

Les contradictions entre le principe de libre concurrence européen et la volonté d'indépendance énergétique de la France

Fabien Grech

En bâtissant un marché intérieur de l'énergie, en trois étapes (1996-1998, 2003 et 2009), l'Union européenne a joué la carte de la libéralisation. Une politique qui met à mal la conception française de la notion d'intérêt général appliquée au domaine énergétique. Aujourd'hui, force est de constater que les effets espérés par les initiateurs de cette politique ne sont pas au rendez-vous. La responsabilité est partagée entre les États de l'UE, le marché et les monopoles historiques opérant dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

« Le métier de juriste publiciste est appelé – à un moment donné ou à un autre, et qu'il le veuille ou non – à défendre une cause politico-juridique. En d'autres termes, la doctrine juridique est toujours – peu ou prou, consciemment ou inconsciemment – une doctrine militante »¹. En tentant d'établir les contradictions entre la politique européenne de l'énergie et la politique d'indépendance énergétique de la France, cette citation prend une dimension particulière, tant « la situation actuelle semble parfois, si ce n'est conflictuelle, pour le moins contradictoire »². Cela est particulièrement vrai pour les secteurs de l'électricité et du gaz qui ne sont pas des services publics comme les autres car, sur le fondement du préambule de la Constitution du

27 octobre 1946³, ils ont été historiquement des services publics nationaux de premier plan. Aujourd'hui encore, les citoyens français comme « les citoyens européens estiment que le secteur relève de l'intérêt général »⁴. Il est vrai que, dans le domaine de l'énergie, la notion d'intérêt général⁵ est permanente et « automatique », si bien que les juges internes comme européens n'ont jamais rencontré de difficultés pour identifier les activités énergétiques en tant qu'activités de service public. Car l'énergie

1. O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, Paris, novembre 1994, 1^{ère} édition, p. 21.

2. C. Pierret, « Stratégie énergétique commune : clé d'une Europe politique renforcée ? », *Revue de l'énergie* n° 616, novembre-décembre 2013, pp. 481-483.

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

4. M. Derdevet, *L'Europe en panne d'énergie. Pour une politique énergétique commune*, Descartes & Cie, 2009, p. 106.

5. La notion a fait l'objet de recherches remarquables et faisant autorité par D. Linotte (*Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse, Bordeaux I, 1975, 452 pages) et D. Truchet (*Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, thèse, Paris II, 1975, 360 pages).

est indubitablement le « *sang de l'économie industrielle moderne* »⁶ et s'inscrit parfaitement dans le premier cercle des services publics réunissant les activités dont l'intérêt général se confond avec l'intérêt national.

1. La mise en place du marché intérieur européen de l'énergie

De son côté, la construction européenne s'était engagée sur la base des accords sur le charbon, l'acier et l'atome. Mais il a fallu attendre le traité de Lisbonne de 2008 pour que l'énergie fasse expressément son entrée dans le droit primaire, avec un chapitre spécifique composé d'un unique article. Cet article fait entrer un certain nombre de politiques – dont celle du « *bon fonctionnement du marché de l'énergie* » – dans le domaine des compétences partagées, avec application du principe de subsidiarité, tout en laissant aux États le choix de leurs sources, de leurs approvisionnements énergétiques et de leurs conditions d'exploitation. Ce socle intangible, qui prend acte du souverainisme obligé en la matière, explique les importantes disparités des États-membres concernant leur structure énergétique, d'abord en ce qui concerne le nucléaire, puis plus récemment s'agissant de l'exploitation des gaz et huiles de schiste et de la fracturation hydraulique. Ce bloc de compétences réservé aux États constitue probablement un frein à la poursuite d'une véritable politique énergétique commune, si bien que l'Europe de l'énergie, plus que tout autre domaine, ressemble à un « *puzzle* »⁷.

C'est donc principalement par le biais du droit secondaire qu'a été mis en place le marché intérieur de l'énergie, essentiellement sur le fondement des règles du marché intérieur et, dans une moindre mesure, par le truchement d'autres politiques sectorielles, telles que la politique industrielle, la politique d'harmonisation fiscale ou la politique d'aide à la recherche, d'où l'idée de « *fragmentation*

du cadre communautaire et d'un manque de lisibilité de certaines initiatives »⁸. L'Union européenne a étendu les règles du marché intérieur aux secteurs de l'énergie dans le but affiché d'obtenir une « *énergie sûre, compétitive et durable* »⁹. Il faut bien garder à l'esprit que la libéralisation des marchés européens de l'énergie visait en priorité une baisse des prix, partant de l'idée que leur fixation libre par le marché permet de garantir le meilleur prix pour les consommateurs. C'est l'un des éléments fondamentaux de la définition de la sécurité énergétique donnée par le PNUD : la « *disponibilité de l'énergie, à tout moment, sous différentes formes, en quantités suffisantes, et à des prix abordables* »¹⁰. Aussi, cette ouverture à la concurrence a concerné les deux extrémités de la chaîne énergétique que sont la production et la fourniture d'énergie, et non le transport et la distribution. Parce qu'il « *est économiquement irréaliste de dédoubler les lignes électriques et les gazoducs existants* »¹¹, ces fonctions médianes sont comme des monopoles naturels et historiques, et « *constituent des activités stratégiques, incarnant [...] le "cœur" du service public de l'industrie électrique et gazière de chaque pays* »¹².

Pour rappel, le processus s'est réalisé en trois étapes, qui correspondent aux trois paquets réglementaires de 1996-1998, 2003 et 2009.

Le premier paquet a entamé l'ouverture progressive à la concurrence, en la limitant aux consommateurs importants et en la plafonnant à un certain pourcentage du marché. Une première séparation – managériale, comptable et financière – était également prévue entre les activités de transport et de production, tandis que le mécanisme d'accès des tiers au réseau était mis en place.

6. G. Costa-Covet, *Les aspects de la défense économique française dans la politique énergétique - Exemple du pétrole*, thèse, Lyon III, 1996, p. 11.

7. M. Derdevet, *op. cit.*, p. 56.

8. S. Andoura, J. Buzek, J. Delors, A. Vitorino, « La Communauté européenne de l'énergie, c'est maintenant », *Revue de l'énergie* n° 613, mai-juin 2013, pp. 208-209.

9. Livre vert de la Commission sur l'orientation de la politique énergétique du 8 mars 2006.

10. PNUD, *World Energy Assessment*, New York, UNDP, 2000.

11. L. Grard, « Le marché intérieur de l'énergie », *Vers une politique européenne de l'énergie*, actes du colloque du 5 novembre 2010, Paris II (Panthéon-Assas), Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 25-45.

12. M. Derdevet, *op. cit.*, p. 137.

Le deuxième paquet avait étendu le libre choix du fournisseur à tous les clients professionnels, collectivités et entreprises, puis aux consommateurs non professionnels à compter du 1^{er} juillet 2007. La séparation des gestionnaires de réseau et de distribution devait être désormais juridique et capitalistique, et la mise en place d'autorités nationales de régulation était prévue, le tout avec un certain nombre de dispositions protectrices pour le consommateur.

Le troisième paquet a achevé la séparation – patrimoniale cette fois (*ownership unbundling*) – des réseaux de transport des structures de production et de distribution, et a poursuivi son œuvre de construction organique et institutionnelle : renforcement des pouvoirs des autorités de régulation nationales, création d'un réseau européen des gestionnaires de transport, création d'une agence de coopération des régulateurs de l'énergie. On notera que le pétrole a échappé à ce processus d'ouverture à la concurrence car ce secteur n'est pas une industrie de réseau. Pour autant, les monopoles pétroliers existants ont été aménagés sur le fondement des règles sur les monopoles commerciaux et en matière d'importation.

2. Un système européen qui a ses limites

Il résulte un panorama électrique et gazier profondément modifié et l'Union européenne est parvenue, malgré les réticences internes – idéologiques, politiques, syndicales, etc. –, à mettre en place un système relativement abouti, le tout en moins de 30 ans, ce qui est peu à l'échelle de la vie des États. Qu'en est-il précisément aujourd'hui ? Quel pourrait être le bilan à ce stade, étant entendu que « *la concurrence plus intense engendrée par la libéralisation était supposée faire baisser les prix pour les consommateurs* »¹³ ? Force est de constater un échec et, ainsi que le relève M. Derdevet, « *la déception fait place aux promesses dans bien des cas : hausse des*

prix, amélioration relative ou détérioration de la qualité pour le consommateur, faiblesse des investissements, aggravation des risques, ou du moins des menaces sur la sécurité d'approvisionnement »¹⁴. Il est vrai que les annonces d'augmentation des prix sont fréquentes et presque monotones. Entre 2008 et 2013, l'augmentation des prix de détail de l'électricité pour les ménages européens et les industriels a été respectivement de 27 et 24 %, soit une moyenne de + 5 et + 4,5 % par an ; et certains prédisent une continuation de cette tendance dans les années à venir. À cela, il est fait un certain nombre d'objections qui sont autant de justifications ayant vocation à exonérer l'Union européenne de sa responsabilité en la matière : il convient de les analyser.

C'est tout d'abord « *la faute aux prix des matières premières* », qui déterminent pour beaucoup les prix du marché, si bien qu'il serait devenu difficile de « *dénouer ce qui relève de la montée des prix des matières premières (pétrole, gaz...) sur le marché mondial de l'effet induit par l'ouverture des marchés* »¹⁵. L'argument est d'autant plus glissant que, sous l'effet combiné des récentes décisions de l'OPEP et de la compétitivité de l'exploitation des hydrocarbures non conventionnels aux États-Unis, les prix des matières premières se trouvent exceptionnellement bas. Malgré tout, la Commission fait à nouveau valoir que « *les prix de l'énergie ne baisseront pas nécessairement, car ils dépendent en partie des cours mondiaux des carburants, dont le pétrole, le charbon et le gaz, qui sont impossibles à maîtriser* »¹⁶. Cette difficulté à maîtriser les cours mondiaux est bien réelle et c'est précisément la raison pour laquelle, à la suite des crises pétrolières des années 1970, les efforts ont redoublé (ou ont été initiés) en matière nucléaire de la part d'un certain nombre d'États européens, la France en tête. Alors que « *notre maîtrise technique de la filière du nucléaire est remarquable* »¹⁷,

14. M. Derdevet, *op. cit.*, p. 105.

15. *Ibid.*, p. 128.

16. « Une énergie durable, sûre et abordable pour les Européens », *Comprendre les politiques de l'Union européenne, Énergie*, G. Oettinger, Commission européenne, Bruxelles, juin 2014, p. 9.

17. C. Pierret, *loc. cit.*, p. 483.

13. G. Hossie, A. Rigard-Cerison, « Comment faire face à la crise du système électrique européen », *Revue de l'énergie* n° 618, mars-avril 2014, pp. 101-103.

ces efforts auraient-ils été poursuivis en vain ? Bien sûr, la compétitivité du nucléaire dépend et dépendra de plus en plus « *du coût de construction et du coût d'exploitation des centrales nucléaires* »¹⁸ et un certain nombre des fleurons français dans ce domaine, comme Areva, connaissent des difficultés financières importantes. Mais, dans tous les cas, il serait regrettable que le potentiel nucléaire français ne serve pas à neutraliser l'impact des cours mondiaux sur les prix des énergies électriques et gazières.

3. Les responsables : le marché, les États, les monopoles

C'est ensuite « la faute des États ». L'argument n'est pas nouveau puisqu'en juin 2005 déjà la Commission avait estimé que si le marché ne fonctionnait qu'imparfaitement, c'est parce qu'il « *subsist[ait] des entraves au libre jeu de la concurrence* »¹⁹. Près de dix ans plus tard, en dépit des avancées notables enregistrées, elle persiste à voir le verre à moitié vide en considérant que « *de nombreuses règles nationales entravent encore le développement des entreprises transfrontières* »²⁰. Il en résulte immanquablement des « *tensions entre l'Union et les États-membres* »²¹, dans le contexte « *d'un retour en force des nationalismes énergétiques* »²². Les entraves étatiques sont visiblement nombreuses : marchés nationaux autant concentrés qu'avant la libéralisation ; séparation insuffisante du réseau et de la distribution ; manque de transparence du marché ; formation des prix complexe ; etc.

18. J. Maire, « Coût(s) et prix de(s) l'énergie(s) », *Revue de l'énergie* n° 614, juillet-août 2013, pp. 281-286.

19. Communication de la Commission, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité (rapport final), COM (2006) 851.

20. « Une énergie durable, sûre et abordable pour les Européens », *loc. cit.*, p. 6.

21. L. Idot, « La concurrence », *Vers une politique européenne de l'énergie*, actes du colloque du 5 novembre 2010, Paris II (Panthéon-Assas), Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 47-79.

22. S. Andoura, J. Buzek, J. Delors, A. Vitorino, *op. cit.*

Ces griefs peuvent étonner de prime abord, dans la mesure où les États-membres avaient atteint et même dépassé les pourcentages de marché devant être ouverts à la concurrence. Comment cette avancée s'est transformée en retard ? On se doutait que ces doléances n'avaient d'autre but que de parvenir à une conclusion qui s'impose d'elle-même : « *il faut donc renforcer la concurrence* »²³. Cette foi inébranlable en la main invisible se traduit par un jusqu'au-boutisme obligé et jamais occulté. Par conséquent, « *c'est en finalisant l'intégration d'un marché intérieur de l'énergie compétitif et intégré de dimension européenne que les opérateurs énergétiques industriels pourront enfin être compétitifs à l'échelle européenne et internationale, et que les ressources énergétiques pourront être optimisées au mieux au sein de l'UE* »²⁴. Soit. Mais la question n'est-elle pas de savoir s'il faut l'encadrer plus que la renforcer ?

C'est plus précisément « la faute aux tarifs réglementés » qui « *sont si bas par rapport à ceux du marché qu'ils empêchent complètement son ouverture* »²⁵. Pour la Commission, « *les prix du gaz et de l'électricité pour les entreprises, fixés par les gouvernements [...] sont un exemple* »²⁶ des entraves qu'elle déplore. Ces tarifs régulés sont devenus inférieurs aux prix de marché à terme comme aux prix de marché de court terme (*power next day ahead*). Le paradoxe est saisissant : alors que l'ouverture à la concurrence était présentée comme la condition *sine qua non* d'une baisse des prix, ce sont les tarifs réglementés qui assurent le maintien aux niveaux les plus bas. Et pourtant, ce sont bien eux qui sont attaqués puisque les différents tarifs réglementés de gaz et d'électricité ont été annulés par le Conseil d'État, sur requête des tiers au réseau, en se fondant sur la libre et égale concurrence et au visa des directives européennes y afférentes. Là encore, la raison avancée est que les tarifs réglementés brident les investissements nécessaires, seuls capables

23. Comprendre les politiques de l'UE, p. 6.

24. S. Andoura, J. Buzek, J. Delors, A. Vitorino, *op. cit.*

25. Commission (euractiv.fr).

26. *Une énergie durable, sûre et abordable pour les Européens, loc. cit.*, p. 6.

de faire baisser les prix à terme par l'effet du libre jeu du marché.

On reproche aussi les aides d'État et, plus largement, tout soutien à caractère public susceptible de fausser la concurrence. On sait que les énergies renouvelables sont un secteur particulièrement aidé mais, si ces aides appartiennent au domaine du volontarisme, c'est précisément parce que l'Union européenne a donné des objectifs chiffrés concernant le développement de ce secteur. Ces énergies nouvelles, *hors du marché*, sont subventionnées grâce à des ressources ponctionnées *sur le marché*, c'est-à-dire auprès du consommateur final : en payant plus cher, c'est bien lui qui apporte le soutien financier aux ENR. Le mécanisme se réalise notamment par le biais de la CSPE qui augmente de facture en facture en fonction des frais et investissements à couvrir, principalement du fait du développement du photovoltaïque. Cette contribution s'élevait à 4,5 € par MWh en 2005 et a atteint 7,5 € en 2010. Jugée encore insuffisante²⁷, l'augmentation s'est par la suite accélérée, le montant passant à 9 € début 2012, à 13,5 € en 2013 et à 16,5 € en 2014, avec une prévision pour 2017 de 21,1 €...

En décortiquant la facture d'électricité, on peut d'ailleurs se demander en quoi un marché entièrement ouvert à la concurrence pourrait avoir un impact substantiel sur les prix. Si l'on met de côté les différentes taxes et contributions qui représentent environ 32 % du prix ainsi que la part réseau qui demeure nécessairement fixe du fait qu'elle rémunère les gestionnaires de réseau ayant conservé le statut de monopole, ce n'est que sur la partie fourniture de la facture que les fournisseurs d'électricité peuvent jouer. La fenêtre de tir n'est donc pas si grande, sauf à ouvrir la place occupée par les « impositions de toutes natures » en engageant une véritable politique d'harmonisation fiscale. L'affaire n'est pas mince et l'on sait les difficultés de l'Union à la concrétiser.

Enfin, n'oublions pas « la faute des monopoles » longtemps qualifiés d'historiques.

27. Ainsi que l'estimait la Cour des comptes dans son rapport *La compensation des charges du service public de l'électricité* en février 2011.

Deux visions s'affrontent, avec des passerelles, dans la mesure où les grands énergéticiens conservent une forme hybride privée/publique.

Ceux qui veulent déplacer le curseur vers le privé reprochent logiquement un maintien sous contrôle public des grandes entreprises énergétiques : la récente nomination par décret de Jean-Bernard Lévy au poste de P-DG d'EDF abonde dans leur sens. Les méga-fusions opérées ces dix dernières années dans la plupart des pays européens répondent à une volonté des gouvernants de fabriquer leur *champion*, sur fond de patriotisme économique et énergétique, qui révèle « *une politique de consolidation de position sur les marchés nationaux* »²⁸. Le résultat est une situation de quasi-monopole qui laisse effectivement peu de place aux concurrents, particulièrement dans le domaine de la distribution. Le phénomène est d'autant plus vrai quand on sait que ces grandes entreprises ont bénéficié de financements publics pour leur restructuration et qu'elles entendent bien occuper le marché subventionné du renouvelable.

D'un autre côté, certains font valoir que l'ouverture à la concurrence a eu pour effet de remplacer les monopoles historiques par de nouveaux monopoles, privés ceux-là, qui n'ont de relation avec les États que dans la mesure où ils « *l'emportent [sur eux] dans la définition de la politique énergétique* »²⁹.

On pourrait naturellement multiplier les sujets de discorde qui opposent les décideurs, comme ils opposent les juges internes et européens dans le cadre du fameux « dialogue des juges ». Mais c'est sans doute sur le plan extérieur que l'Union européenne devrait – urgemment – trouver des remèdes. Lors du dernier forum Énergie qui s'est tenu à Nice du 27 au 29 novembre 2014, les participants venus de tous horizons et de tous pays ont unanimement appelé de leurs vœux un retour à la normale des relations entre l'Europe et la Russie, avant que cette dernière ne se tourne définitivement vers la Chine. ■

28. M. Derdevet, *op. cit.*, p. 150.

29. *Ibid.*, p. 106.