



Christine Le Bihan-Graf'

Avocate spécialisée dans les activités industrielles

« Le droit de l'énergie doit accompagner l'évolution de la réalité et non la forcer »²

Sur le plan législatif et réglementaire, l'automne promet d'apporter de grandes modifications pour le droit de l'énergie, à commencer par l'adoption de la loi programme sur la transition énergétique. Dans le même temps, le Code minier fait l'objet d'une refonte. Sur ces différentes questions, il paraît essentiel de parvenir à une clarification des règles pour les opérateurs en premier lieu afin de leur permettre d'engager, en connaissance de cause, les investissements nécessaires pour l'énergie future.

La Revue de l'Énergie: *Vous avez participé à la rédaction du Code de l'énergie appelé à devenir un document de référence pour les praticiens de l'énergie. Quelle est l'originalité de cet instrument attendu depuis 2011?*

Christine Le Bihan-Graf: L'originalité de cet ouvrage est d'abord de rendre accessible au public l'ordonnance du 9 mai 2011 codifiant la partie législative du Code, en l'accompagnant de commentaires pédagogiques permettant d'éclairer la compréhension des textes et de les illustrer en citant les jurisprudences principales

1. Christine Le Bihan-Graf est, depuis avril 2012, avocate associée au cabinet De Pardieu Brocas Maffei où elle a créé un département dédié aux activités industrielles. Membre du Conseil d'État depuis 1998, agrégée de philosophie, diplômée de l'ENA (1996, Promotion Valmy), elle a exercé de hautes fonctions au sein de l'administration : directeur, adjoint au directeur général de la Fonction publique et de la réforme de l'État auprès du Premier ministre (2003-2006), secrétaire général du ministère de la Culture et de la Communication (2006-2008) et directeur général de la Commission de la régulation de l'Énergie (2008-2011). Co-auteur du *Code de l'énergie* aux Éditions Lexis Nexis (2013), elle est aussi l'auteur de *Les grands problèmes de l'éthique* aux Éditions du Seuil (1997).

intervenues ou les délibérations pertinentes du régulateur.

Ensuite, le choix a été fait de compiler dans une deuxième partie les actes, décrets et arrêtés. Ce choix permet au lecteur de préciser sa compréhension des textes législatifs au travers de leurs modalités d'application, dans la mesure où la codification de la partie réglementaire n'a pas encore été effectuée. Cette compilation du corpus des textes réglementaires préfigure en tout cas le travail très substantiel qui reste à réaliser pour achever la codification.

La masse des informations rassemblées fait de ce Code un instrument unique pour les praticiens du droit de l'énergie, mais aussi pour tous ceux qui veulent en comprendre les subtilités et s'initier à ce droit. Même en faisant abstraction des commentaires, on mesure, rien qu'en soupesant le Code, le caractère foisonnant de ce droit, et sans doute l'importance du choc de simplification qu'il faudrait conduire

2. Interview recueillie par Jean-Louis Lemarchand et Paul-François Trioux. Les textes en exergue sont de la rédaction.

à terme, même si, en ces matières, la règle est plutôt l'inflation normative.

RdE: *Le Code de l'énergie n'aurait-il pas davantage de cohérence s'il incluait les aspects juridiques ayant trait au nucléaire et qui sont du ressort du Code de l'environnement?*

CLB-G: Dans son ordonnance du 9 mai 2011, le gouvernement, au moment des grandes options de la codification, a voulu que le droit applicable aux installations nucléaires soit versé dans le Code de l'environnement. Ce choix politique est conforme à l'avis rendu en 2011 par le Conseil supérieur de l'énergie qui considérait que les dispositions relatives aux installations nucléaires et à la politique d'information du public formaient un ensemble cohérent ayant vocation à se retrouver au sein du Code de l'environnement³.

De ce fait, il est vrai que la cohérence du Code n'est pas parfaite. Toutes les productions énergétiques sont, en effet, dans le Code (hydro-électricité, énergies renouvelables, pétrole, énergies conventionnelles), sauf l'énergie nucléaire qui représente pourtant près de 80% de la production brute totale d'énergie. Nous avons remédié partiellement à cette lacune en insérant, en annexe du Code commentée, les dispositions législatives relatives au nucléaire, mais ce n'est qu'une solution d'attente.

Toutefois, ce choix politique ne semble pas être remis en cause pour le moment puisque, lors des états généraux de la modernisation du droit de l'environnement qui se sont tenus le 25 juin 2013, la question de la pertinence de la place de l'énergie nucléaire dans le Code de l'environnement plutôt que dans le Code de l'énergie n'a pas été soulevée.

RdE: *Dans le même ordre d'idée, comment s'articulera le Code de l'énergie avec le Code minier actuellement l'objet d'une refonte?*

CLB-G: Aujourd'hui, le seul point d'adhérence entre ces deux Codes concerne la recherche et l'exploitation des gites contenant du gaz naturel et du pétrole qui sont régies par les dispositions du livre I^{er} du Code minier, les titulaires des concessions de stockage assurant leur activité conformément aux dispositions du livre II du même Code.

*« L'indépendance des Codes
– minier et de l'énergie –
permet de réformer l'un
sans modifier l'autre »*

Une première refonte du Code minier avait amené le codificateur à revoir la place du stockage au sein de la réglementation relative aux mines (qui leur consacre désormais son livre II) sans remettre en cause la répartition entre les Codes: le Code minier régit les activités d'extraction et de stockage de substances énergétiques, qu'il s'agisse du gaz ou du pétrole, tandis que le Code de l'énergie se consacre aux activités de production d'énergie.

Par suite, toute modification des livres I et II du Code minier aura des incidences sur les opérateurs qui sont, par ailleurs, régis pour leur activité de production d'énergie par le Code de l'énergie, sans toutefois que ces modifications aient une incidence sur la rédaction du Code de l'énergie lui-même.

Ainsi, la réforme actuelle conduite par Thierry Tuot, qui vise à mettre le Code minier en conformité avec la Charte de l'environnement, procédera à une révision des autorisations administratives, qu'il s'agisse des permis de recherche et des titres miniers (nouvelles règles de déchéance, création d'un permis de recherche purement académique sans visée d'exploitation, capacité du titre minier à valoir autorisation au titre d'autres législations comme l'urbanisme ou le défrichement) et envisage la mise en place d'un schéma national contraignant régissant tous les usages du sous-sol qui déterminera les priorités, les techniques

3. Rapport du Conseil supérieur de l'énergie au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du Code de l'énergie.

et les limites de l'exploitation des substances au regard des exigences environnementales, de santé et de sécurité.

Si donc le Code de l'énergie renvoie au Code minier pour la partie recherche et exploration, l'indépendance des deux législations permet de réformer l'un sans modifier l'autre.

RdE: *Comment définiriez-vous la philosophie générale des différentes dispositions législatives et réglementaires composant le Code de l'énergie? Ressort-elle plutôt de la libre concurrence, ligne directrice de l'idéologie européenne depuis près de 20 ans, ou d'une politique administrée, essence même des orientations françaises depuis les années 1950 et réaffirmées récemment par les pouvoirs publics?*

CLB-G: L'intérêt du droit de l'énergie pour ceux qui le pratiquent et ceux qui le découvrent est précisément d'articuler de manière originale la logique politique et la logique d'un marché qui s'ouvre progressivement à la concurrence.

L'énergie est par définition un sujet très politique: l'indépendance énergétique et la sécurité d'approvisionnement sont évidemment des enjeux dont l'État ne peut se désintéresser. Les sujets relatifs à l'énergie sont d'abord des sujets de souveraineté nationale. Le rôle de l'État est précisément de définir une politique énergétique en programmant les investissements nécessaires et en fixant les missions de service public dont sont en charge les différents opérateurs (stockeurs, fournisseurs, transporteurs et distributeurs de gaz ou d'électricité), mais aussi les collectivités territoriales pour la distribution de l'électricité. C'est pourquoi l'énergie n'est pas un domaine communautarisé: chaque État développe librement son mix énergétique et chaque État doit avoir une politique énergétique lisible et susceptible de fournir aux investisseurs des indicateurs stables et clairs.

« L'ouverture des marchés du gaz et de l'électricité à la concurrence est très imparfaite »

La politique du service public de l'énergie doit intégrer l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz à la concurrence depuis la directive « Électricité » de 1996 et sa transposition dans la loi du 10 février 2000, dans la perspective d'un marché unique de l'énergie au plan européen. Cette ouverture devait favoriser l'émergence de nouveaux acteurs du marché et la liberté de choix des consommateurs.

Force est de constater que cette ouverture est aujourd'hui très imparfaite, l'État s'étant contenté le plus souvent de se focaliser sur le prix payé par le consommateur et de garantir, au travers des tarifs réglementés de vente, une relative stabilité des prix, tandis que la période n'a pas été mise à profit pour redéfinir une politique énergétique nationale ou européenne d'ailleurs, ni même de réfléchir sur ce que pourrait être une régulation économique du secteur.

Le Code de l'énergie reflète cette tension et souvent cette indécision. C'est notamment le cas des dispositions de transposition du troisième paquet énergie qui tentent de concilier l'existence d'opérateurs historiques intégrés avec les exigences d'accès non discriminatoires au réseau de transport et d'indépendance de son gestionnaire. C'est aussi le cas sur les tarifs où le libre jeu du marché coexiste durablement avec le maintien de tarifs réglementés. C'est encore ce dilemme qu'exprime la volonté de maintenir des tarifs de vente bas tout en faisant le choix de développer des énergies renouvelables qui bénéficient de tarifs d'achat pesant au final sur la facture des consommateurs et obligeant à revoir la gestion du réseau et à mettre en place un marché de capacités.

Une profonde instabilité législative et réglementaire, voire tarifaire, qui n'est pas toujours propice au développement économique, découle de cette difficulté à effectuer des choix clairs au profit de compromis ponctuels ou de synthèses entre des intérêts contradictoires.

RdE: *Lors du lancement des travaux du débat national sur la transition énergétique, vous aviez exprimé votre confiance dans la capacité de ce processus démocratique de concertation*

à déboucher sur des choix à long terme clairs et acceptés par l'opinion publique. Vous restez dans le même état d'esprit aujourd'hui à l'heure des synthèses des débats?

CLB-G : Il me semble, en effet, qu'un débat sur la transition énergétique est une bonne chose en soi.

L'énergie est un sujet technique et complexe sur lequel un effort de pédagogie est indispensable. Par ailleurs, les choix en la matière sont politiques et il est donc indispensable qu'un consensus démocratique se dégage, ce qui passe par une discussion à la fois sur les choix qui sont devant nous et sur le coût des scénarios possibles. On discute aujourd'hui trop souvent de questions de principe sans informer le citoyen du coût de ces choix et sans lui demander s'il est prêt à en payer le prix. C'est particulièrement net en Allemagne où l'adhésion des citoyens au virage énergétique que représente l'abandon pur et simple du nucléaire au profit du développement accéléré des énergies renouvelables se fissure face au coût induit par ce choix.

Enfin, il ne me semble pas possible de reprocher aux pouvoirs publics l'absence d'une politique énergétique claire et de rejeter l'idée même d'un débat sur le fait de savoir quelles doivent être les grandes orientations de cette politique.

Cependant, si le débat est souhaitable, il ne faut pas se tromper sur la méthode, dès lors que l'on souhaite, au-delà des discussions, aboutir à des consensus.

Il me semble que tout scénario d'avenir doit prendre en compte trois objectifs qui sont aussi des contraintes : garantir la sécurité d'approvisionnement en énergie, protéger la compétitivité de l'économie et promouvoir une économie décarbonée. Ces trois objectifs doivent être hiérarchisés ou pondérés dans des scénarios. Ainsi, il n'est possible de garantir la compétitivité-prix de l'industrie qu'en assurant aux industriels l'accès à une énergie peu chère, ce qui est difficilement envisageable si la part de la production nucléaire dans la production totale est brutalement diminuée. De même, le développement des énergies renouvelables

impose, pour pallier l'intermittence, le recours à des moyens de production très flexible et très polluants. Cela ne veut pas dire qu'il faut renoncer à développer les énergies renouvelables, mais il faut se demander si elles seront compétitives, à quel horizon, combien coûtera la politique de soutien en leur faveur et expliquer qu'elles pourront conduire, dans un premier temps, à un mix énergétique plus carboné.

*« Le débat s'est engagé
sur la base de décisions prises
et annoncées »*

L'intérêt d'un débat de ce type est de poser ces problèmes, de les soumettre à discussion, d'établir et de chiffrer les différents scénarios possibles.

Pour cela, il faut sans doute ne pas préempter certains éléments du débat, ce qui n'a pas été le cas puisque l'on est parti du présupposé qu'il fallait diminuer la part du nucléaire, que le citoyen était prêt à payer le prix d'un recours accru aux énergies renouvelables, que la sobriété serait atteinte par l'accroissement de l'efficacité énergétique ou encore que la compétitivité-prix des entreprises n'était pas nécessairement un sujet de premier rang ou du moins un sujet tel qu'il pouvait remettre sur la table la question de l'exploration puis de l'exploitation éventuelle des gaz de schiste. Bref, le débat s'est engagé sur la base de décisions prises et annoncées, relatives à des sujets très clivants, qui ont donc conduit à cristalliser les oppositions entre les parties prenantes au débat, rendant la synthèse sous forme de recommandations quasi impossible.

Il ne faut pas cependant minimiser l'impact positif d'un tel débat, même s'il échouait à faire une synthèse. Les vraies questions ont été posées, il est apparu que les outils de diagnostic et de chiffrage n'étaient pas disponibles ou ne faisaient pas l'objet d'un consensus, la place de l'industrie et la question de sa

compétitivité ont été évoquées, la perspective de l'augmentation des prix de l'énergie pour le consommateur a été annoncée. Enfin, la démocratie représentative a été renvoyée à sa responsabilité propre, qui est d'assumer des choix qui ne sont pas consensuels.

RdE: *L'agenda de l'automne s'annonce très riche sur le plan législatif et réglementaire dans le domaine de l'énergie: loi-programme sur la transition énergétique, publication du rapport parlementaire sur le nouveau régime concernant les concessions hydro-électriques, mise en œuvre d'un nouveau système Arenh pour le prix d'accès à l'électricité d'origine nucléaire, décisions officielles sur les appels d'offres pour l'éolien offshore. Qu'en attendez-vous? Une clarification des règles pour les opérateurs et les consommateurs?*

CLB-G: J'en attends une clarification des règles pour les opérateurs d'abord car il me semble que le secteur aujourd'hui souffre particulièrement de ne pas avoir d'horizon dégagé, qu'il s'agisse de la libéralisation de l'hydroélectricité annoncée puis maintes fois repoussée, du prix de l'Arenh dont le décret méthodologique tarde à intervenir ou de l'attente d'une loi de programmation dont les contenus sont difficiles à esquisser, sans parler de l'incertitude qui pèse aujourd'hui sur l'obligation d'achat en raison de sa probable qualification d'aide d'État par le Conseil d'État suite à la question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne.

*« J'attends une clarification
des règles »*

Les décisions d'investissement sont donc particulièrement difficiles. La coexistence d'un marché traditionnel et d'un marché financé par des aides publiques, celui des énergies renouvelables, a profondément perturbé les indicateurs économiques: des prix négatifs de l'électricité sur les marchés de gros, des prix de pointe de l'électricité inférieurs aux prix de

base, des interrogations sur les effets à attendre d'un marché de capacités. Tout cela rend les investisseurs très perplexes. L'arrêt de centrales conventionnelles et de centrales à cycle combiné, ou leur mise sous cocon, traduisent les difficultés des énergéticiens aujourd'hui face à un secteur dont la physionomie est très profondément modifiée.

Pour les consommateurs, la clarification passera par la vérité des prix de l'énergie. Malheureusement, cette vérité est sans doute synonyme d'augmentation: le poids croissant de la CSPE (Contribution au service public de l'électricité), les pressions sur les tarifs de transport et de distribution en raison des investissements nécessaires à consentir sur les réseaux et l'augmentation des coûts de production de la fourniture elle-même conduisent à cette hausse. Gérer la précarité énergétique deviendra donc un enjeu majeur pour les pouvoirs publics. Expliquer aux consommateurs les raisons de l'augmentation des coûts sera indispensable pour garantir l'acceptabilité sociale des hausses déjà annoncées et à venir et rappeler que ces tarifs demeurent les moins chers en Europe.

RdE: *Ces dernières années, tout le système de la production, du transport, de la distribution des énergies a subi des bouleversements de fond. Le Code de l'énergie reflète-t-il cette révolution, offre-t-il les solutions pour s'y adapter?*

CLB-G: Le secteur de l'énergie est effectivement un secteur qui a subi des bouleversements de fond et où la réalité déjoue très souvent les prévisions. Le modèle de marché attendu de l'ouverture à la concurrence ne s'est pas réalisé. Les ruptures technologiques sont, dans ce secteur, beaucoup plus lentes que dans d'autres, les télécommunications par exemple, et n'arrivent pas toujours là où on les attendait. Elles se concentrent aujourd'hui plutôt dans les réseaux que l'utilisation du numérique devrait rendre plus intelligents. Dans un secteur très capitalistique, où les retours sur investissement sont très longs, cela constitue une difficulté supplémentaire.

Le droit doit accompagner ces évolutions et se défaire de l'illusion qu'il peut forcer la réalité. Cela n'est possible qu'au prix d'une certaine permanence de la règle et de la stabilité du cadre juridique sans lesquels aucun investissement de long terme n'est possible.

L'exemple type à cet égard est l'encadrement juridique du financement de l'obligation d'achat destiné à soutenir le développement des énergies renouvelables. Outre le fait que ce financement par la CSPE de l'obligation d'achat imposée à EDF aurait dû être notifié au titre des aides d'État, il a donné lieu à des tarifs trop élevés, sans rapport avec les coûts exposés et la décroissance de ces coûts, malgré plusieurs avis négatifs de la CRE qui n'ont pas été suivis par le gouvernement.

*« Le droit doit se défaire
de l'illusion qu'il peut forcer
la réalité »*

Ce financement élevé n'a pas été répercuté sur le consommateur, le gouvernement ayant décidé de plafonner par la loi la hausse induite sur les tarifs, en contradiction avec la logique juridique initiale qui devait prévaloir. Il a donc été préfinancé par l'opérateur historique qui ne devait jouer qu'un rôle de caisse faisant l'avance de frais devant lui être remboursés. Enfin, au moment où le gouvernement a accepté de déplafonner la CSPE et de reconnaître sa dette vis-à-vis d'EDF, il a décidé de baisser brutalement le tarif d'achat, mettant à mal une filière industrielle dont la constitution devait pourtant être favorisée par l'accompagnement juridique mis en place.

Lorsque le droit s'écarte de la logique économique et tente ensuite de freiner l'écart constaté, cela entraîne des dommages industriels et compromet la réalisation d'orientations politiques de long terme que l'État s'était lui-même fixé.

RdE: *En tant qu'ancien directeur général de la CRE, que pensez-vous du système de fixation*

des prix de l'énergie en France: tarification mensuelle pour le gaz par exemple?

CLB-G: Il me semble que le système progresse vers plus de rationalité. Cela s'accompagne d'abord d'un mode de fixation des prix plus objectif et indépendant, dans les mains du régulateur.

Ensuite, le principe de la couverture des coûts par les tarifs devient progressivement effectif grâce au changement de méthodologie tant pour l'électricité que pour le gaz. Cette logique me semble de loin préférable à la fixation par les pouvoirs publics, au nom de la garantie du pouvoir d'achat des français, de tarifs qui ne couvrent pas les coûts et qui font donc l'objet régulièrement d'annulations contentieuses ou de rappels à l'ordre en provenance de la Commission européenne. En outre, tout tarif doit constituer un signal-prix pour les industriels ou les investisseurs. Maintenir des tarifs de vente en dessous des prix de marché procure sans doute un bénéfice politique vis-à-vis des consommateurs, mais revient à sacrifier le long terme au profit du court terme et à dégrader en fait l'avantage compétitif d'un secteur industriel majeur pour la France.

*« Le système de fixation des prix
progresse vers plus
de rationalité »*

En électricité, l'article L. 337-6 du Code de l'énergie prévoit désormais une nouvelle méthodologie de construction des tarifs règlementés de vente, au plus tard fin 2015. Elle permettra d'élaborer de manière beaucoup plus transparente les tarifs par empilement du prix de l'Arenh, du complément à la fourniture d'électricité qui inclut la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation, ainsi que d'une rémunération normale. Cette orientation progressive des tarifs vers les coûts et la disparition effective des tarifs verts et jaunes

fin 2015 devraient dépolitiser le sujet des tarifs et mettre fin à une longue discussion orageuse avec la Commission européenne en réaffirmant le caractère temporaire des tarifs réglementés dont Bruxelles estime qu'ils sont constitutifs d'une aide d'État.

En gaz, l'optimisation des coûts des fournisseurs qui ont renégocié leurs contrats de fourniture et l'augmentation de la part d'indexation des tarifs sur les prix *spots* devrait permettre de limiter les hausses de prix pour les consommateurs, tandis qu'un réexamen annuel de la formule de calcul de ces prix et son application mensuelle devraient avoir pour effet de lisser ces hausses. Là aussi, le principe d'une couverture des coûts du fournisseur et une restitution régulière au consommateur des baisses de prix liées à la renégociation des contrats d'approvisionnement me paraissent constituer un bon équilibre.

Enfin, le sujet de la précarité énergétique doit être traité de manière indépendante, via l'extension des tarifs sociaux, ce qui est bien le choix effectué par les pouvoirs publics.

RdE: *Le Conseil d'État est appelé à se prononcer pour un renvoi devant le Conseil constitutionnel de la loi de juillet 2011 interdisant la fracturation hydraulique – et donc l'exploitation de gaz de schiste – en France. Cette question a été soulevée par une société américaine et plusieurs juristes ont contesté le flou juridique de la loi. Qu'en pensez-vous?*

CLB-G: Le Conseil d'État s'est effectivement prononcé le 12 juillet 2013 en faveur d'un renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), portant sur l'article 1^{er} de la loi de 2011 interdisant la fracturation hydraulique, qui interdit l'exploitation des gisements d'hydrocarbures par fracturation hydraulique et sur l'article 3 qui vise à abroger les permis de recherche ayant recours à cette technique.

La compagnie pétrolière américaine Schuepbach Energy LLC a en effet fait valoir que l'annulation de ses permis en octobre 2011 (deux permis

de recherche d'hydrocarbures de Nant et de Villeneuve-de-Berg pour non-conformité avec la loi interdisant la fracturation hydraulique), à la suite de l'adoption de la loi, constituait une application excessive du principe de précaution, inscrit dans la Charte de l'environnement qui a été introduite dans la Constitution par la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005.

Le Conseil d'État a considéré qu'était sérieuse la question de la conformité des articles 1 et 3 de la loi de 2011 à l'article 5 de la Charte de l'environnement (principe de précaution), au principe constitutionnel d'égalité et aux articles 16 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (garantie des droits et droit de propriété).

Le Conseil constitutionnel doit se prononcer dans un délai de trois mois, c'est-à-dire avant le 12 octobre. Il est difficile d'anticiper la décision du Conseil constitutionnel. Si la loi du 13 juillet 2011 était jugée inconstitutionnelle, les trois permis abrogés et les demandes rejetées retrouveraient leur validité. Bien que le gouvernement ait assuré qu'il maintiendrait son opposition à l'exploitation du gaz de schiste par la méthode de la fracturation hydraulique⁴ et présenterait une nouvelle loi⁵, il lui sera très difficile de le faire en invoquant une autre base légale.

4. Le 11 juillet 2013, le Premier ministre, Jean-Marc Ayrault, a « exclu d'exploiter des gaz de schiste en France », et déclaré que « cette position serait évidemment maintenue ». Le 14 juillet 2013, le président de la République a exclu également toute exploration du gaz de schiste pendant sa présidence.

5. Le ministre de l'Écologie, de l'Énergie et du Développement durable, Philippe Martin, a déclaré au *Journal du dimanche* le 21 juillet 2013: « S'il y avait une censure [de la part du Conseil constitutionnel], même partielle, nous rétablirions l'interdiction sans hésitation. Il n'y aura pas de faille ouverte pour ceux qui souhaitent revenir sur cette loi ».