion des énergies renouvelables, qui impose aux États membres de garantir aux individus « le droit de devenir des autoconsommateurs d'énergies renouvelables » (article 21, par. 1) ce qui suppose qu'ils soient autorisés, notamment à « produire de l'énergie renouvelable, y compris pour leur propre consommation, stocker et vendre leur production excédentaire d'électricité renouvelable » tout en « conser[vant] leurs droits et leurs obligations en tant que consommateurs finals » (article 21, par. 2, sous a) et c))

Il introduit, d'autre part, un cadre juridique pour la constitution de structures communautaires au sein desquelles citoyens, petites entreprises et collectivités locales, assurent eux-mêmes et pour eux-mêmes, la production d'électricité renouvelable, sa vente et sa distribution. Deux cadres sont prévus à cet effet, à savoir les « communautés d'énergie renouvelable », visées par la directive 2018/2001 relative à la promotion des énergies renouvelables en son article 22⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ Sur cette question : M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie, op. cit.*, spéc. pp. 286 s. ; Fr.-M. POUPEAU et Bl. LORMETEAU, (dir.), *Émergence de l'autoconsommation collectivité d'électricité en France : modèles et perspectives*, Rapport final, novembre 2022, urbanisme-puca.gouv.fr.

⁴⁵⁷ Services de la Commission, Étude d'impact accompagnant la proposition de directive relative à la promotion des énergies renouvelables, SWD (2016) 418 final, 30 novembre 2016, point 6.4.

⁴⁵⁸ Le client actif désigne « un client final, ou un groupe de clients finals agissant conjointement, qui consomme ou stocke de l'électricité produite dans ses locaux situés à l'intérieur d'une zone limitée ou, lorsqu'un État membre l'autorise, dans d'autres locaux, ou qui vend l'électricité qu'il a lui-même produite ou participe à des programmes de flexibilité ou d'efficacité énergétique, à conditions que ces activités ne constituent pas son activité commerciale ou professionnelle principale ».

⁴⁵⁹ La communauté d'énergie renouvelable est définie comme « l'entité juridique a) qui, conformément au droit national applicable, repose sur une participation ouverte et volontaire, est autonome, est effectivement contrôlée par les actionnaires ou des membres se trouvant à proximité des projets en matière d'énergie renouvelable auxquels l'entité juridique a souscrit et qu'elle a élaborés ; b) dont les actionnaires ou les membres sont des personnes physiques, des PME ou des autorités locales, y compris des municipalités ; c) dont l'objectif premier est de fournir des avantages environnementaux, économiques ou sociaux à ses actionnaires ou à ses membres ou en faveur des territoires locaux où elle exerce ses activités, plutôt que de rechercher le profit » (article 2, sous 16).

et les « communautés énergétiques citoyennes »⁴⁶⁰, visées par la directive 2019/944 relative au marché intérieur de l'énergie en son article 16⁴⁶¹.

Dans l'un et l'autre cas, les directives garantissent aux communautés énergétiques le bénéfice des facilités offertes par le régime libéralisé, et tenant notamment à la possibilité d'accéder « à tous les marchés de l'électricité, soit directement, soit par agrégation, d'une manière non discriminatoire »⁴⁶², ou bien encore à bénéficier « d'un traitement non discriminatoire et proportionné en ce qui concerne leurs activités, droits et obligations en tant que clients finals, producteurs, fournisseurs, gestionnaires de réseau de distribution »⁴⁶³ ou en tant qu'autres participants du marché.

§2 L'accès concurrentiel à la fourniture d'énergie

300. Comme pour la production d'électricité et de gaz, l'activité de fourniture d'énergie, entendue comme « la vente, y compris la revente, d'électricité (ou de gaz naturel) à des clients », a été ouverte à la concurrence. Suivant un calendrier d'ouverture progressif, la fourniture d'énergie s'exerce depuis le 1^{er} juillet 2007 dans un cadre totalement libéralisé au sein duquel tous les consommateurs peuvent librement choisir leur fournisseur d'énergie. En lieu et place des prestations uniformes jusqu'alors assurées par les opérateurs historiques à des tarifs réglementés, la fourniture s'inscrit depuis lors dans le contexte d'une concurrence tarifaire, marqué par un élargissement des offres proposées aux consommateurs d'énergie⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ La « communauté énergétique citoyenne » est définie par la directive relative au marché intérieur comme « l'entité juridique qui a) repose sur une participation ouverte et volontaire, et qui est effectivement contrôlée par des membres ou des actionnaires qui sont des personnes physiques, des autorités locales, y compris des communes, ou des petites entreprises ; b) dont le principal objectif est de proposer des avantages communautaires environnementaux, économiques ou sociaux à ses membres ou actionnaires ou aux territoires locaux où elle exerce ses activités, plutôt que de générer des profits financiers ; (...) c) peut prendre part à la production, y compris à partir de sources renouvelables, à la distribution, à la fourniture, à la consommation, à l'agrégation, et au stockage d'énergie, ou fournir des services liés à l'efficacité énergétique, des services de recharge pour les véhicules électriques ou d'autres services énergétiques à ses membres ou actionnaire » (article 2, sous 11)..

⁴⁶¹ Bien qu'elles reposent, en grande partie, sur une philosophie commune, les notions de communautés énergétiques citoyennes et de communautés d'énergie renouvelable sont distinguées par le législateur européen, non sans soulever de légitimes confusions. Comme l'observe Louis DE FONTENELLE, trois éléments permettraient de distinguer les deux formes de communautés : le premier porterait sur le domaine d'activités concernés (alors que les communautés d'énergie renouvelables viseraient indistinctement le gaz, l'électricité, la chaleur, les communautés énergétiques citoyennes ne concerneraient que l'électricité) ; le deuxième porterait sur l'objet des communautés (les communautés d'énergie renouvelable ont un objet social limité à la production, à la consommation, au stockage et à la vente d'énergie, tandis que les communautés citoyennes ont également la possibilité d'exercer d'autres prestations énergétiques, telles que la recharge ou l'efficacité énergétique) ; le troisième tiendrait à la condition spécifique de proximité locale que doivent entretenir les membres des communautés d'énergie renouvelables aux projets de ces communautés, condition qui n'apparaît pas dans le cadre des communautés énergétiques citoyennes (L. DE FONTENELLE, « Les communautés énergétiques », *op. cit.*).

⁴⁶² Pour les communautés énergétiques citoyennes : article 16, par. 3, sous a) de la directive 2019/944 ; pour les communautés d'énergie renouvelable : article 22, par. 2 sous c) de la directive 2018/2001).

⁴⁶³ Pour les communautés énergétiques citoyennes : article 16, par. 3, sous b) de la directive 2019/944 ; pour les communautés d'énergie renouvelable : article 22, par. 4, sous e) de la directive 2018/2001).

⁴⁶⁴ Voy. sur l'ensemble de cette question : J. ARMANDO, « Accès régulé et limité des fournisseurs alternatifs à l'énergie nucléaire », *Dr. Adm.* 2011, chron. 1 ; E. DURAND, « L'énergie à quel(s) prix ? Tarifs réglementés versus prix du marché », in B. LE BAUT-FERRARESE (dir.), *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 61-86 ; S. GENEVAZ, « Libéralisation et réglementation des tarifs de l'électricité », *Concurrences* 2009, n° 4, pp. 22-24 ; D. GERADIN, « L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau – Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation », *CDE*, 1999, pp. 13-48, spéc. pp. 20-23 ; L. GRARD, « Les racines européennes de la nouvelle organisation française du marché de l'électricité », *Europe* 2011, étude 3 ; C. LE BIHAN GRAF, « Les tarifs réglementés à l'épreuve de la libéralisation des marchés de

D'un point de vue théorique, cet aspect de la libéralisation est supposé contribuer spontanément à l'amélioration du bien-être des consommateurs. Les directives issues des différents paquets législatifs évoquent consécutivement une causalité quasi-évidente entre l'ouverture à la concurrence de la fourniture d'énergie et l'obtention du « prix le plus bas possible » ou de « prix équitables » pour les consommateurs, entretenant l'idée que la réalisation du marché intérieur de l'énergie doit « profiter aux consommateurs par le biais d'une concurrence tarifaire et d'une offre de prestations large ». Force est cependant de constater que cette relation théoriquement vertueuse entre la libéralisation et le bien-être des consommateurs ne résiste que fébrilement à l'épreuve des faits.

Or, à parcourir les directives de libéralisation et l'importance croissante qu'y occupe l'objectif de protection des consommateurs, il apparaît que celui-ci entretient une relation structurante avec l'ouverture à la concurrence de l'activité de fourniture. En effet, les règles sectorielles de l'Union délimitent l'étendue des libertés commerciales des fournisseurs d'énergie (a) en regard des enjeux de protection des droits des consommateurs (b).

a) Les libertés commerciales des fournisseurs d'énergie

301. L'ouverture à la concurrence de l'activité de fourniture d'énergie dépend *in limine* de la possibilité laissée aux consommateurs d'effectuer un choix parmi une variété d'offres de fourniture. Or, cette possibilité n'a été instaurée que graduellement par les directives de libéralisation, de sorte que l'ouverture à la concurrence de la fourniture a, elle-même, été progressive (1°). Au terme de cette évolution, l'ensemble des opérateurs, historiques comme alternatifs, sont en mesure de proposer librement des offres commerciales de fourniture, que l'ensemble des consommateurs ont la liberté de choisir en vue de répondre à leurs besoins énergétiques. Totale, l'ouverture à la concurrence n'est cependant pas exempte de limites. Pour des motifs principalement tirés de la protection des consommateurs, le droit de l'Union autorise les États membres à limiter les libertés commerciales des fournisseurs, au nom d'impératifs d'intérêt économique général (2°).

1° Des libertés progressivement étendues

302. Contrairement à l'activité de production pour laquelle le principe d'un marché libre est imposé par le droit dérivé de l'Union, le degré d'ouverture à la concurrence dépend directement de la capacité des consommateurs à recourir à une offre de marché, par le mécanisme de l'éligibilité⁴⁶⁵. Les directives ont, en effet, prévu un élargissement graduel du cercle des clients dits « éligibles », c'est-à-dire « libre[s] d'acheter de l'électricité [ou du gaz naturel] au fournisseur de [leur] choix »⁴⁶⁶. Ainsi, les directives 96/92 pour l'électricité et 98/30 pour le gaz n'ouvraient l'éligibilité qu'aux seuls clients dont la consommation annuelle excédait certains seuils⁴⁶⁷. Les directives ultérieures prévoient l'ouverture de l'éligibilité aux

l'énergie », *Rev. én.-env.-infr.* n° 4, avril 2015, étude 7 ; S. NICINSKI, « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *RJEP*, mars 2011, étude 2.

⁴⁶⁵ Ch. LEMAIRE, *Énergie et concurrence*, op. cit., pp. 414-428.

⁴⁶⁶ Pour l'électricité, article 2, sous 12) de la directive 2009/72 ; pour le gaz, article 2, sous 28) de la directive 2009/73.

⁴⁶⁷ Dans le domaine de l'électricité, la directive 96/92 ouvrait l'éligibilité aux clients dont la consommation excède 40 GWh par an et imposait aux États d'étendre progressivement l'éligibilité aux consommations supérieures à 20 GWh, dans les trois années suivantes l'entrée en vigueur du texte, puis à 9 GWh, dans les trois années suivantes (article 19, par. 2) ; pour le gaz, l'éligibilité était accordée aux producteurs d'électricité à partir de gaz, quel que soit le niveau de leur consommation annuelle, ainsi qu'aux autres clients consommant plus de 25 millions de mètres cubes de gaz par an et par site de consommation (article 18, par. 2).

clients non résidentiels au 1^{er} juillet 2004, puis à l'ensemble des consommateurs d'électricité et de gaz au 1^{er} juillet 2007⁴⁶⁸.

Si, depuis cette date, tout client peut choisir son approvisionnement dans un contexte concurrentiel, les directives n'ont pas vocation à lui imposer de recourir au libre marché. Il faut, pour le comprendre, indiquer que le droit de l'Union ne s'oppose pas fermement à ce que des États membres imposent à certains fournisseurs – la plupart du temps aux fournisseurs historiques – d'approvisionner à des tarifs réglementés de vente certains consommateurs dont la vulnérabilité commande de les préserver des aléas du marché⁴⁶⁹. Or, tant qu'existent des tarifs réglementés parallèlement aux offres de marché, « le libre choix du fournisseur sera un droit et non une obligation »⁴⁷⁰. De la sorte, l'ouverture à la concurrence se trouve, en la matière, soumise à une double condition, tenant, d'une part, à l'éligibilité de ses bénéficiaires et, d'autre part, à la mise en œuvre de cette éligibilité. Elle repose, en toutes hypothèses, sur une démarche volontaire des consommateurs disposés à recourir au marché.

Certes, la définition par les États membres de tarifs réglementés a fait l'objet d'abondantes remises en cause, au point que leur champ d'application se trouve, aujourd'hui, relativement circonscrit⁴⁷¹. Mais toujours est-il que le maintien, bien que résiduaire, d'une fourniture au tarif réglementé peut dissuader les consommateurs susceptibles d'en bénéficier de faire usage de leur droit à l'éligibilité. Car la coexistence de prix disparates pour un produit pourtant homogène « semble réduire l'alternative du consommateur au choix entre des tarifs réglementés, qui lui garantissent un faible coût d'approvisionnement, et des prix libres qui lui promettent l'inverse »⁴⁷². Ces considérations tarifaires expliquent vraisemblablement que l'ouverture à la concurrence de la fourniture d'énergie ait, du moins pendant un temps, provoqué des résultats peu perceptibles⁴⁷³.

Il n'en demeure pas moins que, depuis le 1^{er} juillet 2007, l'achèvement du processus d'ouverture à la concurrence permet aux fournisseurs revendiquer le bénéfice des principes directeurs de la libéralisation du marché, à l'instar du droit d'accès non discriminatoires au réseau⁴⁷⁴, pour y proposer librement des offres de fourniture et d'en déterminer librement le prix⁴⁷⁵.

⁴⁶⁸ Pour le secteur de l'électricité, article 21 de la directive 2003/54, et article 33 de la directive 2009/72 ; pour le secteur du gaz, article 23 de la directive 2003/55 et article 37 de la directive 2009/73.

⁴⁶⁹ Voy. *infra*.

⁴⁷⁰ B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, op. cit., p. 371.

⁴⁷¹ Voy. *infra*, n°.

⁴⁷² S. GENEVAZ, « Libéralisation et réglementation des tarifs de l'électricité », op. cit., p. 22.

⁴⁷³ Bien que le recul des tarifs réglementés de vente permette aujourd'hui de ressentir davantage les effets de l'ouverture à la concurrence, les opérateurs historiques demeurent largement dominants. En France, au premier trimestre 2023, les offres aux tarifs réglementés d'électricité représentent près de 60% de l'alimentation des consommateurs, tandis que les offres commerciales des opérateurs alternatifs n'en couvrent que 29 % (CRE, *Observatoire des marchés de détail de l'électricité et du gaz naturel*, 1^{er} trimestre 2023). Fin 2018, s'agissant de la fourniture d'électricité, 75% des sites de consommation étaient couverts par une offre de fourniture aux tarifs réglementés proposés par EDF (CRE, *Observatoire des marchés de détail de l'électricité et du gaz naturel*, 4^{ème} trimestre 2018), tandis qu'en 2016, seuls 15% des sites de consommation avaient recouru à une offre de marché, dont 13% auprès d'un fournisseur alternatif (CRE, *Observatoire des marchés de détail de l'électricité et du gaz naturel*, 1^{er} trimestre 2017). Dans le domaine du gaz, l'ouverture à la concurrence présente des résultats plus tangibles : les offres au tarifs réglementés ne couvrent que 26% des sites de consommation au premier semestre 2023, tandis que les fournisseurs alternatifs alimentent plus de 40% des sites (CRE, *Observatoire des marchés de détail de l'électricité et du gaz naturel*, 1^{er} trimestre 2023)

⁴⁷⁴ Voy. *supra*, n°.

⁴⁷⁵ Bien que dans le domaine du gaz, les directives de libéralisation n'aient pas expressément consacré le principe de liberté des prix, la Cour de justice retient que celui-ci « découle de la finalité même et de l'économie générale » de ces textes, qui ont pour objectif de « poursuivre la réalisation d'un marché intérieur du gaz naturel entièrement et effectivement ouvert et concurrentiel dans lequel tous les consommateurs peuvent choisir librement leurs fournisseurs et dans lequel tous les fournisseurs peuvent fournir librement leurs produits à leurs clients » (CJ, 10 septembre 2015, *Commission c. Pologne*, C-36-14, point 45 ; CJ, 7 septembre 2016, *ANODE*,

2° Des libertés possiblement limitées

303. Si le libre jeu de la concurrence est censé profiter au bien-être collectif, rien n'indique qu'il y parvienne systématiquement. Le droit de l'Union tantôt permet, tantôt impose, aux États membres de contraindre les libertés économiques des fournisseurs, en les soumettant à des obligations de service public en vue de répondre à des objectifs d'intérêt économique général (i). Lorsqu'est en cause la protection des consommateurs, ces obligations de service public peuvent, plus particulièrement, porter sur le prix de la fourniture d'énergie. Elles se matérialisent alors par l'édiction de tarifs réglementés de vente, dont le recours par les États est encadré par le droit de l'Union européenne (ii).

(i) Les limites liées à l'exécution d'obligations de service public

304. En écho à l'article 106, par. 2, TFUE, les directives de libéralisation du marché de l'électricité et du gaz permettent aux États membres d'imposer aux entreprises actives sur ces secteurs « dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de fourniture, ainsi que la protection de l'environnement (...) »⁴⁷⁶.

En pratique, la notion d'obligation de service public⁴⁷⁷ peut servir de point d'appui pour l'édiction de contraintes à l'attention des fournisseurs, de nature à garantir que la libéralisation du marché ne s'opère pas dans la négation des garanties élémentaires d'accès à l'énergie pour les consommateurs. Ces garanties sont, en réalité, héritées en grande partie de l'époque où les consommateurs étaient avant tout envisagés comme les usagers d'un service public, et bénéficiaient partant des mécanismes protecteurs dans lesquels les droits nationaux inscrivent traditionnellement les prestations de services publics, tels que la continuité, l'égalité d'accès et la mutabilité du service public⁴⁷⁸.

Ainsi, la Cour de justice a reconnu l'existence d'obligations de service public à propos de : l'obligation imposée par un État à certains fournisseurs d'électricité, d'approvisionner sur l'ensemble d'un territoire, « tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients »⁴⁷⁹ ; l'obligation d'assurer la fourniture continue de gaz à l'ensemble des consommateurs, et de respecter l'égalité de traitement entre ceux-ci⁴⁸⁰ ; l'obligation d'assurer un approvisionnement permanent en énergie⁴⁸¹, y compris, le cas échéant, en l'absence de rentabilité⁴⁸² ; l'obligation imposée à des fournisseurs de gaz⁴⁸³, d'électricité⁴⁸⁴ ou de gaz naturel liquéfié⁴⁸⁵

précité, point 26). Pour le secteur de l'électricité, en revanche, la liberté des prix a fait l'objet d'une consécration expresse : l'article 5 de la directive 2019/944 garantit aux fournisseurs la liberté de déterminer le prix auquel ils fournissent l'électricité aux clients, à charge, pour les États membres, de prendre « des mesures appropriées pour assurer une concurrence effective entre les fournisseurs ».

⁴⁷⁶ Article 9, par. 2, de la directive 2019/944 ; article 3, par. 2, de la directive 2009/73.

⁴⁷⁷ Sont des obligations de service public, les obligations « qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions » (Communication de la Commission, 11 janvier 2012, *JO*, n° C 8, 11 janvier 2012, p. 4).

⁴⁷⁸ M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie, op. cit.*, spéc. pp. 315-316.

⁴⁷⁹ CJ, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, point 48.

⁴⁸⁰ CJ, 23 octobre 1997, *Commission c. France*, C-159/94, points 88-89.

⁴⁸¹ CJ, 7 septembre 2016, *ANODE*, précité, point 52.

⁴⁸² Rappr. : CJ, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed e.a.*, C-66/86 ; 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, C-280/00.

⁴⁸³ CJ, 20 avril 2010, *Federutility*, précité

⁴⁸⁴ CJ, 7 septembre 2016, *ANODE*, précité.

⁴⁸⁵ CJ, 11 avril 2019, *Repsol Butano*, précité.

d'approvisionner leurs consommateurs à des tarifs réglementés de vente fixés par l'État⁴⁸⁶ ; l'obligation imposée à un fournisseur agissant en qualité de « fournisseur de dernier recours » de contracter avec tous les clients qui en font la demande⁴⁸⁷ ; ou bien encore l'obligation imposée à des entreprises de fourniture de constituer des stocks de gaz pour l'alimentation de leurs clients protégés⁴⁸⁸ ou pour anticiper les pénuries saisonnières⁴⁸⁹.

L'intérêt principal – sinon, à la vérité, la raison d'être même – de la reconnaissance d'obligations de service public mises à la charge de fournisseurs tient à ce qu'elle permet aux États membres de solliciter certaines dérogations aux règles du marché qui en compromettraient l'exécution. Empruntant la formulation de l'article 106, par. 2, TFUE, les directives 2019/944 pour l'électricité et 2009/73 pour le gaz prévoient ainsi que les États peuvent décider de ne pas appliquer certaines de leurs dispositions « dans la mesure où leur application risquerait d'entraver, en droit ou en fait, l'exécution des obligations imposées aux entreprises d'électricité dans l'intérêt économique général et pour autant que le développement des échanges n'en soit pas affecté dans une mesure qui serait contraire aux intérêts de l'Union »⁴⁹⁰.

305. Dans la continuité de l'admission des obligations de service public dans le secteur de l'énergie, le droit de l'Union a reconnu la nécessité d'instaurer un seuil minimal de protection des consommateurs à l'échelle européenne, par l'instauration d'un « service universel ». La notion européenne de service universel désigne « un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable (...). Elle instaure le droit de chaque citoyen à avoir accès à certains services jugés essentiels et elle impose aux industries l'obligation de fournir un service défini à des conditions spécifiées qui incluent, entre autres, la fourniture du service sur l'ensemble du territoire »⁴⁹¹.

Ainsi, contrairement aux obligations de service public que les États membres *peuvent* imposer à des entreprises – dont *a fortiori* celles qui fournissent de l'énergie –, l'identification d'un service universel *contraint* les États membres à garantir une série de prestations minimales, imposées par une règle de droit dérivé de l'Union et qui ont vocation à permettre à l'ensemble des citoyens européens un accès uniformisé à un service d'une qualité définie. Or, dans le domaine de l'électricité, la directive 2019/944 a consacré l'existence d'un service universel, entendu comme le droit pour tous les clients résidentiels et, si les États membres le jugent approprié, toutes les petites entreprises « d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix compétitifs, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires » (article 27). Le texte précise qu'aux fins d'assurer la fourniture d'un service universel, les États membres peuvent désigner un fournisseur de dernier recours⁴⁹².

⁴⁸⁶ Sur ce sujet, voy. *infra*.

⁴⁸⁷ CJ, 2 avril 2020, *Stadtwerke Neuwied* C-765/18.

⁴⁸⁸ CJ, 20 décembre 2017, *Eni e.a.*, C-226/16.

⁴⁸⁹ CJ, 30 avril 2020, *Overgas*, C-5/19.

⁴⁹⁰ Article 9, par. 5, de la directive 2019/944 ; article 3, par. 10, de la directive 2009/73.

⁴⁹¹ Communication de la Commission *Livre vert sur les Services d'Intérêt Général*, COM (2003) 270 final, 21 mai 2003, p. 6.

⁴⁹² Au sein des États membres qui s'y réfèrent, la désignation d'un « fournisseur de dernier recours » ou d'un « fournisseur de secours » appartient aux obligations de service public qu'ils imposent à certaines entreprises, et visant à alimenter les clients finals domestiques qui, soit ne trouvent pas de fournisseur (auquel cas, l'entreprise désignée agit comme « fournisseur de dernier recours »), soit subissent les défaillances de leur fournisseur habituel (auquel cas, l'entreprise désignée agit comme « fournisseur de secours ») : voy., pour le cas français,

Dans le secteur du gaz, en revanche, les directives de libéralisation ne consacrent pas *expressis verbis* de service universel⁴⁹³, bien que certaines de leurs dispositions s'en rapprochent sur le fond. En particulier, la directive 2009/73 consacre des « normes minimales communes »⁴⁹⁴, au nombre desquelles figure l'obligation pour les États membres de définir des catégories de clients vulnérables afin de mettre à la charge des fournisseurs de gaz des mesures de protection particulière (article 3, par. 3).

(ii) Les limites liées aux tarifs réglementés de vente

306. Face aux promesses tarifaires non tenues par le processus de libéralisation, les raisons pour lesquelles les États membres sont incités à définir ou à maintenir des tarifs réglementés de vente (TRV) se devinent aisément. La hausse quasi constante des prix de l'électricité et du gaz, que la reprise *post*-crise sanitaire puis le conflit russo-ukrainien ont considérablement accentuée⁴⁹⁵, expose continuellement les consommateurs d'énergie à une vulnérabilité préoccupante et justifie que leur attention se focalise sur les TRV. En effet, ces tarifs définis par les États visent en substance à préserver les consommateurs des variations erratiques des prix du marché de l'énergie, par l'assurance d'un tarif bas et stable⁴⁹⁶.

Énoncée comme telle, la définition des TRV ne s'inscrit que malaisément dans le processus de libéralisation. Ainsi que le relève la Cour de justice, « l'existence même de deux segments de marché, à savoir le segment où les prix sont établis en dehors du jeu de la concurrence et celui où leur détermination est laissée aux forces du marché, est incompatible avec la création d'un marché intérieur [de l'énergie] ouvert et concurrentiel »⁴⁹⁷. Pour autant, les directives de libéralisation ne s'opposent pas fermement aux TRV, car elles permettent aux États membres d'imposer aux entreprises opérant dans le secteur de l'électricité et du gaz des « obligations de service public qui peuvent porter sur (...) le prix de la fourniture ».

La Cour de justice a précisé les conditions dans lesquelles ces dispositifs pouvaient justifier l'introduction ou le maintien de TRV, dans son arrêt précité *Federutility* du 20 avril 2010, en réponse à une question préjudicielle d'une juridiction italienne l'interrogeant sur la conformité à la directive 2003/55 des TRV du gaz naturel. Tout en reconnaissant que de tels tarifs

constituent des obligations du service public de l'énergie : les missions de fourniture de secours d'électricité (article n° L. 333-3 C. de l'énergie), de fourniture de secours et de dernier recours de gaz (article L. 121-32 du Code de l'énergie). L'on signalera, sur ce point, que la désignation obligatoire d'un fournisseur de dernier recours au titre du service universel fait partie de la proposition de réforme destinée à améliorer l'organisation du marché de l'électricité que la Commission a présentée le 14 mars 2023 (COM (2023) 148 final).

⁴⁹³ Ceci paraît pouvoir se justifier par le fait qu'il n'existe pas *de facto* d'universalité de la desserte en gaz. Par ailleurs, « les secteurs de l'électricité et du gaz demeurent très différents ([dans la mesure où] l'électricité est considérée comme un bien de première nécessité non substituable, alors que le gaz est au contraire une énergie substituable, c'est-à-dire qui peut être remplacée par une autre pour la quasi-totalité de ses usages » (M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie, op. cit.*, p. 254).

⁴⁹⁴ Considérant 44 de la directive 2009/73 : « il est important que des normes minimales communes, respectées par tous les États membres, soient fixées dans la présente directive, en prenant en compte les objectifs de la protection des consommateurs, de la sécurité d'approvisionnement, de la protection de l'environnement et de l'égalité des niveaux de concurrence dans tous les États membres ».

⁴⁹⁵ Bien que l'ampleur du phénomène soit variable d'un État membre à l'autre, les ordres de grandeur qui le caractérisent à l'échelle de l'Union sont vertigineux : sur la période 2019-2021, les prix ont enregistré une hausse 429 % sur le marché de gros du gaz et de 230 % sur le marché de gros de l'électricité (voy. C. BOITEAU et P. GEOFFRON, « Hausse du prix de l'électricité et tarif réglementés de vente de l'électricité », *Le club des juristes*, 14 octobre 2021, blog.leclubdesjuristes.com).

⁴⁹⁶ M. BELLO, « Tarification de l'énergie sur le marché réglementé et constitution du prix sur le marché dérégulé », *Concurrences* 2009/4, p. 15 ; M. CACCIALI, « Le maintien des tarifs réglementés d'électricité et de gaz », *RFDA*, 2017, p. 268 ; E. DURAND, « L'énergie à quel(s) prix », in B. LE BAUT-FERRARESE (dir.), *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 61-86.

⁴⁹⁷ CJ, 7 septembre 2016, *ANODE*, C-121/15, point 32.

constituent une « entrave à la réalisation du marché intérieur de gaz » (point 35 de l'arrêt) la Cour a admis le principe de l'existence des TRV en la subordonnant à trois conditions de fond. En premier lieu, les fournitures aux TRV doivent être justifiées par un motif d'intérêt économique général tenant, en particulier, à assurer que le prix de la fourniture au consommateur final soit maintenu à un niveau raisonnable (point 32)⁴⁹⁸. En deuxième lieu, ces mesures tarifaires doivent respecter le principe de proportionnalité. Cela suppose que les mesures tarifaires soient limitées dans le temps (point 35)⁴⁹⁹ et qu'elles n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt économique général poursuivi. La Cour précise, sur ce point, que l'exigence de proportionnalité doit également s'apprécier au regard du champ d'application personnel du dispositif, (point 39) et préconise de tenir compte de la différence de situation qu'il existe entre les consommateurs domestiques et les entreprises, ainsi que des différences de situations entre entreprises selon leur taille (points 40 et 41)⁵⁰⁰. En dernier lieu, les mesures par lesquelles les États interviennent pour fixer le prix de la fourniture doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires, contrôlables et garantir aux entreprises de gaz un égal accès aux consommateurs (point 47).

307. Cette jurisprudence, dont la sévérité a provoqué une remise en question des TRV au sein des États membres⁵⁰¹, a été reprise et prolongée par la directive 2019/944 en ce qui concerne le marché de l'électricité⁵⁰². Plus précisément, l'article 5 de la directive 2019/944 consacre un double niveau d'encadrement des TRV.

⁴⁹⁸ Reprenant les enseignements de la jurisprudence *Federutility*, et après avoir posé une question préjudicielle à la Cour de justice (CJ, 7 septembre 2016, *ANODE*, précité), le Conseil d'État français a estimé que cette condition n'avait pas été remplie au sujet de l'introduction des TRV du gaz, que le Gouvernement justifiait par l'objectif d'intérêt économique général de maintenir les prix à un niveau raisonnable, d'assurer la sécurité d'approvisionnement et de favoriser la cohésion territoriale (CE, Ass., 19 juillet 2017, n°370321, *ANODE*). En particulier, le caractère substituable du gaz, le fait qu'une part importante du territoire national ne soit pas desservi par des réseaux gaziers et le constat suivant lequel le prix du marché étaient plus stables que le niveau des TRV ne suffissent pas à caractériser l'existence de besoins d'intérêt économique général au sens de la jurisprudence *Federutility*.

⁴⁹⁹ Sur ce point, la Cour relève que « la [simple] mention dans le droit national (...) du caractère transitoire de l'intervention ne peut, à elle seule, suffire pour constater son caractère proportionné du point de vue de sa durée » (point 35). Ce critère a conduit le Conseil d'État français à censurer les TRV d'électricité : quand bien même le juge administratif admet que de tels tarifs poursuivent l'objectif d'intérêt économique général de stabilité des prix, il retient que le caractère permanent des tarifs réglementés ne répond pas aux exigences de la jurisprudence *Federutility* (CE, 18 mai 2018, n° 413688 et 414656, *Société Engie et ANODE*).

⁵⁰⁰ En ce sens, la Cour invalide le dispositif de tarification réglementée pour la fourniture en gaz instauré par la Pologne, en relevant qu'il bénéficie à un cercle non défini de client, sans distinction entre les clients résidentiels et les clients non résidentiels, ni de distinction en fonction des situations particulières rencontrées au sein des différentes catégories de clients (CJ, 10 septembre 2015, *Commission c. Pologne*, précité, points 61 et s.).

⁵⁰¹ En France, la loi « NOME » (n° 2010-1488 du 7 décembre 2010) a prévu à l'échéance du 31 décembre 2015, une disparition des tarifs réglementés applicables aux entreprises et grands consommateurs d'électricité. Les tarifs réglementés à destination des autres consommateurs sont, quant à eux, maintenus, mais leur champ d'application a été restreint par la loi relative à l'énergie et au climat du 8 novembre 2019 (n° 2019-1147) : ces tarifs ne bénéficient, à leur demande et pour une puissance n'excédant pas 36 kilovoltampères, qu'aux consommateurs domestiques et aux consommateurs non domestiques employant moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires est inférieur à 2 millions d'euros. Par ailleurs, et pour répondre aux exigences de la jurisprudence *Federutility*, le dispositif est assorti d'une obligation de réexamen périodique. Dans le domaine du gaz, la loi « consommation » (n° 2014-344 du 17 mars 2014) avait organisé une disparition progressive des tarifs réglementés pour la vente de gaz entre 2014 et 2015, ce qu'entérine la loi relative à l'énergie et au climat du 8 novembre 2019 (n° 2019-1147, article 63) : à l'issue d'une période transitoire courant jusqu'au 30 juin 2023, plus aucun consommateur de gaz naturel ne bénéficiera de TRV.

⁵⁰² Sur cette question : M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie, op. cit.*, pp. 334-336 ; C. LE BIHAN-GRAF et P. HEDDI, « L'encadrement des tarifs réglementés de vente par le droit de l'Union européenne : vraie évolution, fausse révolution », *Énergie-Env.-Infr.*, juin 2019, dossier 24.

Le premier concerne les clients résidentiels vulnérables ou en situation de précarité énergétique. Même si la directive indique que les États membres doivent assurer la protection de ces consommateurs « grâce à une politique sociale ou par d'autres moyens que des interventions publiques dans la fixation des prix » (par. 3), elle admet, par dérogation, que les États puissent faire bénéficier ces clients vulnérables de TRV, sous réserve de respecter plusieurs conditions principalement issues de la jurisprudence de la Cour de justice. L'instauration de tarifs réglementés doit, ainsi, poursuivre un objectif d'intérêt général et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ; les mesures instaurant ces tarifs doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires, vérifiables, et garantir aux entreprises d'électricité de l'Union européenne un égal accès aux clients ; ces mesures doivent être limitées dans le temps et proportionnées en ce qui concerne leurs bénéficiaires (par. 4). S'y ajoute une nouvelle condition, tenant à ce que l'instauration de tarifs réglementés n'entraîne pas de coûts supplémentaires pour les acteurs du marché d'une manière discriminatoire (par. 5).

Le deuxième niveau d'encadrement concerne, plus généralement, les TRV que les États peuvent introduire ou maintenir pour les clients résidentiels et les microentreprises (par 6). Sur ce point, la directive est autrement plus stricte, puisqu'elle ajoute sept nouvelles conditions à celles précédemment citées (par. 7). Le but est de limiter les effets négatifs des tarifs réglementés sur le développement de la concurrence, même lorsque les conditions de recours à de tels tarifs sont remplies⁵⁰³. Ainsi, par exemple, la directive impose que le dispositif garantisse que tous les consommateurs bénéficiant d'un tarif réglementé aient la possibilité de choisir des offres du marché concurrentielles et soient directement informés, au moins tous les trimestres, de l'existence d'offres et des économies possibles sur le marché concurrentiel, et qu'ils bénéficient d'une assistance pour passer à une offre fondée sur le marché. Par ailleurs, la directive précise la méthode de calcul des TRV, lesquels devront être : fixés à l'aide d'une méthode garantissant un traitement non discriminatoire des fournisseurs ; établis à un prix supérieur aux coûts, à un niveau permettant une concurrence tarifaire effective ; conçus de façon à réduire au minimum tout impact négatif sur le marché de gros de l'électricité.

Enfin, la directive instaure un mécanisme de surveillance des tarifs réglementés, en obligeant les États membres à les notifier à la Commission, dans le mois suivant leur adoption (par. 8).

b) La protection des droits des consommateurs d'énergie

308. Conséquence inéluctable de la libéralisation de la fourniture d'électricité et de gaz, le droit de l'Union a renouvelé le rapport qui se noue entre l'énergie et ceux qui la consomment. Au mieux, ces derniers étaient-ils traditionnellement placés, si l'on peut dire, en « bout de chaîne » d'organisations nationales fortement monopolistiques et contraintes par la tutelle des pouvoirs publics. Mais la libéralisation du secteur des énergies de réseaux a modifié radicalement cet état des choses. L'effet attractif du processus d'ouverture à la concurrence a engendré une novation de la figure de l'utilisateur vers celle du consommateur, désormais pleinement investi des potentialités offertes par le marché libéralisé de l'énergie, mais également soumis aux menaces de celui-ci⁵⁰⁴.

Or, le droit de l'Union en général, et les règles sectorielles du marché des énergies de réseaux en particulier, tiennent pleinement compte des enjeux de protection des consommateurs

⁵⁰³ C. LE BIHAN-GRAF et P. HEDDI, « L'encadrement des tarifs réglementés de vente par le droit de l'Union européenne : vraie évolution, fausse révolution », *op. cit.*

⁵⁰⁴ Quelques considérations suffiront à s'en convaincre : à la libéralisation du secteur de l'énergie, marquée par la multiplications d'offres disparates pour un produit pourtant homogène, s'est accompagnée la nécessité d'assurer la transparence, la vérité des prix et la pleine information des consommateurs ; au développement de

qu'appelle l'ouverture à la concurrence de la fourniture d'énergie. Plus encore, l'essentiel des règles en la matière a été progressivement repolarisé par l'objectif de protection des consommateurs⁵⁰⁵, de sorte que ce serait désormais en étant « axés sur les consommateurs »⁵⁰⁶ que seront conçues les règles européennes gouvernant le marché de l'énergie. Devenue le « centre de gravité de la libéralisation »⁵⁰⁷, la protection des consommateurs inspire visiblement la conception des règles régissant le marché de l'énergie, dont *a fortiori* celles qui intéressent la fourniture d'électricité et de gaz. Le droit de l'Union dispose de mécanismes de protection générale bénéficiant à l'ensemble des consommateurs d'énergie (1°), et accorde, de surcroît, une attention spécifique aux plus précaires d'entre eux (2°).

1° La protection générale des consommateurs d'énergie

309. Par-delà le champ des règles sectorielles intéressant le marché des énergies de réseau, le consommateur d'énergie peut revendiquer le bénéfice des mécanismes protecteurs du droit européen de la consommation – à l'instar des règles relatives à l'interdiction des clauses abusives⁵⁰⁸ ou aux pratiques commerciales déloyales⁵⁰⁹ – autant qu'au sein de dispositifs transversaux du droit de l'Union européenne qui ne s'y rapportent pas exclusivement⁵¹⁰. Pour importantes qu'elles soient, ces règles générales ne singularisent cependant pas le consommateur d'énergie, mais indique seulement que celui-ci peut jouir des droits et protections propres à sa qualité même de consommateur.

S'agissant plus spécifiquement de la consommation d'énergie, force est de constater que les directives de libéralisation ont singularisé sa protection, au travers d'un double mouvement de spécialisation des règles de protection lui étant dédiées, et d'une mise en cohérence interne à celles-ci. Spécialisation, d'abord, en ce que les directives de libéralisation successivement adoptées dans les secteurs du gaz et de l'électricité ont progressivement dégagé les garanties minimales dont les consommateurs desdites énergies doivent bénéficier, ce qui singularise, dans le même mouvement, leur régime de protection en droit de l'Union européenne. Mise en

nouvelles technologies à disposition de ceux-ci, s'est imposée la protection de leurs données personnelles, de leur santé et de leur sécurité ; à l'avènement d'un contexte concurrentiel au sein d'un secteur qui ne s'y prêtait pas spontanément, s'est accentuée la nécessité d'assurer que les consommateurs ne soient pas victimes de pratiques anticoncurrentielles ou déloyales ; etc. Sur ce point : B. LE BAUT-FERRARESE et E. DURAND, « Le consommateur d'énergie », *op. cit.*

⁵⁰⁵ Une telle repolarisation est particulièrement visible dans les règles relatives au marché de l'électricité : tandis que le consommateur n'était envisagé qu'à titre tout à fait anecdotique dans le corps même des premières directives sur le sujet (à peine cinq occurrences du terme « consommateurs » pouvaient être recensées dans la directive 96/92), et que ses droits étaient égrenés au fil de dispositifs qui ne le concernaient qu'indirectement dans les textes qui ont suivi (ainsi, la directive 2003/54 ne mentionnait la protection des consommateurs qu'en tant que motif capable de justifier que les États limitent certains aspects de la libéralisation du secteur de l'énergie), la directive 2019/944, non seulement contient un chapitre spécifiquement dédié à l'« autonomisation [et la] protection des consommateurs (articles 10 et s.), mais focalise sa première disposition substantielle sur les règles des « [m]archés de l'électricité concurrentiels, axés sur les consommateurs, souples et non discriminatoires » (article 3).

⁵⁰⁶ Article 1^{er} de la directive 2019/944.

⁵⁰⁷ M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie, op. cit.*, p. 308.

⁵⁰⁸ Héritées en grande partie de la directive 93/13 du 5 avril 1993, ces règles trouvent pleinement à s'appliquer aux contrats de fourniture d'énergie (voy. par exemple : TGI Paris, 30 octobre 2018, *UFC Que choisir ? c. EDF*).

⁵⁰⁹ Voy., pour une application au secteur de l'énergie de la directive 2005/29 du 11 mai 2005 encadrant les pratiques commerciales déloyales : CJ, 25 juillet 2018, *Dyson Ltd, C-362/16*.

⁵¹⁰ Par exemple : en France, au visa du règlement général sur la protection des données personnelles (règlement 2016/679 du 27 avril 2016), la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés a mis en demeure les sociétés Direct Énergie (décision n° 2018-007 du 5 mars 2018), EDF (décision n° 2019-035 du 31 décembre 2019) et Engie (décembre n° 2019-036 du 13 décembre 2019) pour une utilisation frauduleuse des données de consommation *via* le dispositif de compteur intelligent *Linky*.

cohérence, ensuite, en ce que ces dispositifs, bien qu'éclatés entre deux corps de règles (celles relatives au marché de l'électricité, d'une part, et celles relatives au marché du gaz, d'autre part), tendent visiblement à s'agréger autour de principes communs, au point qu'il semble permis d'en inférer les prodromes d'un socle européen des droits du consommateur d'énergie⁵¹¹.

D'abord, le droit sectoriel garantit la liberté de choix des consommateurs d'énergie, en protégeant leur droit de changer librement et gratuitement de fournisseur⁵¹². Ensuite, ce droit éclaire l'exercice de cette liberté de choix, par l'instauration de mécanismes d'information quant à la nature de l'énergie fournie⁵¹³, à la structuration de ses prix⁵¹⁴, à la comparaison des offres de fournisseurs⁵¹⁵. Enfin, il protège l'acte de consommation, en veillant entre autres : à ce que les consommateurs soient avisés suffisamment tôt de l'intention des fournisseurs de modifier les contrats conclus⁵¹⁶ ; à ce qu'ils accèdent gratuitement à leurs données de comptage et ce, pour qu'ils puissent notamment réguler leur propre consommation⁵¹⁷ ; à ce qu'ils puissent, dans le même ordre d'idées, participer activement au marché⁵¹⁸ grâce à des systèmes intelligents de mesure, leur permettant d'ajuster leurs usages énergétiques au gré des signaux du marché⁵¹⁹; ou bien encore à ce qu'ils bénéficient de mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends⁵²⁰.

2° La protection spéciale des consommateurs précaires d'énergie

310. Exigence évidemment conjoncturelle⁵²¹, la protection des consommateurs précaires s'impose surtout à l'Union comme une nécessité politique. Elle est la contrepartie de

⁵¹¹ En ce sens : B. LE BAUT-FERRARESE et E. DURAND, « Le consommateur d'énergie », *op. cit.*

⁵¹² Article 12 de la directive 2019/944 ; article 3, par. 6, de la directive 2009/73.

⁵¹³ Dans le domaine de l'électricité, le droit de l'Union européenne impose aux États d'assurer que les fournisseurs indiquent aux clients finals, « la contribution de chaque source d'énergie utilisée par le fournisseur au cours de l'année écoulée d'une manière compréhensible et, au niveau national, clairement comparable » (annexe I de la directive 2019/944). La directive 2009/73 vise quant à elle à ce que les consommateurs soient informés « de leurs droits en matière de fourniture de gaz de qualité définie » (annexe I, point 1, sous g) de la directive 2009/73).

⁵¹⁴ Les directives imposent aux États membres de veiller à ce que les fournisseurs d'électricité (article 18 de la directive 2019/944,) et de gaz (annexe I, par. 1, sous c) de la directive 2009/73) adressent aux consommateurs des informations transparentes relatives aux prix et tarifs pratiqués.

⁵¹⁵ Article 14, par. 1, de la directive 2019/944.

⁵¹⁶ Article 14, par. 4, de la directive 2019/944 ; annexe 1, point 1, sous b) de la directive 2009/73.

⁵¹⁷ Article 20 de la directive 2019/944 ; article 3, par. 6, sous b); directive 2009/73.

⁵¹⁸ La « participation active de la demande », définie par l'article 2 de la directive 2019/944, comme « le changement qu'apporte le client final à sa charge d'électricité par rapport à son profil de consommation habituel ou actuel pour réagir aux signaux du marché », fait l'objet d'un encadrement spécifique dans le domaine de l'électricité, à l'article 17 de la directive 2019/944. Moins aboutie, mais néanmoins consacrée, la « participation active des consommateurs au marché de la fourniture de gaz » fait partie des mesures que les États doivent favoriser par la mise en place de systèmes intelligents de mesure (annexe I, point 2 de la directive 2009/73,).

⁵¹⁹ Consacrant, à son article 21, le « droit de disposer d'un compteur intelligent » et en imposant aux États membres de veiller au déploiement sur leurs territoires de systèmes intelligents de mesure (article 19), la directive 2019/944 indique que l'accès au compteur intelligent permettra aux consommateurs de solliciter un contrat d'électricité à tarification dynamique. L'article 11 de la directive 2019/944 prévoit, en ce cas, que les fournisseurs qui les proposent informent les clients finals des opportunités, des coûts et des risques liés à un tel contrat, et recueillent leur consentement avant la conclusion de celui-ci.

⁵²⁰ Article 26 de la directive 2019/944 ; article 3, par. 9, de la directive 2009/73.

⁵²¹ Pour cause, en 2018, plus de 30 millions d'individus dans l'Union n'étaient pas en mesure de payer les factures des services de base, y compris les factures d'énergie, et risquaient de subir des coupures d'approvisionnement. Situation préoccupante, s'il en est, que la crise sanitaire et la montée massive du chômage qu'elle a engendrée, suivie de l'ouverture du conflit en Ukraine et la hausse considérable des prix de l'énergie qu'elle a provoquée, contribuent déjà visiblement à accentuer (Recommandation 2020/1563 de la Commission du 14 octobre 2020 sur la précarité énergétique).

l'acceptation sociale d'un modèle particulier choisi pour réguler l'accès à l'énergie, à savoir celui d'un marché dans lequel les États n'ont qu'une faible faculté d'intervention. Or, à la moindre hausse de prix, la légitimité d'un tel choix se trouverait fortement hypothéquée si le marché de l'énergie indifférait complètement les situations de précarité les plus alarmantes. Pourtant, le droit de l'Union européenne semble *a priori* faiblement pourvu des instruments de nature à surmonter ces enjeux cruciaux. En substance, les règles du marché intérieur s'opposent à ce que les États interviennent pour juguler la volatilité des prix, quand bien même ceux-ci concerneraient des produits essentiels, à l'instar des produits énergétiques. C'est alors dans le champ restreint des dérogations aux règles du marché intérieur, mais aussi sous la contrainte de celles-ci, que les États membres peuvent chercher à préserver les consommateurs précaires notamment, comme nous le décrivions plus haut, par l'instauration – sous fort contrôle communautaire – de tarifs réglementés de vente⁵²².

Pour autant, il serait exagérément réducteur de s'en tenir à cette posture exclusivement axée sur la protection du marché pour décrire la démarche de l'Union vis-à-vis de la précarité énergétique. Cette préoccupation se projette dans divers instruments juridiques : des contraintes variées pèsent sur les États dans la lutte contre la précarité énergétique au titre de la directive 2010/31 sur la performance énergétique des bâtiments⁵²³ ; du règlement établissant une gouvernance de l'énergie⁵²⁴ ; ou encore de la directive 2012/27 relative à l'efficacité énergétique⁵²⁵.

Plus encore, la montée en puissance des préoccupations liées à la précarité énergétique s'est traduite par l'incorporation de cette notion au sein même de la directive 2019/944 relative au marché intérieur de l'électricité, là où les textes antérieurs évoquaient timidement l'importance de prendre en considération les situations de vulnérabilité de certains consommateurs⁵²⁶. Tout d'abord, le texte pose – l'indicatif valant impératif – en principe que « les États membres assurent la protection des clients résidentiels vulnérables et en situation de précarité énergétique », et ce « grâce à une politique sociale ou par d'autres moyens que des interventions publiques dans la fixation des prix pour la fourniture d'électricité » (article 5, par. 2). Comme nous le disions plus haut, cette disposition souffre d'une dérogation : la possibilité d'intervention des États membres dans la fixation des prix pour la fourniture sous la forme de TRV est admise, lorsqu'elle profite aux consommateurs vulnérables ou en situation de précarité énergétique, sous réserve de réaliser les « critères *Federutility* » tels que

⁵²² Voy. *supra*, n°

⁵²³ Article 2 bis de la directive 2010/31 du 19 mai 2010, telle modifiée par la directive 2018/844 du 30 mai 2018, JO n° L 156, 16 juin 2018, p. 75 : le texte fait obligation aux États membres d'établir une stratégie de rénovation à long terme du parc immobilier nationale, dans laquelle ils doivent fournir une « brève présentations des actions nationales pertinentes qui contribuent à atténuer la précarité énergétique ».

⁵²⁴ Article 3 du règlement 2018/1999 du 11 décembre 2018, JO, n° L 328, 21 décembre 2018, p. 1 : chaque État doit évaluer, dans son plan national intégré en matière d'énergie et de climat, « le nombre de ménages en situation de précarité énergétique » et inclure, si ce nombre est élevé, un « objectif national indicatif de réduction de la précarité énergétique » au sein de ce plan.

⁵²⁵ Article 7, par. 11, de la directive 2012/27 du 25 octobre 2012, telle modifiée par la directive 2018/2002 du 11 décembre 2018, JO, n° L 328, 21 décembre 2018, p. 210 : « Lorsqu'ils élaborent des mesures de politique publique en vue de satisfaire à leurs obligations de réaliser des économies d'énergie, les États membres prennent en considération la nécessité de réduire la précarité énergétique, conformément aux critères qu'ils définissent, et compte tenu de leurs pratiques existantes dans ce domaine, en exigeant, dans la mesure nécessaire, qu'une partie [des mesures adoptées en matière d'efficacité énergétique] soit mise en œuvre en priorité en faveur des ménages vulnérables, y compris ceux qui se trouvent en situation de précarité énergétique et, le cas échéant, dans les logements sociaux ».

⁵²⁶ Il convient de ne pas sous-estimer la portée de cette reconnaissance : les textes antérieurs ne mentionnaient la vulnérabilité des consommateurs qu'au titre de motifs capables de justifier des entraves nationales à la réalisation du marché de l'énergie (voy. par exemple l'article 3, par. 7, de la directive 2009/72) et partant soumis aux contraintes propres à ce dernier (rapp. : CJ, 20 avril 2010, *Federutility*, précité).

repris et prolongés par l'article 5 de la directive 2019/944⁵²⁷. Ensuite, les articles 28 et 29 de cette directive évoquent successivement la situation des « clients vulnérables » – en renvoyant aux États membres le soin d'en définir le concept et en identifiant des mesures autres que tarifaires grâce auxquels ils peuvent en assurer la protection – et le concept de « précarité énergétique » – bien que le texte se borne ici à fournir des orientations sur la façon dont un État membre peut évaluer le nombre de consommateurs précaires sur son territoire.

En creux, loin de se réduire à une posture primitive d'appréhension, par les règles de marché, des politiques nationales en matière de précarité énergétique, le droit européen semble désormais chercher à préempter ces dernières, en se dotant d'outils de nature à assurer une protection, elle-même européenne, du consommateur précaire.

Un pas supplémentaire en ce sens a été accompli en ce sens, avec l'adoption par le Parlement européen et le Conseil, le 13 septembre 2023, de la toute nouvelle directive 2023/1791 relative à l'efficacité énergétique (refonte)⁵²⁸. Elle contient une première définition stabilisée de la précarité énergétique⁵²⁹, même cette définition demeure relativement imprécise et sujette à des variables conjoncturelles peu prévisibles⁵³⁰, tandis que son article 24, intitulé « Autonomiser et protéger les clients vulnérables et réduire la précarité énergétique », impose aux États membres de « prendre les mesures appropriées pour autonomiser et protéger les personnes touchées par la précarité énergétique, les clients vulnérables, les ménages à faibles revenus et, le cas échéant, les personnes vivant dans des logements sociaux »⁵³¹.

⁵²⁷ Voy. *supra*, n°.

⁵²⁸ JO, n° L 231, 20 septembre 2023, p. 1.

⁵²⁹ Il a été souligné que l'absence d'une telle définition indexe fortement la capacité de l'Union à se saisir de cet enjeu. En l'absence de définition homogène de la précarité énergétique, le risque est grand que les États cherchent à échapper aux contraintes qui leur sont adressées par l'Union, en usant de définitions nationales peu engageantes. Sur ce sujet, voy. E. DURAND, « Mesurer la précarité énergétique pour ajuster l'action publique », *Dictionnaire Permanent Droit européen des affaires*, novembre 2022.

⁵³⁰ La précarité énergétique est définie à l'article 2, par. 52, comme : « pour un ménage, le manque d'accès aux services énergétiques essentiels qui assurent des niveaux de base et des niveaux décents de vie et de santé, notamment des systèmes adéquats de chauffage, d'eau chaude, de refroidissement, d'éclairage et d'alimentation des appareils en énergie, compte tenu du contexte national pertinent, de la politique sociale nationale existante et d'autres politiques nationales pertinentes, en raison d'une combinaison de facteurs, y compris, au moins, le caractère inabordable, un revenu disponible insuffisant, des dépenses énergétiques élevées et la faible efficacité énergétique des logements ».

⁵³¹ Le paragraphe 3 énonce six mesures susceptibles d'être mises en œuvre à cet effet par les États membres.