HAL
open science

Les collectivités territoriales et le secteur énergétique

Emilie Hersant

To cite this version:

Emilie Hersant. Les collectivités territoriales et le secteur énergétique. Droit. Université d'Orléans, 2010. Français. NNT : 2010ORLE0005 . tel-01017213

HAL Id: tel-01017213

https://theses.hal.science/tel-01017213v1

Submitted on 2 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ D'ORLÉANS

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIETÉ

Laboratoire Collectivités Territoriales E2080

THÈSE présentée par :

Emilie HERSANT

soutenue le : **30 juin 2010**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université d'Orléans**

Discipline : Droit public

Les collectivités territoriales et le secteur énergétique

THÈSE dirigée par :

François PRIET	Professeur, Université d'Orléans

RAPPORTEURS :

Laurent RICHER	Professeur, Université Paris I
Catherine RIBOT	Professeur, Université Montpellier I

JURY :

François PRIET	Professeur, Université d'Orléans
Laurent RICHER	Professeur, Université Paris I
Catherine RIBOT	Professeur, Université Montpellier I
Jean-François LACHAUME	Professeur, Université de Poitiers
Stéphane DUROY	Professeur, Université Paris XI

L’université n’entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce document. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l’auteur.

Que tous ceux qui m’ont soutenue pendant cette recherche trouvent ici l’expression de ma profonde reconnaissance.

Liste des principales abréviations

ADEME *Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie*

aff. *Affaire*

AJDA *Actualité juridique du droit administratif*

al. *Alinéa*

A.N. *Assemblée nationale*

art. *Article*

BJCL *Bulletin juridique des collectivités locales*

BJCP *Bulletin juridique des contrats publics*

CAA *Cour administrative d'appel*

Cass. *Cour de cassation*

CC *Conseil constitutionnel*

CE *Conseil d'État*

CGCT *Code général des collectivités territoriales*

Chron. *Chronique*

Concl. *Conclusions*

CRE *Commission de régulation de l'énergie*

D. *Recueil Dalloz*

DA Revue *Droit administratif*

Dir. *Sous la direction de*

DNN *Distributeur non nationalisé*

DOM *Département d'outre-mer*

EDF *Electricité de France*

ELD *Entreprise locale de distribution*

EPCI *Etablissement public de coopération intercommunale*

EPIC *Etablissement public industriel et commercial*

Fasc. *Fascicule*

FNCCR *Fédération nationale des collectivités concédantes et régies*

GAJA *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*

Gaz. Pal. *La Gazette du palais*

GDF *Gaz de France*

JCl. Adm. *Juris-Classeur administratif*

JCP A *La Semaine juridique*, Administrations et collectivités territoriales

JCP G *La Semaine juridique*, édition générale

JCP E *La semaine juridique*, édition entreprise et affaires

JCP S *La semaine juridique - social*

JO *Journal officiel de la République française*

JOCE *Journal officiel des communautés européennes*

JOUE *Journal officiel de l'Union européenne*

LGDJ *Librairie générale de droit et de jurisprudence*

POPE (loi) *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*

LPA *Les Petites affiches*

RDP *Revue du droit Public*

RDUE *Revue du droit de l'Union européenne*

Rec. Selon la référence : *Recueil Lebon* / *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*

RFDA *Revue française de droit administratif*

RJE *Revue juridique de l'environnement*

RMCUE *Revue du marché commun et de l'Union européenne*

ROM *Région d'outre-mer*

S. *Sénat*

SEM *Société d'économie mixte*

TC *Tribunal des conflits*

TCE *Traité instituant la communauté européenne*

TFUE *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*

SOMMAIRE

Introduction

Première partie : La distribution d'énergie : l'affaiblissement d'un rôle traditionnel des collectivités territoriales

Titre 1 : La remise en cause du caractère local du service public de la distribution par la nationalisation
Titre 2 : L'absence de renforcement du rôle des collectivités territoriales en matière de distribution par la libéralisation du secteur énergétique

Deuxième partie : L'essor d'un nouveau rôle des collectivités territoriales : la protection des ressources énergétiques

Titre 1 : L'implication nouvelle des collectivités territoriales dans l'élaboration d'une politique de protection des ressources énergétiques émergente
Titre 2 : Les moyens d'action locaux au service de la mise en œuvre de la politique de ressources énergétiques

Conclusion

Introduction

1. « En matière énergétique, l'arbitrage définitif est celui du gouvernement et du Parlement, car l'énergie est un élément de la souveraineté »[1] affirmait le ministre en charge de l'énergie Edmond Hervé devant la mission parlementaire d'information sur la politique de l'énergie le 10 septembre 1981.

Alors que le gouvernement auquel il appartenait[2] mettait en place la décentralisation, le ministre en charge de l'énergie semblait reconnaître que la centralisation mise en place dans ce domaine perdurerait. Tel est, en effet, le constat qui peut être fait plusieurs années après, bien que certaines activités de ce secteur soient expressément qualifiées de services publics locaux. Il apparaît à ce titre, et ce n'est pas le moindre des paradoxes, que la distribution publique d'électricité et de gaz est qualifiée par le code général des collectivités territoriales de service public communal[3] alors même que la loi de nationalisation du 8 avril 1946 impose aux communes de la concéder à EDF et GDF, alors établissements publics nationaux.

2. Une première approche des collectivités territoriales nous conduit rapidement à remarquer que la question de la décentralisation dans le secteur énergétique ne se limite pas à celle de la distribution. Les collectivités territoriales sont souvent associées à la matière énergétique, en particulier à travers la question de la protection de l'environnement. Pour autant, à l'exception d'un débat au sein de l'Assemblée nationale sur la politique énergétique en 1981 au cours duquel avait largement été abordée une possible décentralisation[4], la question des collectivités territoriales et de leur relation à l'énergie n'a guère fait l'objet de débats passionnés ni même d'études approfondies.

---

[1] Déclaration du ministre de l'énergie Edmond Hervé devant la mission parlementaire d'information sur la politique de l'énergie, le 10 septembre 1981 cité par J.-Y. FABERON *in* « Energie : les réticences de la décentralisation, *AJDA*, 1985 p. 571

[2] Le Gouvernement Mauroy.

[3] Le service public de la distribution d'électricité et de gaz figure à la section 6 (Electricité et gaz) du chapitre 4 (Services publics industriels et commerciaux) du titre II (Service communaux) du livre II (Administration et services communaux).

[4] Sur ce point, nous ne pouvons que constater que l'énergie est absente des lois de répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat. Une exception est toutefois notable s'agissant de la Corse et des régions d'outre-mer qui peuvent, en vertu des lois n°82-659 du 30 juillet 1982 portant statut particulier de la région Corse et n°84-747 du 2 août 1984 relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion, adopter et mettre en œuvre un programme régional sur les énergies renouvelables et les économies d'énergie.

3. Alors que la décentralisation prétend connaître un nouveau souffle et que le secteur de l'énergie est en profonde mutation, les relations qu'ils entretiennent méritent d'être étudiées.

Avant de présenter la démarche suivie (III), il est pertinent de délimiter, les contours de cette étude (I) ainsi que le contexte dans lequel celle-ci s'est déroulée (II).

I- Le double objet de l'étude

4. Notre étude nécessite de définir au préalable ce que sont les « collectivités territoriales » (A) et ce que recouvre la notion de « secteur énergétique » (B) ainsi que la façon dont ces notions seront entendues.

A- Les collectivités territoriales[5]

5. Il n'existe pas de définition des collectivités territoriales. Si la Constitution du 4 octobre 1958 leur consacre tout un titre[6], elle en donne, certes, la liste, des caractéristiques mais ne les définit pas. La loi ne les définit pas davantage.

L'article 72 alinéa 1er de la Constitution dispose en effet : « Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa. » L'alinéa 2 de l'article 72 précise, quant à lui que « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon. » L'alinéa 3 énonce que « dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences. »

---

[5] La terminologie choisie est celle de collectivité territoriale et non collectivité locale. Il nous semble en effet que la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a mis fin à la controverse relative à l'emploi de l'un ou de l'autre des termes dans la mesure où la Constitution ne cite plus que les seule collectivités territoriales.

[6] Son titre XII

La Constitution indique ainsi les principaux critères permettant d'identifier une collectivité territoriale. Par conséquent, si l'on devait dresser une liste des caractéristiques communes à toutes les collectivités territoriales, nous retiendrions les suivantes : une collectivité territoriale est une personne morale de droit public distincte de l'Etat. Elle est administrée par une assemblée élue, elle-même électrice de son propre exécutif. Cette entité dispose, en vertu de la loi, de compétences en lien avec le territoire qu'elle recouvre[7]. La collectivité territoriale s'administre librement dans le cadre de la loi et dispose à cette fin de ressources propres.

6. A partir de la rédaction de l'article 72 et en particulier de son alinéa 1er, il nous est possible de distinguer, reprenant en cela la classification opérée par Michel Verpeaux[8] quatre catégories de collectivités territoriales. Tout d'abord, et elles sont les plus nombreuses, existent les « collectivités territoriales de droit commun ». Il s'agit d'une catégorie de collectivités territoriales englobant la commune, le département et la région[9]. Aux côtés de celles-ci se trouvent les « collectivités territoriales à statut particulier »[10]. La troisième catégorie identifiée par Michel Verpeaux est celle des « collectivités d'outre mer »[11]. Il indique, à leur sujet qu'elles ont « dans l'énumération de l'article 72 issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, remplacé les TOM »[12]. Il regroupe, au sein de cette catégorie Saint-Pierre et Miquelon, Mayotte, Wallis-et-Futuna, la Polynésie française, Saint-Barthélémy et Saint-Martin. Enfin, la quatrième catégorie des collectivités territoriales est celle des « collectivités incertaines » : la Nouvelle-Calédonie et les Terres australes et antarctiques françaises ».

Ces différentes catégories de collectivités territoriales sont régies par des règles relativement différentes. Leur degré de décentralisation ainsi que leur fonctionnement sont difficilement comparables. Par conséquent, dans un souci d'homogénéité, et afin d'établir un constat relativement général, seules les collectivités territoriales de droit commun que sont la

---

[7] Il s'agit des affaires locales.
[8] Dans son ouvrage intitulé *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 2008.
[9] Michel Verpeaux inclut dans cette catégorie les départements d'outre-mer, les régions d'outre-mer, les départements et régions d'outre-mer ainsi que les communes à statut particulier que sont Paris, Lyon et Marseille.
[10] Au titre desquelles figure, seule, la Corse. Cette catégorie comprenait en plus, jusqu'en 2003 Mayotte et Saint-Pierre et Miquelon qui, à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2003 ont été intégrés aux collectivités d'outre mer de l'article 74.
[11] M. VERPEAUX, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 2008, p. 54
[12] Ibid.

commune, le département et la région et, en particulier les communes, département et régions situés sur le territoire de la métropole seront envisagées dans cette étude. Les DOM et ROM seront toutefois exceptionnellement abordés au titre de possibles modèles d'organisation de la politique énergétique.

Après avoir précisé les contours des personnes visées par notre étude, il convient de délimiter le secteur auquel elle s'intéresse : le secteur énergétique.

B- Le secteur énergétique

7. Le terme énergie vient du grec *energeia*, signifiant: « force en action ». Selon le Nouveau Littré[13] « énergie » signifie : « Puissance active de l'organisme. L'énergie musculaire. Vertu naturelle et efficace que possèdent les choses. Puissance utilisée pour des usages domestiques et industriels. Sources d'énergie, ensemble des matières permettant la production d'énergie. » Le dictionnaire encyclopédique Larousse[14]quant à lui, en donne la définition suivante : « force morale ou physique, fermeté, détermination : montrer de l'énergie. Faculté que possède un système de corps de fournir du travail mécanique ou son équivalent. Par ailleurs, ce dictionnaire indique que le terme « énergétique » signifie : « relatif à l'énergie : les ressources énergétiques d'un pays. Contenu énergétique, quantité d'énergie (directe et/ou indirecte) consommée pour la fabrication d'un produit ou dans la prestation d'un service. »

8. Le terme « secteur », issu du latin sector, de secare, couper, a plusieurs acceptions : le Nouveau Littré en donne la définition suivante : « La surface du cercle comprise entre un arc et les deux rayons menés aux extrémités de l'arc. Instrument qui consiste en un arc de 20 à 30 degrés et une lunette. Portion, enceinte fortifiée qui est sous le commandement d'un officier. Subdivision d'un territoire, d'une zone urbaine, d'une région. Ensemble des activités économiques, des entreprises de même nature. Le secteur privé. Secteur public, ensemble des entreprises qui dépendent de l'Etat. Ensemble des entreprises ayant le même type d'activité. Le secteur du tourisme. Subdivision d'un réseau de distribution de l'électricité. Une panne de secteur. » Le dictionnaire encyclopédique Larousse indique, quant à lui, qu'il s'agit d'une

---

[13] C. BLUM, J. PRUVOST, K. ALAOUI et G. BADY, Paris, Editions Garnier, 2004.
[14] Paris, Larousse, 1993.

« partie, aspect particulier d'un ensemble ; domaine : secteur économique. » C'est dans cette dernière acception que, dans notre étude, sera entendu le terme « secteur ».

9. L'ensemble du secteur énergétique ne sera pas étudié ici. En effet, la richesse du sujet nous impose d'en délimiter relativement strictement les contours. Ainsi nous nous limiterons à certains de ses aspects seulement, ceux qui selon nous impliquent de manière significative les collectivités territoriales.

Il est alors nécessaire de déterminer quels types d'énergie seront au cœur de cette recherche. Par types d'énergie, il convient d'entendre également sources d'énergie. Les différentes sources d'énergie sont les suivantes : l'uranium[15], le charbon, le pétrole et le gaz naturel qui sont des sources d'énergie non renouvelables d'une part et les sources d'énergie renouvelable d'autre part. Celles-ci sont énumérées à l'article 29 de la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique du 13 juillet 2005[16] indiquant que « Les sources d'énergies renouvelables sont les énergies éolienne, solaire, géothermique, aérothermique, hydrothermique, marine et hydraulique, ainsi que l'énergie issue de la biomasse, du gaz de décharge, du gaz de stations d'épuration d'eaux usées et du biogaz. »

Toutes les sources et toutes les formes d'énergie n'impliquent pas de la même manière les collectivités territoriales. D'une manière générale, en tant que personnes publiques - et non comme simple consommatrices, même si cette casquette ne doit aucunement être oubliée - les collectivités territoriales sont largement impliquées par la gestion de deux types d'énergie : l'électricité et le gaz.

L'électricité est une « propriété qui se manifeste à la surface de certains corps frottés, chauffés ou comprimés, et qui consiste en ce que ces corps attirent d'autres corps, les repoussent et ensuite, produisent des étincelles. »[17] Le gaz est, quant à lui, « tout corps qui présente à l'état de fluide expansible et compressible (état gazeux) dans des conditions de température et de pression normales »[18]. Le gaz envisagé dans cette étude sera principalement le gaz naturel ainsi qui le gaz issu des phénomènes de méthanisation des déchets.

Une fois le sujet délimité, il est indispensable de présenter le contexte dans lequel s'est déroulée notre recherche.

---

[15] Servant à produire de l'énergie nucléaire.
[16] Loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique.
[17] Définition issue du Nouveau Littré, précité.
[18] Définition issue du Robert d'Aujourd'hui, Paris, Dictionnaires le Robert, 1991.

II- Contexte de l'étude

10. Cette recherche se déroule alors que le secteur énergétique connaît de profondes mutations (B) et que les collectivités territoriales, peu après le « deuxième acte de la décentralisation » sont au cœur d'un projet de réforme d'ampleur (A). Parallèlement, le terme de cette recherche coïncide avec la concrétisation du processus du Grenelle de l'environnement, ayant un impact considérable sur les compétences des collectivités territoriales ainsi que sur le secteur de l'énergie.

A- Les réformes de la décentralisation

11. Si la décentralisation n'est pas un mode d'organisation récent de la France[19], celle-ci a connu et est sur le point de connaître une réforme d'ampleur. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a été l'occasion d'inscrire dans la Constitution que l'organisation de la République française était décentralisée[20]. Elle a notamment instauré, au profit des collectivités territoriales l'expérimentation, a affirmé l'existence d'un principe de subsidiarité et leur a reconnu un pouvoir réglementaire. Ceci a notamment eu pour effet de renforcer le principe de libre administration des collectivités territoriales bien que la France reste incontestablement un Etat unitaire dans la mesure où la décentralisation ainsi consacrée demeure une décentralisation administrative.

12. La réforme en cours revêt une portée plus ambiguë quant à la poursuite de ce processus. Il n'a en effet aucunement pour objet d'accroître les droits et libertés des collectivités territoriales mais de mettre un terme à la complexité, la lourdeur de l'administration actuelle. A cette fin, la réforme a pour ambition de simplifier la structure de l'administration française, de refondre les finances et la fiscalité locale et de clarifier les

---

[19] Elle est le résultat de la loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, départements et régions et de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

compétences des collectivités territoriales. Afin d'atteindre ce dernier objectif, le comité Balladur[21] préconise de rationaliser la clause générale de compétences[22] et de repenser la répartition des compétences locales[23].

13. Si aucune des réformes relatives aux collectivités territoriales n'a eu ou ne devrait avoir de conséquences directes sur leurs compétences énergétiques, celles-ci ont tout de même évolué à la faveur de lois relatives au secteur de l'énergie.

B- Les mutations du secteur de l'énergie

14. La libéralisation du secteur énergétique a été une première occasion de repenser les compétences des collectivités territoriales en la matière. Elle trouve son origine dans les directives 96/92/CE du 19 décembre 1996 sur la libéralisation du marché intérieur de l'électricité[24] et la directive 98/30/CE du 22 juin 1998 sur la libéralisation du marché intérieur du gaz[25] qui ont conduit la France à adopter deux lois organisant cette libéralisation : les lois du 10 février 2000[26] et du 3 janvier 2003[27]. La France a choisi une ouverture progressive du marché. A ce titre, les collectivités territoriales sont devenues éligibles le 1er juillet 2004. Ainsi, elles ont toutes la possibilité de choisir leur fournisseur d'énergie. Par ailleurs elles peuvent, dans une certaine mesure, en produire. En ces occasions, les collectivités territoriales ont pu voir leurs compétences évoluer[28].

---

[20] L'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose désormais : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. »

[21] Par le décret n° 2008-1078 du 22 octobre 2008 portant création du comité pour la réforme des collectivités locales, le Président de la République a institué un comité chargé « d'étudier les mesures propres à simplifier les structures des collectivités locales, à clarifier la répartition de leurs compétences et à permettre une meilleure allocation de leurs moyens financiers et de formuler toute autre recommandation qu'il jugera utile. » La présidence de ce comité a été confiée à Monsieur Edouard Balladur.

[22] Celle-ci pourrait être supprimée pour les départements et les régions.

[23] Au sujet du rapport du comité Balladur, lire l'étude de Patrick Mozol dans l'*AJDA*, 2009, p. 32

[24] Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre, 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *Journal officiel n° L 027 du 30/01/1997 p. 0020*

25 Directive 98/30/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, Journal officiel n° L 204 du 21/07/1998 p. 0001

[26] Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

[27] Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie.

[28] Le projet de loi de modernisation du marché de l'électricité résultant des travaux de la commission Champsaur ne devrait pas modifier le rôle des collectivités territoriales en la matière.

15. La seconde occasion d'envisager de nouveau le rôle des collectivités territoriales en matière énergétique a été fournie par les différentes lois ayant pris en compte l'impact environnemental de l'énergie en particulier, les lois dites POPE[29] et Grenelle I[30]. La loi POPE a eu pour objet d'élaborer pour la première fois une politique énergétique visant à contribuer à l'indépendance énergétique nationale et garantir la sécurité d'approvisionnement ; assurer un prix compétitif de l'énergie ; préserver la santé humaine et l'environnement, en particulier en luttant contre l'aggravation de l'effet de serre ; garantir la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie. La loi Grenelle I, quant à elle, « avec la volonté et l'ambition de répondre au constat partagé et préoccupant d'une urgence écologique, fixe les objectifs et, à ce titre, définit le cadre d'action, organise la gouvernance à long terme et énonce les instruments de la politique mise en œuvre pour lutter contre le changement climatique et s'y adapter, préserver la biodiversité ainsi que les services qui y sont associés, contribuer à un environnement respectueux de la santé, préserver et mettre en valeur les paysages. »[31] De nombreuses dispositions de cette loi touchent l'énergie qui était notamment l'un des thèmes de réflexion du groupe de travail relatif au changement climatique lors du Grenelle de l'environnement[32].

La loi engagement national pour l'environnement également dite « Grenelle II »[33] touche également l'énergie et devrait, lui aussi, une foi adopté, modifier quelque peu le rôle des collectivités territoriales en la matière.

16. Le secteur énergétique connaît ainsi, depuis plusieurs années, de profondes mutations. D'un point de vue strictement économique, l'organisation du secteur connaît de nombreux bouleversements. D'un point de vue environnemental, l'énergie, sa consommation et sa production sont des enjeux majeurs. C'est à l'aune de ces évolutions que sera envisagé *in fine* le rôle des collectivités territoriales en matière énergétique.

---

[29] Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique.

[30] Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

[31] Article 1er de la loi Grenelle I du 3 août 2009.

[32] Le « Grenelle de l'environnement », événement à l'initiative du Président de la République, s'est tenu en octobre 2007. Il consistait en la réunion, de l'Etat et de représentant de la société civile autour de différents thèmes de recherche et avait pour objet d'établir une feuille de route en matière d'environnement et de développement durable.

[33] Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement

III- Démarche suivie

17. La relation des collectivités territoriales avec le secteur énergétique doit, selon nous, se construire autour de la question de la décentralisation territoriale. En effet, dès lors que la France est un Etat décentralisé[34] il importe de tenter de déterminer dans quelle mesure ce mode d'organisation est une réalité ou, à tout le moins, comment est-il entendu dans un secteur aussi stratégique qu'est celui de l'énergie.

Il importe ainsi, de confronter les caractéristiques du secteur à cette notion (A) ce qui se fera grâce à l'étude des textes – le plus souvent législatifs – relatifs au secteur de l'énergie. A partir de ceux-ci, le rôle des collectivités territoriales sera étudié afin d'en mesurer l'effectivité (B).

A- L'étude du degré de décentralisation[35] en matière énergétique

18. Le secteur énergétique est-il, ne serait-ce que partiellement, décentralisé ? Telle est la question qui dirigera notre recherche. Il s'agit ici, d'envisager la décentralisation à travers l'étude d'un secteur, un domaine d'activité particulier : celui de l'énergie. Cela donnera une dimension concrète à l'étude de la décentralisation et révèlera peut-être une tendance beaucoup plus générale.

19. Il est un préalable indispensable : celui de la définition de la décentralisation. S'il n'existe aucune définition textuelle ou jurisprudentielle de la décentralisation, certains auteurs ont néanmoins tenté d'en dessiner les contours.

Pour Jean Waline, « la décentralisation consiste à retirer certains pouvoirs de décision à l'autorité centrale pour les remettre à des autorités indépendantes du pouvoir central. Dans la décentralisation territoriale l'autorité locale qui reçoit les pouvoirs transférés constitue ce que l'on appelle une collectivité territoriale (on parle aussi de collectivité locale) parce qu'elle se définit par référence à un certain territoire, une certaine aire géographique, et cette

---

[34] L'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. »

[35] Tout au long de cette étude, le terme « décentralisation » sera entendu comme « décentralisation territoriale », la « décentralisation fonctionnelle » ne sera pas envisagée.

collectivité a la personnalité morale, ce qui lui permet d'accomplir tous les actes de la vie juridique ; la décentralisation implique une distinction, parmi la masse des besoins auxquels l'administration doit pourvoir, entre ceux qui intéressent l'ensemble de la population […] et ceux qui demeurent particuliers à une collectivité – l'adduction d'eau au village, le tramway qui relie la gare à la Place Kléber de Strasbourg. La décentralisation repose donc sur la distinction des affaires nationales et des affaires locales, seules les dernières relevant de la décentralisation. »[36] L'auteur ajoute que « l'un des grands problèmes de l'organisation de l'Etat est celui de savoir quel équilibre il convient de réaliser entre centralisation et décentralisation. »[37]

20. D'une manière générale, il ressort des textes ainsi que des différentes études de la doctrine à ce sujet que la décentralisation consiste en la reconnaissance d'entités géographiques infra-étatiques déterminées sur la base de critères géographiques[38] et disposant de compétences et de moyens pour les exercer. Les premières sont issues de la loi, qu'il s'agisse de la clause générale de compétence[39] ou des compétences d'attribution.

La décentralisation, ainsi entendue, sera confrontée à la réalité du secteur énergétique.

B- Méthodologie de la recherche

21. Notre hypothèse de départ est la suivante : la nationalisation de 1946 a considérablement et durablement remis en cause la décentralisation existant jusqu'alors en la matière, en particulier, pour ce qui concerne la distribution, compétence traditionnelle des collectivités territoriales. Pour autant, il apparaît que la libéralisation du secteur aurait pu être une occasion pour les collectivités territoriales de recouvrer une part effective de leurs compétences traditionnelles. Parallèlement à ce mouvement, les préoccupations environnementales ayant un impact sur l'énergie peuvent être de nature à faire évoluer, dans un domaine autre que celui qui était le leur jusqu'à présent, les prérogatives des collectivités territoriales.

---

[36] J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2008, p. 38
[37] Ibid.
[38] Frier Petit, p. 105
[39] Peut-être vouée à disparaître pour les départements et les régions à l'issue de la réforme des collectivités locales en actuellement en discussion devant le Parlement.

22. L'effectivité de la relation collectivités territoriales – énergie se fait à travers l'étude des dispositions textuelles intéressant l'énergie. Leur « degré de décentralisation » sera ainsi étudié. Aussi, notre recherche s'appuiera-t-elle largement sur une exégèse des textes législatifs relatifs au secteur de l'énergie mais également sur les dispositions législatives et réglementaires qui bien que n'étant pas issues de textes intéressant directement l'énergie ont des conséquences sur ce domaine. Afin de rendre notre analyse plus pertinente, nous nous réfèrerons à divers travaux parlementaires et universitaires pour la plupart. Il est, en revanche, encore trop tôt pour mesurer l'impact de ces dispositions à travers leur application par les collectivités territoriales.

23. Le champ temporel de notre étude sera relativement vaste dans la mesure où le secteur énergétique a été profondément organisé par la loi de nationalisation du 6 avril 1946. Celle-ci a largement réorganisé l'activité de distribution. S'agissant de cette dernière, il est par conséquent essentiel d'étudier la situation antérieure à cette réforme afin de rendre compte du rôle des collectivités territoriales en la matière. Pour ce qui concerne l'aspect environnemental de l'énergie, cette question étant récente, il ne sera remonté que jusqu'aux années 1990.

24. La question des collectivités territoriales dans leur relation à l'énergie n'ayant que très peu été abordée dans sa globalité, les travaux traitant de cette question sont peu nombreux. On remarquera que si la question de la distribution publique de l'électricité et du gaz a été largement étudiée par la doctrine dans le cadre d'une étude des services publics locaux ou de leurs contrats de concession[40], tel n'est le cas s'agissant de l'étude du rôle des collectivités territoriales dès lors que l'aspect environnemental de l'énergie est en cause. Par ailleurs, une seconde difficulté est venue heurter notre recherche : il s'agit de la diversité des matières du droit public impliquées par la problématique de la décentralisation dans le secteur de l'énergie.

---

[40] Peuvent à ce titre être citées les études de J.-M. AUBY, « La notion de concession et les rapports des collectivités locales et les établissements publics de l'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946 », *CJEG*, 1949, doct., p. 2 ; de J.-F. AUBY, « Les collectivités locales et le nouveau droit de l'énergie », *DA*, décembre 2003, p. 13 ; J.-P. BONAITI, « La décentralisation dans la loi de 1946 : du compromis introuvable à l'accommodement implicite », *in La nationalisation de l'électricité en France, nécessité technique ou logique politique*, Association pour l'histoire de l'électricité, Paris, PUF, 1996, p. 173 ; G. QUIOT, « La doctrine et la distinction des services nationaux et des services publics locaux : observations critiques », *in Mélanges Hubert*

25. En matière énergétique, c'est à travers les questions environnementales que l'on redécouvre une certaine décentralisation. Il apparaît en effet que l'impact environnemental de l'énergie peut être le cheval de Troie des collectivités territoriales pour se dessiner un nouveau rôle dans le secteur de l'énergie alors que son rôle traditionnel de distributeur semble voué à un certain *statu quo*.

26. C'est cette dualité de rôle qui dictera notre plan. Les collectivités territoriales interviennent en matière énergétique de deux manières totalement indépendantes et difficilement comparables : s'agissant, tout d'abord, et traditionnellement, de la distribution publique d'électricité et de gaz et concernant ensuite la politique de protection des ressources énergétique soit l'aspect environnemental de l'énergie.

On observe toutefois une certaine corrélation entre ces deux aspects dans la mesure où, tandis qu'en matière de distribution, le rôle traditionnel des collectivités territoriales s'est affaibli (Première partie), celles-ci connaissent un certain renouveau à travers une préoccupation relativement récente : la politique de protection des ressources énergétiques (Seconde partie).

Charles, Nice, Université de Nice-Sophia Antipolis, faculté de droit, de sciences politiques, économiques et de gestion, 2001, p. 394

Première partie : La distribution d’énergie : l’affaiblissement d’un rôle traditionnel des collectivités territoriales

27. Traditionnellement, les collectivités territoriales interviennent dans le secteur énergétique à travers la distribution publique d'électricité et de gaz, soit par le biais de régies de distribution, soit, conformément à la loi du 15 juin 1906, par le biais de concessions de service public. L'activité de distribution consiste en l'acheminement de l'électricité sur le réseau haute tension A ainsi que sur le réseau basse tension[41]. Le parcours de l'électricité peut être schématisé en quatre étapes : la production, le transport – consistant à l'acheminement de l'électricité sur le réseau très haute tension[42] et haute tension B[43], la distribution et enfin, la fourniture – soit l'activité de vente d'électricité au client. Il est similaire s'agissant du gaz[44].

28. L'étendue du rôle des collectivités territoriales en matière de distribution d'énergie dépend largement du caractère local ou non de cette activité. Par conséquent, afin de la mesurer, il est nécessaire de déterminer si la distribution publique d'électricité et de gaz est un service public local ou non.

A cette fin, il nous faudra opérer une distinction entre l'état du droit existant avant la libéralisation du secteur et après cette dernière. En effet, il s'est agi d'un changement majeur dans l'organisation de toutes les activités liées à l'énergie, susceptible d'emporter des conséquences sur le caractère local de certaines d'entre elles.

29. Il apparaît qu'à la veille de la libéralisation du secteur, la distribution d'électricité et de gaz ne présentait plus réellement les caractéristiques d'un service public local, ce constat trouvant sa source dans la nationalisation de 1946 (Titre 1er). Par la suite, la libéralisation, alors qu'elle permettait d'envisager quelque renforcement du rôle des collectivités territoriales allant dans le sens d'un certain renouveau de la décentralisation en matière de distribution n'en a finalement pas été l'occasion (Titre 2nd).

---

[41] Sur le réseau haute tension A (HTA), la tension est de 20 000 volts, sur le réseau basse tension (BT), elle va de 230 à 400 volts.
[42] 225 000 à 400 000 volts
[43] 63 000 à 90 000 volts
[44] Le gaz est acheminé par le biais de canalisations sur un réseau à haute ou basse pression. La production de gaz est extrêmement limitée, cette étape étant, en la matière souvent remplacée par l'importation de gaz naturel.

Titre 1er : La remise en cause du caractère local du service public de la distribution par la nationalisation

30. L'activité de distribution d'électricité et de gaz a très tôt été organisée localement, en particulier par la commune. Cette dernière a ainsi joué initialement un rôle fondamental dans le fonctionnement et la gestion de cette activité encore aujourd'hui qualifiée de service public local par la loi.

Si cette qualification nous semble avoir été parfaitement justifiée tant que la commune gérait effectivement l'activité de distribution d'électricité et de gaz – et même si cette activité était concédée – il apparaît qu'elle est désormais contestable.

En effet, à compter de la nationalisation de l'électricité et du gaz par la loi du 8 avril 1946, le rôle des communes – ou de leurs groupements – s'est considérablement transformé, de sorte que ces dernières ne sont plus en mesure de se comporter comme les gestionnaires de cette activité, y compris de manière indirecte. Dans la mesure où la nationalisation a contribué à faire de l'électricité et du gaz des secteurs à l'organisation centralisée.

Il apparaît ainsi clairement que si la commune a joué un rôle fondamental en matière de distribution jusqu'à la loi de nationalisation faisant de cette activité un véritable service public local (Chapitre 1er), le bouleversement opéré par la nationalisation de 1946 lui a supprimé son caractère effectivement local (Chapitre 2nd).

Chapitre 1 : Le rôle fondamental de la commune jusqu'à la loi de nationalisation de 1946

31. « Il y a dans la société des besoins à satisfaire qui sont communs à tous, ou à une partie de ses membres, besoins de toute nature, qui varient dans le temps et dans l'espace, et qui, lorsqu'ils deviennent vitaux pour la communauté, sont pris en charge par l'autorité publique »[45]. Cette prise en charge se traduit par la création de services publics par les pouvoirs publics. Alors que le terme service public incarne dans l'inconscient collectif les grands services publics régaliens, il importe de ne pas oublier les autres, tout aussi importants, à commencer par les services assurés par les collectivités territoriales. A titre d'exemples peuvent être cités la police municipale[46], la distribution d'eau potable[47] ou encore l'élimination des déchets ménagers[48]. Il est un service public dont le caractère local est souvent méconnu des administrés : la distribution publique d'électricité et de gaz. La raison est à trouver dans la concession de cette activité par les communes ou leurs groupements à deux entreprises qui pendant soixante ans ont été des établissements publics nationaux : EDF et GDF[49], déposant ainsi une emprunte largement nationale sur cette activité. Existent, également, à côté du système des concessions, quelques régies municipales de distribution. Si depuis la loi du 15 juin 1906, s'agissant des concessions municipales et depuis le développement du socialisme municipal s'agissant des régies de distribution d'énergie, les communes ont, jusqu'à la loi de nationalisation de 1946, ainsi joué un rôle essentiel en matière de distribution, leur intervention n'est pas née des textes, ni de la jurisprudence. En effet, en la matière, il est loisible de remarquer que la pratique précéda le droit. Afin de comprendre comment la commune fut amenée à jouer un rôle aussi important que celui de

---

[45] M. LONG, « Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », *RFDA*, 2001, p. 1162

[46] En vertu de l'article L 2211-1 du CGCT qui dispose : « Le maire concourt par son pouvoir de police à l'exercice des missions de sécurité publique et de prévention de la délinquance, sauf application des dispositions des articles 17 à 22 de la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile. »

[47] En vertu de l'article L. 2224-7-1 du CGCT qui dispose : « Les communes sont compétentes en matière de distribution d'eau potable. »

[48] En vertu de l'artice L. 2224-13 du CGCT qui dispose : « Les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale assurent, éventuellement en liaison avec les départements et les régions, l'élimination des déchets des ménages. »

[49] En matière de distribution, ERDF, Société anonyme, filiale d'EDF créée le 1er janvier 2008 et GRDF, Société anonyme, filiale de GDF-Suez, créée le 31 décembre 2007 ont succédé à EDF et GDF.

responsable de la distribution d'énergie, il convient rechercher le fondement puis la consécration de sa compétence en la matière.

Les communes ont, dans un premier temps, pris en charge de manière spontanée la distribution (Section 1) avant que dans un second temps, un véritable cadre juridique fasse de la distribution d'énergie une activité de service public local (Section 2).

Section 1 : La prise en charge spontanée de la distribution d'électricité et de gaz par la commune

32. Dès la fin du XIXe siècle, les communes assument, pour une large part, l'activité de distribution d'énergie. Cette prise en charge d'une activité industrielle et commerciale constitue un acte particulièrement audacieux de la part de celles-ci puisque pour assumer cette activité naissante qui ne fait encore l'objet d'aucune réglementation particulière il leur faudra surmonter divers obstacles. Dès la fin des années 1920, l'Etat comme la jurisprudence administrative reconnaîtront aux communes la possibilité d'intervenir, à titre exceptionnel, dans le domaine industriel et commercial[50]. Cependant, les communes n'attendront pas que la jurisprudence et les textes favorisent leurs interventions en la matière pour agir. La distribution d'énergie nécessitant l'occupation du domaine public communal, il en découle une double justification de leur compétence: d'une part, cette occupation du domaine public communal fait de l'activité ainsi assurée, une affaire communale au sens de l'article 61 de la Loi municipale du 5 avril 1884 (§1) et, d'autre part, elle implique d'organiser la distribution d'énergie sous la forme d'un monopole de fait (§2).

[50] Tout d'abord, durant l'année 1926 deux décrets sont intervenus afin de faciliter l'interventionnisme industriel et commercial des communes. Le premier décret, du 5 novembre, modifiait certaines dispositions de la loi municipale relatives à l'organisation des régies. Le décret du 28 décembre 1926 quant à lui, reconnaissait aux communes et aux syndicats de communes, le pouvoir d'être « autorisés à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial ». La jurisprudence relative au socialisme municipal est, par la suite, venue encadrer les interventions socialisme municipal. L'arrêt du Conseil d'Etat de section du 30 mai 1930 Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers en a posé les règles. La Haute juridiction administrative y énonce que les communes peuvent intervenir dans le domaine industriel et commercial dans la mesure où « en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public le justifie ». Dans cette décision, le Conseil d'Etat précise néanmoins que « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée ».

§1 : La distribution d'électricité et de gaz : une affaire locale

33. La loi Municipale du 5 avril 1884 pose le principe de la compétence du conseil municipal pour régler « les affaires de la commune ». La difficulté alors rencontrée consiste en l'identification des affaires locales, la loi n'en donnant pas la définition. Malgré cette carence, il semble néanmoins possible de tracer les contours de cette notion afin de déterminer si la distribution d'énergie peut ainsi être qualifiée. Dès lors qu'il est établi que la distribution d'énergie constitue une affaire communale (A), les communes sont compétentes pour gérer, dans une certaine mesure cette activité industrielle et commerciale (B).

A- Une qualification difficilement contestable

34. La majorité des auteurs s'accorde pour reconnaître que les affaires locales se trouvent à l'origine de la commune. La gestion par cette dernière de ses propres affaires était par ailleurs, selon Mme Rouault, le but de la formation de ces dernières au Moyen-Age[51]. Aussi, il semble parfaitement cohérent qu'une loi ait consacré le droit de la commune de gérer elle-même ses affaires. C'est l'article 61 de la loi municipale qui a posé ce principe énonçant que « le Conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ». Selon une interprétation extensive, cette disposition paraît avoir pour objet d'étendre les compétences de la commune en instituant une notion d'affaires locales. En conséquence, tout ce qui correspondrait désormais aux « affaires communales » serait de la compétence des communes. Avant de rechercher dans quelle mesure la distribution d'électricité et de gaz peut être qualifiée d'affaire locale (2), il convient de s'arrêter dans un premier temps sur la notion même d'affaire locale (1).

1) La délicate détermination du contour de la notion d'affaire locale

35. L'article 61[52] de la Loi Municipale pose un problème fondamental : s'il faisait référence aux affaires de la commune, il n'en donnait pas la définition. Ainsi, la formulation énonçant que les attributions des communes sont limitées par leur nature était éminemment

[51] M.C. ROUAULT, *L'intérêt communal*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1991, p. 23

laconique. Il s'agit cependant d'un point essentiel fondant l'interventionnisme des communes ; or, même la jurisprudence d'alors ne comble pas cette carence. Aussi, en l'absence de définition textuelle et jurisprudentielle, la doctrine s'est-elle attachée à tenter de définir les notions « d'affaires locales » et « d'affaires communales » mettant l'accent, de façon quasiment systématique, sur la difficulté inhérente à cette tâche.

36. Louis-Jérôme Chapuisat considère, s'agissant des affaires communales qu'il s'agit de « critère introuvable ». Il n'existe pas, selon lui, d'intérêt local par nature. L'intérêt de la commune ne peut-être « que le but auquel doit tendre l'action des organes municipaux. Il ne préexiste pas à l'action et il ne peut pas être un critère de compétence »[53], « il ne se trouve donc pas dans l'objet du service mais dans les circonstances locales qui en créent l'opportunité »[54]. Il s'oppose ainsi à Léon Michoud qui considère qu'existent, aux côtés des intérêts de l'Etat, des intérêts communaux propres. En effet, au-dessous de l'Etat, il trouve « d'autres intérêts collectifs et permanents qui ont, comme les siens, une base territoriale, c'est-à-dire qui ont pour objet les besoins d'une population occupant un territoire déterminé. Ce sont les intérêts locaux représentés par la commune : ils consistent notamment à défendre l'agglomération contre les dangers qui la menacent ; à y faire régner l'ordre, la sécurité et la salubrité ; à gérer enfin et à préserver contre toute atteinte le patrimoine collectif de l'agglomération. »[55]. Les affaires locales sont, selon Jean-François Lachaume, « les intérêts et besoins qu'avaient en commun les habitants vivant sur un territoire restreint qui les ont poussés à les défendre et à les prendre en charge collectivement au moyen d'organes procédant d'eux »[56]. Aussi diverses soient-elles, les acceptions données par la doctrine à la notion d'affaire locale présentent toutes un point commun : la corrélation entre « intérêt local » et « affaires locales ». Il semble dès lors essentiel de rechercher en quoi ces deux notions sont interactives.

Louis-Jérôme Chapuisat, recherchant si l'intérêt local peut servir de critère aux affaires locales, en distingue deux conceptions. Selon la première, une conception matérielle, « chaque compétence répond à un besoin que l'autorité publique est amenée à satisfaire.

---

[52] Selon lequel le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune.
[53] L.J. CHAPUISAT, « Les affaires locales », *AJDA*, 1976, p. 474
[54] L.J. CHAPUISAT, « Les affaires locales », *AJDA*, 1976, p. 475
[55] L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1924, p. 113
[56] J.F. LACHAUME, *La commune*, Paris, LGDJ, 1997, p. 19

L'intérêt local découle alors d'une distinction entre les besoins nationaux, qui sont ceux dont la satisfaction intéresse directement l'ensemble de la collectivité étatique, et les besoins locaux, qui sont ceux dont la satisfaction n'intéresse qu'une collectivité territorialement délimitée, quand bien même on les retrouve identiques dans d'autres collectivités locales de même type. »[57] Cette conception, à laquelle se rallie, selon l'auteur, une majorité de la doctrine, est relativement fragile dans la mesure où elle implique, tout d'abord « une sorte de rupture entre les deux types d'intérêts publics, selon qu'ils sont locaux ou nationaux. »[58] Or, à travers l'exemple du maintien de l'ordre public, l'auteur démontre à quel point la ligne de clivage est délicate, voire impossible à préciser[59]. Il indique en outre que « pour être opérationnelle, cette conception impliquerait une différence de nature entre l'objet d'intérêt local et celui d'intérêt général. Or, tous les transferts de compétences montrent à l'envie que les activités changent de titulaire sans changer de nature. »[60] La conclusion s'imposant à l'issue de cette démonstration conduit à refuser à l'intérêt local, entendu conformément à cette conception, le caractère de critère de l'affaire locale. Une deuxième conception de l'intérêt local se montre, *a priori*, plus convaincante. Il s'agit de l'intérêt formellement local. Louis-Jérôme Chapuisat la résume ainsi : « les collectivités locales ne peuvent s'attacher qu'à la gestion d'un intérêt localement circonscrit. Ici, ce n'est plus l'action elle-même qui est ou n'est pas d'intérêt local. C'est la situation spatiale de l'objet concret qu'elle concerne ou sur lequel elle porte qui donne à l'activité son caractère d'affaire locale. » [61] Malgré sa pertinence, cette conception de l'intérêt local trouve également des limites puisque selon l'auteur, « tout objet qui est infra-communal dans ses implications, toute activité dont les manifestations sont comprises dans le cadre communal ou départemental, ne sont pas nécessairement constitutifs d'un intérêt local en ce sens que les autorités locales de droit commun ne sont pas admises à s'en saisir. » En outre, il se peut qu'une commune se trouve compétente alors même que l'activité en cause se situe sur le territoire d'une autre collectivité et ne la concerne que de façon tout à fait indirecte[62]. En conséquence, même s'il est entendu selon cette conception,

---

[57] L.J. CHAPUISAT, *La notion d'affaires locales en droit administratif français*, p. 380
[58] L.J. CHAPUISAT, *ibid.*, p. 381
[59] Selon L.J. CHAPUISAT, « l'ordre public général n'existe que par le maintien de l'ordre public local. Comment préciser la ligne de clivage ? La relation est évidente, l'un englobe l'autre sans solution de continuité. Et ceci est transposable à toutes les matières où il y a inter-action entre le milieu local et le milieu national. »
[60] L.J. CHAPUISAT, *ibid.*, p. 382
[61] L.J. CHAPUISAT, *La notion d'affaires locales en droit administratif français*, p. 384
[62] C.E. 21 juin 1929, Mériot, Rec. p. 606. Dans cette décision, le conseil d'Etat a considéré que « le conseil municipal du Havre [avait] pu s'intéresser, légalement, au fonctionnement d'un bac qui – bien que non situé sur le territoire communal – est de nature à favoriser son approvisionnement et sa prospérité. »

l'intérêt local ne peut constituer le critère des affaires locales. Résumant sa pensée, Louis-Jérôme Chapuisat énonce « qu'il n'existe pas de besoin qui soit spécifiquement et exclusivement local, donc étranger à la fonction administrative générale, ni de cadre territorial qui lui soit inaccessible. Une affaire nationale peut être gérée localement. Il n'existe aucun moyen de préjuger la façon dont est assumé l'intérêt local, c'est à dire en définitive le contenu des affaires locales. »[63]

37. Si la majorité de la doctrine s'accorde aujourd'hui pour admettre avec Louis-Jérôme Chapuisat qu'il n'existe pas d'intérêt local propre[64], certains auteurs reconnaissent néanmoins sa réalité et son importance dans la détermination des affaires locales. Ainsi, Jean-Marie Pontier, s'opposant en cela à Louis-Jérôme Chapuisat, considère que « la notion d'intérêt local sert de fondement aux affaires locales »[65]. Il se demande si l'intérêt local ne signifie pas une action préférentielle de la collectivité locale par rapport à l'action de l'Etat[66]. C'est en effet l'acception la plus pertinente dans la mesure où il semble difficile de considérer que puissent exister des besoins propres aux seuls habitants de certaines communes.

38. Marie-Christine Rouault, pour qui l'intérêt local peut être entendu « comme ce qui importe soit aux habitants d'une division territoriale appelée commune, soit à l'être collectif du même nom »[67], énonce que l'intérêt communal a été le fondement du pouvoir communal et qu'il est, aujourd'hui, un critère de compétence, bien qu'elle reconnaisse qu'il s'agit là d'un critère contesté. Elle considère que « l'intérêt communal n'est plus le besoin qui pousse à la mise en place du service public – hygiène, alimentation, sport, loisir, etc. ... Il est plus large et capable de légitimer toute intervention municipale, telle la fourniture d'un « plus » par rapport aux prestations des entreprises privées, notamment la modicité du prix demandé. »[68]

39. Ces considérations indiquent que si l'intérêt local par nature n'existe pas, un certain type d'intérêt local peut et doit exister même s'il n'est que la conséquence d'une loi ou d'une jurisprudence et qu'il n'est devenu local uniquement parce que cette qualité lui a été

---

[63] L.J. CHAPUISAT, *La notion d'affaires locales en droit administratif français*, p. 388

[64] Par ailleurs, considérer que l'intérêt local ne recouvre que des intérêts exclusivement locaux aboutit de façon quasiment systématique à constater l'absence d'intérêt local[64]. Ce point de vue est partagé par certains auteurs tels Duguit qui considère dans son *Traité de droit constitutionnel* (1923, Tome III, p. 66) que la « notion d'intérêt exclusif de la commune ne peut être valablement soutenue ».

[65] J.M. PONTIER, *L'Etat et les collectivités locales*, p. 153

[66] J.-M. PONTIER, L'Etat et les collectivités locales répartition des compétences, p. 161

[67] M.C. ROUAULT, *L'intérêt communal*, p.14

reconnue. Il semble qu'il ne puisse qu'être constaté au regard de la situation existante à un moment précis et qu'il constitue, par conséquent, un « label »[69] apposé par le juge ou par la doctrine à certaines activités au gré des opportunités, afin de fonder la compétence de la commune. Nous rejoignons sur ce point Maurice Hauriou qui reconnaissait volontiers que tout objet pût offrir, à l'occasion un intérêt public local[70].

40. D'autre part, l'intérêt local doit exister, et ce, tant que la clause générale de compétence continuera de s'appliquer. Force est de constater que malgré l'imprécision de cette notion, elle constitue un critère de l'affaire locale et partant, un fondement de la compétence de la collectivité. C'est parce que l'intérêt local est une notion particulièrement large que le législateur de 1884 n'a pu être plus précis. Cette imprécision a tout de même l'avantage de permettre aux communes de s'adapter aux divers besoins. Les affaires communales fondant la compétence de la commune, il est nécessaire de trouver un critère permettant de les identifier, quelle que soit l'origine de ce critère. Est-ce parce que l'Etat a décidé qu'une affaire présentait un intérêt local que ce critère, faisant de l'affaire en cause une affaire locale, ne doit pas être utilisé ? Nous ne le pensons pas. Aussi, semble-t-il indispensable, d'admettre avec Marie-Christine Rouault et Jean-Marie Pontier que malgré ses imperfections, le critère de l'intérêt communal permet l'identification des affaires locales[71].

2) Une activité répondant aux critères de l'affaire locale

41. Bien que l'intérêt local et, partant, l'intérêt communal ne puisse être défini de manière satisfaisante, il peut être caractérisé de façon relativement sûre. En l'occurrence, deux éléments nous invitent à considérer la distribution d'énergie comme une affaire locale : l'occupation de la voirie communale d'une part et le fait qu'il s'agisse d'une activité en lien avec l'un des objets de la police municipale d'autre part.

---

[68] M.C. ROUAULT, *L'intérêt communal*, p. 350

[69] L'expression est empruntée à D. TRUCHET dans son article *« Label de service public et statut de service public »*, AJDA 1982, p. 427

[70] M. HAURIOU, note sous CE 2 février 1906 Chambre syndicale des propriétaires de bains, S, 1907, III p. 2

[71] Certes, l'intérêt local est une notion indéfinissable et il n'est possible que de dresser un inventaire précaire des différents intérêts locaux. Cependant, il ne saurait être fait grief à ce critère d'être insuffisamment opérant en raison des incertitudes qui l'entourent alors que l'on admet l'intérêt général, notion non moins indéfinissable, comme fondement à des notions clés du droit administratif à commencer par celle du service public.

42. Tout d'abord, la gestion de l'occupation de la voirie communale est sans aucun doute d'intérêt communal dans la mesure où la commune est seule compétente sur son domaine public. La distribution d'énergie, peut ne pas être reconnue de façon aussi évidente, comme étant une activité d'intérêt local en ce qu'elle intéresse tout un chacun, quel que soit son lieu de résidence. Néanmoins, le caractère local de cette activité ne doit faire l'objet d'aucun doute puisque afin de réaliser cette activité, un intérêt purement local – l'occupation du domaine public communal – est en jeu.

43. Les communes sont progressivement amenées à prendre en charge l'éclairage public devenu, au fil du temps, l'un des objets de la police municipale. Ainsi, l'article 50 du décret du 14 décembre 1789 énonce : « Les fonctions propres au pouvoir municipal, sous la surveillance et l'inspection des assemblées administratives, sont : […] de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics. » S'il semble incontestable que l'éclairage des voies publiques participe de cet impératif, un doute peut alors néanmoins subsister dans la mesure où, les communes ne se montrent que modérément préoccupées par l'accomplissement de cette mission. La loi des 16 et 24 août 1790 doit mettre fin à ces doutes en ce que, dans son titre XI, article 3, elle est nettement plus explicite sur ce point. Elle énonce ainsi, sans la moindre ambiguïté que « les objets de la police confiés à la vigilance des corps municipaux sont : 1° Tout ce qui intéresse la sûreté et commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend le nettoiement, l'illumination, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des bâtiments menaçant ruine… » Malgré la clarté de cette disposition, une difficulté persiste, résultant de la combinaison de cette dernière avec l'article 471, n°3, du code pénal prévoyant que serait puni d'une amende de un à 5 francs « les aubergistes et autres qui, obligés à l'éclairage, l'auront négligé ». Selon Léon Morgand[72], l'obligation d'éclairer les rues ne résulte pas de la loi. Elle n'existe qu'en vertu d'un arrêté municipal et n'incombe qu'aux personnes désignées par l'arrêté. Il est néanmoins possible aux communes d'établir cet éclairage public et de le prendre à leur charge. Ainsi, afin de remplir sa mission, la commune agit d'une part, de façon normative, par le biais du pouvoir de police du maire prenant des arrêtés et, d'autre part, de

[72] L. MOGAND, *La loi Municipale, commentaire de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux*, Paris, Librairie administrative de Berger-Levrault et Cie, 1884, Tome II, p.41

façon active en assumant elle-même, directement ou non, l'éclairage des voies publiques. En tout état de cause, force est de constater que cette mission d'éclairage appartient à la commune[73].

44. L'éclairage au gaz, première énergie alors utilisée nécessite l'utilisation de canalisations situées dans le sous-sol des communes indispensables à l'acheminement du gaz depuis son lieu de production vers son lieu d'utilisation. Aussi, afin d'assurer la mission d'éclairage public qui leur incombe, les communes sont-elles conduites à conclure avec les entreprises produisant du gaz, des contrats qui, selon Jean L'Huillier, présentent « dans leur principe, le caractère de marchés de fourniture »[74]. De leur côté, afin de se trouver en mesure d'honorer les contrats ainsi conclus avec les communes, ces entreprises n'avaient d'autre possibilité que d'établir, sous les voies publiques des canalisations nécessaires à la distribution du gaz qu'elles produisent. Elles sont alors amenées à se faire délivrer par les communes, des permissions de voirie[75]. C'est ainsi que les municipalités et les producteurs conviennent de lier ces deux opérations en « insérant dans les marchés d'éclairage public, un ensemble de clauses relatives à l'établissement des canalisations de gaz et à leur utilisation par l'entreprise gazière »[76]. L'activité de distribution de gaz se détache progressivement de l'éclairage public pour permettre l'éclairage privé ou encore, le chauffage.

Si la compétence des communes s'est révélée incontournable, c'est avant tout le fait de la question relative à la domanialité publique[77]. Dès le XIXe siècle, il est acquis que le domaine public est un objet de police administrative et, plus particulièrement, de la police municipale[78] et, que l'intérêt de la commune est de le protéger et de le conserver en bon état. Les évolutions techniques ayant entraîné une augmentation des besoins de la population, les communes se trouvent dans l'obligation d'affecter leur domaine public soit directement au public, soit, et c'est ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, à un service public ce qui

---

[73] Cette compétence de la commune sera réaffirmée à l'article 97 1° de la Loi Municipale du 5 avril 1884 reprenant dans des termes quasiment identiques, les dispositions de l'article 3, titre du XI de la loi des 16-24 août 1790.
[74] Jean L'HUILLIER, « Gaz et électricité », *Encyclopédie Dalloz*, p. 214
[75] (voir infra n° 61)
[76] Jean L'HUILLIER, « Gaz et électricité », *Encyclopédie Dalloz*, p. 214
[77] Selon E. Pilon, dans son ouvrage *Les monopoles communaux, Eclairage au gaz et à l'électricité, distribution d'eau et de force motrice, omnibus-tramways*, précité, p. 50, « Le droit du domaine public de la commune s'étend aux voies de communication, à tout ce qui fait corps avec elles et à tous les bâtiments affectés à un service public. »
[78] Article 98 de la loi Municipale du 5 avril 1884. Voir également sur ce point la thèse de L.J. CHAPUISAT, *La notion d'affaires locales en droit administratif français*, 1971, p. 29 et s.

conduira Eustache Pilon à écrire que « c'est notamment en vertu de son droit domanial de puissance publique qu'elle peut faire bénéficier ses habitants de grands services d'usage collectif : éclairage public et privé, distribution d'eau, transport par omnibus ou par tramways »[79]. La commune, dispose, tout comme l'Etat et le département, de prérogatives de puissance publique. Une autorisation, délivrée par la commune, au titre de son pouvoir de police, est nécessaire aux compagnies d'éclairage et de distribution d'électricité et de gaz pour occuper le domaine public[80].

45. Ainsi organisée, alors même que certains pourraient douter du caractère local de la distribution d'énergie, cette activité qui ne peut être réalisée que par l'utilisation du domaine public communal devient, au minimum par ricochet, d'intérêt local. « Il a en effet été admis que la mise en œuvre d'un service nécessitant l'occupation du domaine public ne pouvait logiquement être que le fait de la collectivité et que, dans ce cas, l'intervention était légale. Ceci entraîne le développement de services dont la majorité est aujourd'hui assurée dans la plupart des communes : eau, assainissement, gaz, électricité… »[81]

46. L'intérêt local, étant, comme cela a été précédemment démontré, le critère permettant d'identifier les affaires locales, la distribution d'énergie entre ainsi dans la catégorie des affaires locales et doit, à ce titre, permettre aux communes d'intervenir dans cette matière industrielle et commerciale même si, la clause générale de compétence de la loi du 5 avril 1884 ne permet qu'une intervention limitée des communes[82].

47. Il convient néanmoins de concilier les implications de cette disposition avec le principe de liberté du commerce et de l'industrie telle qu'interprétée par le Conseil d'Etat afin de déterminer dans quelle mesure les communes peuvent intervenir en matière industrielle et commerciale et, en particulier, s'agissant de la distribution d'énergie.

---

[79] E. PILON, *ibid.*, p. 50

[80] Il arrive que cependant, certaines des voies utilisées soient départementales ou nationales et ne ressortent plus, dès lors, de la compétence de la commune. Cette question a été tranchée par une circulaire des Ministres de l'intérieur et des travaux publics du 15 août 1893. Voir supra n° 65.

[81] J.F. AUBY, *Les services publics locaux*, Paris, PUF, 1982, p. 10

[82] D'une façon plus générale, M. Chapuisat classe l'interventionnisme local au sein des affaires locales. Il énonce que la clause générale de compétence « fournit un fondement juridique solide à l'interventionnisme local puisqu'elle n'est, théoriquement, exclusive d'aucune branche d'activités publiques ayant trait à l'intérêt local. » Les interventions industrielles et commerciales des communes n'étaient donc pas exclues par le terme « affaires de leur compétence ».

B- Le fondement d'un interventionnisme limité des communes

Si en vertu de la qualification d'affaire locale qu'elle revêt, les communes peuvent assurer la distribution publique d'électricité et de gaz (2), il ne doit pas être perdu de vue que cela constitue une exception s'agissant de la prise en charge d'une activité industrielle et commerciale par une collectivité territoriale dans la mesure où l'application du principe de liberté du commerce et de l'industrie empêche alors par principe la réalisation d'un tel cas de figure(1).

1) Le principe de liberté du commerce et de l'industrie empêchant en principe l'interventionnisme économique des communes

48. Selon les termes du décret du 28 décembre 1926, « sont considérées comme industrielles ou commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées soit par application de la loi des 2-17 mars 1791, soit, en ce qui concerne l'exploitation des services publics communaux, en vertu de traités de concession et d'affermage ». Or, la distribution étant incontestablement une activité qualifiable d'industrielle et commerciale puisque, dès sa mise en place, quel que fut le mode d'organisation utilisé, la très grande majorité de cette activité est effectivement assurée par des entreprises privées. Cette activité est, en conséquence, touchée par l'application du principe de liberté du commerce et de l'industrie et, en particulier, par l'interprétation qui en est alors donnée par le Conseil d'Etat. Ce dernier choisit d'en faire un principe s'opposant à tout interventionnisme communal en matière industrielle et commerciale (b) alors qu'il n'avait à l'origine que pour but de mettre fin au corporatisme existant (a).

a. Les origines du principe de liberté du commerce et de l'industrie

49. Dès la seconde moitié du XVIIe, l'établissement d'un service communal est alors déjà subordonné à la carence de l'initiative privée ou à l'excès des prix de vente. C'est ainsi qu'en 1655 l'établissement d'une boulangerie communale est contesté par les autres boulangers du lieu en ce qu'elle restreint la « liberté publique » des boulangers et « les [prive]

de leur travail »[83]. Quelques années plus tard, le juge considère que les communes n'ont pas à intervenir en matière industrielle et commerciale. Il se fonde pour cela sur deux textes consacrant le principe de liberté du commerce et de l'industrie : la loi des 2-17 mars 1791 également appelée le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791[84].

Cependant, bien que ce ne soit pas dans le but d'exclure toute intervention publique des matières industrielles et commerciales que les textes consacrant le principe de liberté du commerce et de l'industrie sont intervenus, cela en sera néanmoins la principale conséquence.

La volonté des auteurs des textes est alors d'éradiquer toute forme de corporatisme. Cette pratique née au Moyen-Age qui s'étend considérablement à partir de l'ordonnance de Colbert du 13 mars 1673, consiste en la constitution – la plupart du temps, spontanée – de corps de métiers exerçant un monopole au niveau local. Le plus souvent, les corps de métiers sont alors doublés de confréries religieuses. L'une des conséquences de cette pratique qui caractérise le système économique de l'Ancien Régime, est que pour exercer un métier, l'aval du reste du corps s'avère indispensable. Ainsi, un grand nombre de travailleurs n'est pas en mesure de choisir son métier. La liberté d'entreprendre ne peut alors trouver à s'appliquer. Condamnant cette pratique, les révolutionnaires choisissent d'y mettre un terme, ce qui sera le fruit de ces deux textes.

Dans un premier temps, le décret d'Allarde affirme : « A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce et d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits »[85]. Un second texte vient rapidement compléter celui-ci afin de rendre effective et sans équivoque l'interdiction des corps de métiers. Ainsi, l'article premier de la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 dispose que « l'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession, étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit ». Ces deux textes, n'abolissent pas seulement le corporatisme en affirmant la liberté d'entreprendre, ils sont le fondement d'une autre liberté

---

[83] Exemple cité par J.L. MESTRE dans sa thèse *Un droit administratif à la fin de l'Ancien régime : le contentieux des communautés de Provence*, Paris, LGDJ, 1976, p. 342

[84] Cette loi a été abrogée par la loi Ollivier du 21 mars 1884 légalisant les syndicats en ce qu'elle interdisait les groupements professionnels mais pas en ce qu'elle consacre la liberté d'entreprendre.

: la liberté du commerce et de l'industrie[86]. Cependant, comme le fait remarquer Raphaël Alibert, rejoignant en cela Maurice Hauriou[87], cette reconnaissance ne semble pas, pour autant, réserver cette liberté aux seules personnes privées[88]. C'est cependant dans une autre voie que choisira de l'interpréter le Conseil d'Etat.

b. Une interprétation de cette liberté entravant l'action des communes

50. C'est une interprétation particulièrement constructive qui conduira le Conseil d'État à refuser aux personnes publiques la jouissance de cette liberté qui ne leur est aucunement refusée par les textes.

La volonté de ne pas fausser le libre jeu de la concurrence semble être à l'origine de cette interprétation du décret d'Allarde. En effet, lorsqu'une activité nécessaire pour satisfaire les besoins de la population n'est pas monopolisée, il est nécessaire d'en concilier l'exercice avec la liberté de l'initiative privée. C'est le point de vue que défend Maurice Hauriou considérant cette interprétation du décret d'Allarde par le Conseil d'Etat particulièrement hardie dans la mesure où elle consacre « la séparation de l'économique et du politique, qui est une des bases du régime d'Etat »[89].

Plusieurs facteurs permettent de penser que les communes bénéficient d'avantages par rapport aux personnes privées. En premier lieu, les communes disposant de ressources plus extensibles et d'un budget plus important que les personnes privées, il apparaît qu'elles sont en mesure d'écraser économiquement un concurrent proposant une même activité. Par ailleurs, les communes, ne cherchant pas à s'enrichir par le biais de l'exercice de ces activités, contrairement aux personnes privées exerçant une activité industrielle ou commerciale, elles peuvent ainsi fixer des prix moins élevés pour la fourniture d'un même service ou d'un même

---

[85] En février 1776, Turgot, alors ministre de Louis XVI, avait, par un édit, supprimé toute confrérie, maîtrise, jurandes et tribunal des corporations. Cependant, le libéralisme mis en place par Turgot fut bref puisqu'il fut renvoyé au mois d'août et qu'un nouvel édit vint rétablir les corporations.

[86] Selon certains auteurs, la liberté d'entreprendre est une composante de la liberté du commerce et de l'industrie. C'est le cas de D. LINOTTE et R. ROMI qui énoncent à la page 84 de leur manuel de *Droit public économique*, 6ème édition que « la liberté du commerce et de l'industrie vise d'abord la liberté d'entreprendre » et semblent ainsi suivre le juge constitutionnel sur ce point. Cette conception s'oppose à celle du Conseil d'Etat dans la mesure où, dans une ordonnance de référé du 12 novembre 2001 Commune de Montreuil-Bellay, il a affirmé que « la liberté d'entreprendre (est une) composante de la liberté du commerce et de l'industrie », confirmant ainsi le point de vue énoncé par P. DELVOLVE dans son précis de Droit public économique (1998).

[87] M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 36 en note

[88] R. ALIBERT, note sous les arrêts du Conseil d'État, 30 mai 1930 *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* et 27 février 1931 *Syndicat professionnel des épiciers en détail*, S., 1931, III, p.73

bien. Ceci tient alors au fait que, la personne privée fixe ses prix en fonction des bénéfices qu'elle souhaite réaliser afin d'être en mesure d'assurer son train de vie alors que la commune assure le sien par le biais des contributions publiques.

51. Cette interdiction de principe des interventions économiques des collectivités publiques les place par conséquent dans une situation pour le moins ambiguë. D'une part, en effet, comme le rappelle Philippe Jourdan elles doivent « ravitailler et soigner leurs membres en cas de nécessité, dans l'hypothèse de circonstances exceptionnelles : guerre, famine, peste »[90]. Louis Roger considère, quant à lui, qu'il entre « dans le rôle de la commune de conserver et d'améliorer les conditions générales de bien-être et d'existence des individus qui la composent. D'ailleurs, par la force des choses, l'abstention absolue est interdite aux municipalités»[91]. Elles se trouvent ainsi dans l'obligation de ravitailler et de soigner leurs habitants lorsque cela s'avère nécessaire et, d'autre part, elles ne peuvent faire de tort aux particuliers, en venant les concurrencer sur le terrain des activités industrielles et commerciales.

C'est ainsi que dans un avis de la section de l'Intérieur du 17 juillet 1894 le Conseil d'Etat a affirme, à propos de la pharmacie municipale de Roubaix que « la fabrication, l'achat et la vente de médicaments constituent des opérations industrielles ou commerciales étrangères aux attributions légales des conseils municipaux »[92]. Le Conseil d'Etat poursuivra dans cette voie pendant plusieurs années, cherchant sans cesse à limiter les interventions économiques des communes. C'est ainsi que dans un arrêt du 29 mars 1901 Casanova[93], il jugera illégale la délibération d'un conseil municipal accordant un traitement à un médecin pour soigner gratuitement les habitants en l'absence de circonstances exceptionnelles. La création d'activités prises en charge par la commune doit rester exceptionnelle.

52. Durant cette période, de façon ponctuelle, le législateur est amené à autoriser des interventions industrielles et commerciales municipales lorsqu'est en jeu la présence d'un intérêt général ou collectif imposant alors aux communes de prendre en charge certaines

---

[89] M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 36 en note
[90] Ph. JOURDAN, « La formation du concept de service public », RDP, 1987, p 103
[91] L. ROGER, *Le domaine industriel des municipalités, Distribution d'eau, de gaz, d'électricité, transport en commun*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1901, p. 16
[92] CE, Avis de la Section de l'Intérieur, 17 juillet 1894, *D*. 1898, III, p. 3
[93] CE, 29 mars 1901, Casanova, GAJA, 2005, n°8

activités. Pour autant, le juge administratif « empêche l'intérêt communal de s'affirmer en prohibant toute incursion des municipalités dans le domaine du commerce et de l'industrie. »[94] Dès lors, il semble opportun de s'interroger avec Didier Linotte et Raphaël Romi « sur le point de savoir pourquoi l'initiative économique d'une collectivité publique est considérée comme contraire à la liberté de concurrence au lieu d'en être une manifestation et une application. »[95] Progressivement, le Conseil d'Etat va, concurremment avec le gouvernement, reconnaître aux collectivités territoriales de prendre en charge certaines activités industrielles et commerciales et, partant, conforter la prise en charge de la distribution d'électricité et de gaz par les communes.

2) Le dépassement de cet obstacle

53. Se fondant sur l'article 61 de la loi Municipale du 5 avril 1884, certaines communes tentent d'étendre leurs compétences et de démontrer qu'un intérêt communal suppose la création d'un service, en particulier dans le domaine industriel et commercial. Toutefois, parce que le principe de liberté du commerce et de l'industrie est la règle, l'intervention des communes s'agissant de la distribution est fondée doit rester limitée.

En effet, selon Eustache Pilon[96], « la commune peut, en principe, organiser tout service public local utile aux habitants, mais elle ne peut l'exploiter elle-même : toute gestion industrielle ou commerciale lui est interdite. » L'auteur se fonde sur deux avis, l'un ministériel, l'autre, du Conseil d'Etat. Le premier, daté du 17 février 1894[97], énonce que « Si, par application de l'article 61 de la loi du 5 avril 1884, les conseils municipaux règlent les affaires des communes, cette disposition ne leur confère pas une activité illimitée ; ils sont tenus de se renfermer dans le cercle de leurs attributions, et notamment ils ne sauraient, sans excéder la limite de leurs pouvoirs, engager les communes dans les entreprises commerciales. » Le Conseil d'Etat considère, quant à lui, dans un avis du 3 août 1894 « les opérations industrielles et commerciales étrangères aux attributions légales des communes. »

---

[94] M.C. ROUAULT, « La théorie du socialisme municipal, L'intérêt communal discipliné par le juge administratif », *Le quotidien juridique*, 18 juin 1987, p. 4
[95] D. LINOTTE et R. ROMI, *Droit public économique*, Paris, Litec, 2006, p. 89
[96] E. PILON, thèse, p. 203
[97] Cité par E. PILON, *précité*, p. 203

54. La situation dans laquelle le principe de liberté du commerce et de l'industrie place les communes les met dans une situation pour le moins délicate au regard de la loi Municipale qui leur impose de régler, par leurs délibérations, les affaires qui sont les leurs. La solution proposée par Léon Blum dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat Commune de Mesle-sur-Sarthe du 3 février 1911[98] semble alors apporter une réponse particulièrement pertinente à cette difficulté. Il y émet l'idée selon laquelle une commune peut intervenir sur un marché dans les mêmes conditions qu'une personne privée et être soumise au principe de liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi, il ne serait pas porté atteinte à celui-ci. Cette solution ne sera cependant pas retenue et pendant la période allant de 1884 à 1914, les communes seront tenues de respecter une liberté du commerce et de l'industrie bénéficiant uniquement aux personnes privées, en s'abstenant d'intervenir en matière industrielle et commerciale à défaut de loi les y autorisant.

55. Cependant, le Conseil d'Etat semble progressivement admettre un interventionnisme particulièrement mesuré des communes s'appuyant sur l'article 61 de la loi Municipale pour créer, en matière industrielle et commerciale, des services autres que ceux prévus par la loi. Sa jurisprudence restera cependant fidèle à son esprit et il n'acceptera que dans de très rares cas les interventions des communes. Pour autant, il ne nie plus, de façon aussi systématique, aux activités industrielles et commerciales, le possible caractère d'affaires relevant de la compétence de la commune.

Alors que les interventions communales ne sont destinées, en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qu'à revêtir un caractère supplétif, force est de constater qu'en matière énergétique, les communes interviennent largement. Toutefois dans une majorité des cas, ces interventions restent indirectes dans la mesure où elles confient l'exploitation de l'activité à des tiers[99].

56. La compétence de la commune se trouve solidement fondée et le rôle qu'elle joue dans l'organisation se révèle essentiel. Cependant, bien que l'activité de distribution d'énergie soit fondamentale, il faudra attendre la loi Berthelot du 15 juin 1906 pour voir pérennisé le rôle de la commune, cette loi, parallèlement aux évolutions jurisprudentielles du Conseil d'Etat, fera de l'activité de distribution d'énergie un véritable service public local.

---

[98] L. BLUM, Conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État, 3 février 1911, *Commune de Mesle-sur-Sarthe, Dalloz*, 1913, III, p. 25

[99] Voir infra n° 82 et suivants.

§2 : La distribution d'énergie : un monopole de fait

57. Compte tenu de son caractère spécifique résidant dans la nécessaire utilisation du réseau et, partant, de la nécessaire occupation du domaine public, il apparaît rapidement que cette activité ne peut être organisée que sous forme monopolistique au niveau communal permettant ainsi à la commune de créer le privilège de la distribution de l'électricité et du gaz (A). Ces monopoles n'ont pas été remis en cause par le juge et le législateur qui ont, à l'inverse, conforté leur existence et partant, la commune dans son rôle de distributeur (B).

A- La nécessaire mise en place d'un monopole de fait

58. Il convient tout d'abord, de préciser ce que nous entendons par le terme « monopole ». Nous reprendrons l'acception développée par Eustache Pilon dans sa thèse relative aux monopoles communaux[100]. Il y énonce « qu'autrefois on qualifiait seulement de monopole un état absolument exclusif de toute concurrence, on voit maintenant un monopole même dans le cas où la concurrence est simplement limitée. […] En un mot, le monopole est un phénomène économique, caractérisé par la raréfaction croissante des agents destinés à fournir certains produits ou certains services, raréfaction leur donnant des avantages incompatibles avec un régime de concurrence. »[101]

59. Tout comme en matière d'éclairage, la distribution d'énergie est, dès son origine, organisée sous forme monopolistique. Ce monopole ne constitue pas un monopole de production ou de vente d'énergie – un tel monopole ne pouvant être créé qu'en vertu d'une loi – mais des droits exclusifs de se servir de la voie publique afin de fournir le gaz et l'électricité. La commune, en effet, se trouvait en mesure de « créer le privilège exclusif, le monopole de distribuer le gaz ou l'électricité dans la commune par canalisations dans la voie publique »[102]. En conséquence, une commune ne peut en aucun cas obliger un habitant à

---

[100] E. PILON, *Les monopoles communaux, Eclairage au gaz et à l'électricité, distribution d'eau et de force motrice, omnibus-tramways*, Caen, Imprimerie Charles Valin, 1898, p. 13
[101] Ibidem
[102] E. PILON, Thèse précitée, p. 27

s'approvisionner exclusivement chez elle ou son concessionnaire afin de lui fournir de l'énergie. Elle ne peut pas « créer des monopoles de droit pour l'eau, l'éclairage ou les transports, mais seulement des monopoles de fait »[103]. En revanche, seule la commune ou son concessionnaire a le droit de se servir de la voie publique pour distribuer l'énergie.

60. Deux types de considérations liées à l'occupation du domaine public – l'une d'ordre économique, l'autre d'ordre matériel – justifient le recours à des monopoles municipaux. Tout d'abord, le marché étant relativement restreint (le territoire de la commune), il apparaissait que, si plusieurs entreprises devaient se le partager, les revenus qu'elles en retireraient seraient bien trop modestes pour que l'activité soit rentable. En effet, le capital d'investissement était particulièrement élevé ; or, les besoins de la population n'augmentent pas avec la hausse des entreprises proposant le même service. Le résultat d'une telle organisation du marché serait nécessairement une hausse des tarifs préjudiciable aux consommateurs mais également aux entreprises elles-mêmes. En outre, d'un point de vue strictement matériel, la largeur des voies ne permet et ne permet toujours pas une démultiplication à l'infini des opérateurs.

Le monopole alors mis en place est fondé sur un monopole de réseau superposé à un monopole de l'activité utilisant ce réseau : il s'agit d'un monopole naturel[104]. Il convient néanmoins de préciser qu'il arrive cependant que des communes refusent le bénéfice du monopole à leur concessionnaire[105]. Ainsi, parce qu'il nécessitait l'occupation du domaine public communal, ce monopole rend, selon Stéphane Duroy, « naturelle la compétence communale »[106].

61. Le Conseil d'Etat, modérant sa jurisprudence libérale, choisira de protéger ces monopoles de fait au détriment des concurrents souhaitant s'implanter sur les territoires

---

[103] E. PILON, Thèse précitée, p. 30

[104] Aux Etats-Unis, l'expérience d'un régime concurrentiel avait été tentée, sans succès. Les pouvoirs publics avaient conclu des concessions de même nature avec plusieurs compagnies pensant que la concurrence fonctionnerait. Or, rapidement, les compagnies concurrentes fusionnèrent pour former de véritables *trusts* municipaux, contrairement à la volonté des municipalités. C'est ainsi que *le Chicago gas trust*, anéanti à plusieurs reprises, s'est toujours reformé.

[105] CE 1er juillet 1910, Ville de Pau, rec. p. 531. En 1890, la commune avait passé une concession avec une société électrique dans lequel il était stipulé qu'elle était «exclusive de tout monopole ; [qu'] elle ne [conférait] aucun droit pouvant empêcher l'octroi de toutes autres concessions, permissions ou autorisation de même nature, pourvu qu'elles [fussent] soumises aux mêmes conditions ».

[106] S. DUROY, Thèse, p. 122

communaux. C'est ce qui conduira Maurice Hauriou à écrire que, l'hypothèse du monopole de fait « enlève au Conseil d'Etat le souci de sauvegarder la liberté du commerce et de l'industrie. Il ne s'agit que d'assurer au mieux les intérêts des usagers, et le Conseil considère comme légitime que la commune prenne la direction de l'entreprise. » [107]

B- Des monopoles de fait protégés

62. Bien que contestée, l'existence de ces monopoles municipaux a été largement protégée, à commencer par le Conseil d'Etat.

Tout d'abord, les économistes voyaient dans ces monopoles, une pratique « dangereuse et au point de vue économique, et au point de vue moral. »[108] Pour Eustache Pilon, ces monopoles de fait portent atteinte à la libre circulation. Il considère en effet « qu'il y a un véritable « monopole de circulation. » Les canalisations souterraines, aussi bien que les rails des tramways constituent un genre nouveau de circulation. Or, la destination de la voie publique est d'être affectée à la circulation et à toutes les formes de circulation, aussi bien à la circulation des piétons qu'à la circulation souterraine pour la distribution collective de la lumière, de l'eau ou de la force motrice. Dès lors, tout privilège de canalisation, c'est-à-dire de « circulation souterraine », est une atteinte grave portée à la libre circulation. »[109] Maurice Hauriou, quant à lui, y voit « une sorte de résurrection des banalités. Le seigneur féodal n'avait point le monopole de la vente du pain ; mais il avait un four, le four banal, et tous ceux qui voulaient faire du pain étaient obligés de le faire cuire dans ce four en payant une redevance. » [110] Il en conclut alors que « la rue est devenue banale, dans le vieux sens du mot, dans le sens du four banal, du moulin banal, c'est-à-dire abusive et oppressive. »

63. Malgré tous ces détracteurs, le Conseil d'Etat élabore une jurisprudence relativement protectrice des monopoles de fait en reconnaissant, dans un premier temps à la commune, le droit, de créer des monopoles de fait. La formule alors employée est la suivante : « Considérant que, si les communes ne peuvent constituer au profit d'un tiers le monopole de

---

[107] M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 38
[108] P. LEROY-BEAULIEU, *Traité théorique et pratique d'économie politique, Tome 1*, Paris, 1914 p. 629 : Il voyait dans le développement de ces monopoles de fait, « une cause de l'affaiblissement de l'esprit d'entreprise, des libertés publiques et de l'indépendance individuelle ».
[109] E. PILON, thèse précitée, p. 30

l'éclairage privé, il leur appartient, pour assurer sur le territoire le service de l'éclairage, tant public que privé, d'interdire, d'autoriser ou de favoriser, sur le domaine municipal, tout établissement pouvant faire concurrence à leur concessionnaire. »[111] Eustache Pilon justifie la position du Conseil d'Etat par le fait que, la commune jouissant de prérogatives de puissance publique, elle dispose d'un droit de police lui permettant d'accorder ou de refuser la permission d'établir des canalisations souterraines. « De ce droit, à celui de s'interdire par un traité d'autoriser des canalisations ou des entreprises concurrentes, il n'y avait qu'un pas à faire. La jurisprudence l'a fait. »[112]

L'article 115 de la loi Municipale va rapidement permettre aux communes d'organiser un système de concession à titre exclusif pour la gestion de l'électricité et du gaz.

64. Parallèlement, l'Etat, à travers la personne du ministre de l'intérieur et des travaux publics, veille également à ne pas remettre en cause le système instauré par les communes en protégeant au maximum les monopoles communaux. En effet, l'activité de distribution d'électricité et de gaz, tout comme l'activité d'éclairage public dont elle est le corollaire, constituait une activité qui, bien que communale, nécessite en plus de l'occupation de la voirie urbaine, celle d'une partie de la grande voirie. Or, si le maire est compétent pour délivrer les autorisations relatives à l'occupation de la voirie urbaine, il revient au préfet de délivrer les autorisations relatives à l'occupation des voies départementales et nationales, quand bien même ces dernières se trouvaient sur le territoire communal. Cela constitue une difficulté ainsi résumée par Simone Deglaire et Edmond Bordier[113]: « Pouvait-on subordonner le fonctionnement d'un service municipal, comme celui de l'éclairage public, à une permission de voirie délivrée par le préfet si les conducteurs nécessaires à cet éclairage devaient occuper la grande voirie. A contrario, pouvait-on donner à l'Etat le pouvoir d'autoriser sur des voies relevant de son domaine, des implantations de conducteurs permettant de fournir de l'énergie à des usagers situés sur le territoire d'une commune ayant elle-même organisé une distribution municipale ? » Cette répartition des compétences entre le maire et le préfet pour l'organisation d'une même activité conduit à remettre fréquemment en cause les monopoles accordés par les municipalités. En effet, les concurrents des

---

[110] M. HAURIOU, « Les dangers des monopoles de fait », *RDP*, Tome 1, p. 84
[111] Conseil d'Etat, 20 mai 1881, Crest, rec. p. 522
[112] E. Pilon, thèse précitée, p. 38
[113] S. DEGLAIRE et E. BORDIER, *Electricité, Service public, Tome 1*, Paris, Berger-Levrault, 1963, p. 24

concessionnaires des communes commencent à mettre en place une nouvelle pratique consistant en la demande aux préfets de l'autorisation de poser des conduites de distribution de gaz[114] dans les travées des routes nationales et départementales situées sur le territoire des villes. Ces routes ne faisant pas partie de la voirie urbaine, les monopoles municipaux accordés par les municipalités ne peuvent, par conséquent, les concerner.

65. Une première circulaire du ministre des travaux publics en date du 22 juin 1882[115] vient donner raison aux concurrents des concessionnaires des communes. Le ministre y énonçait qu'en « concédant un monopole d'éclairage ou de distribution d'eau, les villes ne peuvent engager que leurs droits, et que ce privilège accordé ne s'étend pas au domaine de la grande voirie. » Cette position du ministre des travaux publics est de nature à accentuer la remise en cause des monopoles de distribution d'énergie sur le territoire municipal. Or, seul un monopole permet de répondre pertinemment aux besoins des usagers bénéficiant de ce service[116]. Afin de limiter cette situation, le ministre invita les préfets ainsi sollicités à ne délivrer les autorisations d'établir des distributions d'énergie qu'à la commune elle-même, à ses concessionnaires ou ses permissionnaires. A la suite de deux circulaires des 18 avril 1888 et 18 octobre 1889 demandant aux préfets de ne pas créer, dans l'intérieur d'une même ville, un régime pour la grande voirie différent du régime de la voirie urbaine », les préfets conviennent de n'accorder les permissions de grande voirie qu'après l'accord des municipalités. Cependant, la difficulté n'est pas réellement résolue puisque cette pratique revient à demander aux communes leur accord préalable pour autoriser des entreprises autres que celles qui détiennent le monopole, à utiliser la grande voirie. Les communes refusent, en conséquence, une pratique consistant selon elles, à remettre en cause les privilèges qu'elles accordent. Finalement, l'Administration se rallie à la position protectrice des monopoles du Conseil d'Etat puisque dans une circulaire du 15 août 1893, le ministre de l'intérieur et des travaux publics reprend les termes d'un avis du Conseil d'Etat du 27 juin 1893[117] dans lequel, après avoir réaffirmé le principe applicable[118], ce qui a pour effet de faire résulter la

---

[114] L'electricité n'apparaîtra que plus tard.
[115] Citée par S. Deglaire et E. Bordier, *précité*, p. 24 et s.
[116] Voir supra n° 58 et suivants
[117] CE, avis, 27 juin 1893, RGA, 1893, p. 306
[118] Aux termes de cet avis, « les permissions de voirie sont délivrées par l'autorité qui administre les voies auxquelles elles s'appliquent. La compétence résulte du classement de ces voies. Les contrats de concession, au contraire, relèvent de l'autorité dans les attributions de laquelle sont placés, à raison de leur nature, les services

compétence relative aux permissions de voirie du classement des voies, il permet aux communes de créer des monopoles au-delà de la voirie urbaine, sur les voies départementales et nationales situées sur le territoire de la commune. Dans sa circulaire, le ministre de l'intérieur et des travaux publics impose, en effet, aux préfets de ne délivrer les permissions de voiries qu'aux seules communes, ces dernières se trouvant, dans un second temps, chargées d'en rétrocéder le bénéfice à leur concessionnaire. De cette façon, l'Administration, rejoignant alors le Conseil d'Etat, protège, elle aussi, les monopoles de fait mis en place par les communes.

66. Par ailleurs, toujours plus soucieux de protéger les monopoles existants, le Conseil d'Etat considère que le traité par lequel une ville a concédé à une compagnie d'éclairage au gaz l'éclairage public et privé doit être interprété en ce sens que la ville a concédé l'éclairage public et privé sans distinction faite suivant le mode d'éclairage, ce qui a pour conséquence d'empêcher la commune de concéder l'éclairage à l'électricité à une autre compagnie[119]. Le Conseil d'Etat assouplira tout de même légèrement sa position en admettant que la commune puisse confier l'exploitation du service à un concurrent. C'est ce qui ressort de l'arrêt du 10 janvier 1902 Compagnie du gaz de Déville-lès-rouen[120]. Dans cette décision, il n'est pas revenu sur la protection du monopole mais sur celle des droits de l'exploitant. Il juge qu'une commune est libre de confier le service de l'éclairage à l'électricité à une autre compagnie que celle qui détient le monopole de l'éclairage au gaz, si et seulement si, elle a dans un premier temps mis en demeure le titulaire du monopole de recourir à l'électricité plutôt qu'au gaz et que celui-ci l'a refusé. Cette protection des monopoles sera confirmée et même renforcée par la loi du 15 juin 1906[121].

---

qui font l'objet de ces concessions, quelle que soit la catégorie de voie publique à emprunter. La compétence résulte ici de la nature des services ».

[119] CE, 26 décembre 1891, Compagnie du gaz de Saint-Etienne contre Ville de Saint-Etienne, *Sirey*, 1894, IIIème partie, p. 1, note Maurice Hauriou.

[120] Rec. p. 5

[121] L'article 8 de cette loi dispose : « Aucune concession ne peut faire obstacle à ce qu'il soit accordé des permissions de voirie ou une concession à une entreprise concurrente, sous la réserve que celle-ci n'aura pas des conditions plus avantageuses. Toutefois, l'acte par lequel une commune ou un syndicat de communes donne la concession de l'éclairage public ou privé sur tout ou partie de son territoire peut stipuler que le concessionnaire aura seul le droit d'utiliser les voies publiques dépendant de la commune ou des communes syndiquées dans les limites de sa concession, en vue de pourvoir à l'éclairage privé par une distribution publique d'énergie, sans que cependant ce privilège puisse s'étendre à l'emploi de l'énergie à tous usages autres que l'éclairage, ni à son emploi accessoire pour l'éclairage des locaux dans lesquels l'énergie est ainsi utilisée. Pendant la durée du privilège ainsi institué, les permissions de voirie délivrées par le préfet et les actes de concession passés au nom de l'Etat ou du

67. Ainsi organisée, la distribution d'électricité et de gaz réserve un rôle essentiel à la commune, rôle qui sera renforcé avec la consécration de la distribution comme véritable service public local.

Section 2 : La consécration d'un service public local

68. La loi du 15 juin 1906 marque un tournant pour les communes : la reconnaissance du bien-fondé de leur action en matière de distribution d'énergie. Loin de remettre en cause le système mis en place, de façon empirique par les communes, cette loi, suivie de celle du 27 février 1925 pérennise la distribution d'énergie telle qu'elle a été organisée jusqu'alors. En consacrant les communes dans leur rôle d'autorités concédantes, la loi du 15 juin 1906 confirme le caractère local (§2) d'une activité devenue de ce fait un véritable service public (§1).

§1 : L'organisation progressive d'un véritable service public

69. Bien que la loi Berthelot du 15 juin 1906 organise la distribution d'énergie elle ne précise pas s'il s'agit d'un service public. Cette absence de précision est pour le moins regrettable puisque de la qualité de service public ou non de l'activité dépend le régime applicable. Or, il n'existe pas de définition immuable et incontestable de la notion de service public. Il est néanmoins possible d'en dessiner les contours. Dans ce paragraphe sera retenue l'acception jurisprudentielle traditionnelle selon laquelle pour qu'une activité emporte la qualification de service public, deux critères doivent être remplis : le but d'intérêt général de l'activité et le lien avec une personne publique[122]. Si la satisfaction d'un intérêt général ne fait

---

département, devront tenir compte de ce privilège dans les obligations imposées aux permissionnaires et concessionnaires ».

[122] Certains auteurs considèrent que trois critères doivent entrer en compte pour identifier le service public, un critère matériel, un critère organique et le critère du régime exorbitant du droit commun. Tel est ainsi le cas de R. Le Mestre qui, dans son ouvrage *Droit du service public* publié en 2005 chez Gualino Editeur énonce à la page 128 qu' « il est constitué par toute activité d'intérêt général, prise en charge par une personne publique et soumise à un régime juridique exorbitant. » Ce troisième critère ne nous semble cependant pas pertinent dans la mesure où très tôt ont été identifiés des services publics soumis, pour leur majeure partie, au droit privé : TC 22

pas de doute[123], la difficulté concerne l'identification du critère organique. Aussi, seule la question relative à la prise en charge de l'activité par une personne publique sera étudiée ci-après. Il est nécessaire, à cette fin d'examiner les différents modes d'organisation utilisés afin de déterminer si la distribution est un service public ou un service privé.

Il doit être précisé qu'un cas de figure ne sera pas envisagé, les collectivités territoriales n'intervenant pas. Il s'agit de celui des distributions d'énergie pouvant être établies et exploitées librement. L'article 2 de la loi Berthelot prévoit en effet que, si la distribution n'emprunte « en aucun point de son parcours des voies publiques [elle] peut être établie et exploitée […] sans autorisation ni déclaration ». La distribution ainsi organisée aura incontestablement le caractère d'un service privé. En revanche, la commune peut se trouver amenée à jouer un rôle essentiel dans trois autres cas : la permission de voirie (A), la concession (B) et la régie (C). Ainsi, il conviendra d'analyser le rôle joué par la commune dans ces trois cas de figure afin de déterminer s'il est tel que l'on pouvait la considérer comme assumant l'activité, en faisant ainsi un service public.

A- L'abandon progressif de la permission de voirie : vers la fin du service privé

70. Jusqu'en 1906, parallèlement à la concession, les communes ont recours à la permission de voirie pour organiser la distribution d'énergie. Elle sera largement utilisée jusqu'en 1925 en raison des avantages alors procurés à ses bénéficiaires avant de voir son utilisation limitée par le législateur (1). Lorsqu'elle est organisée sous la forme de permission

---

janvier 1921 Société commerciale de l'Ouest Africain, GAJA, 17ème édition, n°36. J.F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat qui, dans leur ouvrage *Grands services publics* consacrent trois chapitres à la définition du service public : « Le service public est une activité d'intérêt général », « La dépendance du service public à l'égard d'une personne publique » et « La soumission à des degrés variables du service public à un régime exorbitant du droit privé » tempèrent cette approche en écrivant à la page 33 que le lien avec la personne publique « fait partie avec le but d'intérêt général du fonds commun de tous les services publics ». Nous rejoignons ainsi R. Chapus (*Droit administratif général*, 2001, p. 579) pour qui « une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public » et d'ajouter « Toutes autres données ou considérations sont indifférentes. ». Cette approche rejoint celle d'Y. GAUDEMET et A. De LAUBADERE pour qui le service public peut être défini comme « toute activité d'une collectivité publique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général » (Traité de Droit administratif, Paris, PUF, 16ème édition, p. 34). Il convient tout de même de souligner le caractère incertain de ces critères résultant, d'une part, de l'imprécision de la notion d'intérêt général et, d'autre part, du caractère extensif du lien avec la personne publique.

[123] Toute activité d'intérêt local est, à l'origine, une activité d'intérêt général. En effet, l'intérêt local propre n'existant pas, une activité d'intérêt local est en conséquence une activité qui, est fondamentalement d'intérêt général, mais qui, pour des raisons essentiellement pratiques est reconnue, comme étant d'intérêt local. (Voir supra n° 39 et s.)

de voirie, l'activité de distribution ne peut être qualifiée de service public (2). Son abandon progressif au profit de la concession marquera la fin du caractère privé de la distribution d'énergie.

1) L'abandon progressif de la permission de voirie

71. La permission de voirie est définie par Maurice Hauriou comme « un permis, délivré à un particulier, d'occuper temporairement et privativement un emplacement déterminé du domaine public avec une autorisation de modifier l'assiette du domaine et d'y incorporer des ouvrages. »[124] En général, elle consiste en un acte unilatéral de l'Administration même si dans certains cas, elle peut prendre la forme d'un contrat, tout en conservant sa qualité de permission de voirie. Elle est, en principe, soumise à des redevances présentant le caractère de « loyers »[125]. La délivrance de ces autorisations est la conséquence directe du principe selon lequel, « nul ne peut, sans autorisation délivrée par l'autorité compétente, occuper une dépendance du domaine public national »[126]. Ce principe s'étend aux dépendances du domaine public en général qui, selon René Chapus[127], doivent également faire l'objet d'autorisations. Aussi, en l'absence de concession, l'utilisation du domaine public est subordonnée à la délivrance d'une permission de voirie par la personne compétente.

72. Plusieurs raisons conduisent initialement les communes à recourir à la permission de voirie plutôt qu'à la concession afin d'organiser l'activité de distribution. La première tient à la réglementation alors en vigueur lorsque l'électricité fait son apparition. Les concessions de gaz constituent alors des monopoles de fait[128], les communes s'engageant à refuser de conclure d'autres concessions de distribution d'énergie avec des concurrents de leur concessionnaire. Or, lorsque l'électricité se développe, les voies publiques étant déjà largement occupées par les distributions de gaz, les communes ne peuvent conclure de concessions avec les distributeurs d'électricité. C'est pourquoi, les distributions d'électricité ne se développent, dans un premier temps, que sous la forme de permissions de voirie.

---

[124] M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif, p. 421
[125] M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif, p. 421
[126] Article L28 du domaine de l'Etat abrogé par l'article 7-1 de l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006.
[127] R. CHAPUS, Droit administratif général, Tome 2, Paris, Montchrestien, 2001, p. 495
[128] (voir supra n° 27)

En outre, les monopoles du gaz déjà créés par le biais de concessions s'avèrent puissants et les communes redoutent la création d'un autre monopole, susceptible de devenir tout aussi vigoureux que celui du gaz. Aussi, choisissent-elles de recourir au système des autorisations.

73. La permission de voirie présente des avantages considérables pour les communes qui accordent ces autorisations « sans monopole ni privilège quelconque » et « réservant seulement au permissionnaire, à l'exclusion de tout autre, pendant la durée de l'autorisation, les emplacements attribués à sa canalisation. » [129] Comme le fait remarquer Maurice Hauriou, cette liberté doublée de la protection accordée par le Conseil d'Etat au permissionnaire conduit aux « plus grands abus »[130].

74. Elle se révèle également être un instrument particulièrement intéressant pour son bénéficiaire puisqu'elle lui permet de jouir d'une entière liberté commerciale dans la mesure où elle ne peut prescrire aucune disposition relative aux conditions d'exploitation commerciale[131]. Elle n'en présente pas moins certains inconvénients dans la mesure où elle est marquée par son caractère révocable et précaire – principe visant à permettre à l'administration d'être perpétuellement en mesure de disposer du domaine public – même s'il a été atténué par la jurisprudence du Conseil d'Etat n'admettant le retrait de ces autorisations que dans un nombre de cas infiniment limités – tels que la sauvegarde de la destination du domaine public ou l'occupation contraire à une situation de droit. En effet, pendant plusieurs années, certains bénéficiaires de permissions de voirie doivent faire face au retrait de leurs autorisations. Un important contentieux illustre les abus dont sont alors victimes les pétitionnaires. Plusieurs retraits de permissions sont annulés par le juge administratif pour détournement de pouvoir. Comme le relate Pierre Teste, « beaucoup de communes avaient cru

---

[129] Formule utilisée à l'article 11 du cahier des charges adopté par les délibérations des conseils municipaux des 29 décembre 1888 et 25 février 1889 régissant les rapports entre la ville et des sociétés d'électricité.
[130] M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif, p. 521
[131] Son objet est, en effet, selon Ph. GODFRIN et M. DEGOFFE, d'autoriser « les emprises dans le sol et le sous-sol. » (*Droit administratif des biens*, Paris, Sirey, 2007, p. 126). Certes, le pouvoir de l'autorité compétente pour délivrer la permission de voirie peut influer sur l'activité du permissionnaire dans la mesure où la jurisprudence considère que la première peut se fonder sur des motifs de police pour refuser de délivrer l'autorisation. Ainsi, dans la célèbre affaire Veuve Clément (C.E. Sec. 18 nov. 1966, rec. p. 607) le Conseil d'Etat considère que le critère de la nouveauté de l'activité peut être légitimement pris en compte afin de délivrer une permission de voirie. Toutefois, le permissionnaire conserve une très large marge de manœuvre pour exercer son activité.

ménager entièrement leur responsabilité en accordant aux sociétés qui sollicitaient l'exploitation de lignes électriques de simples permissions de voirie. Elles pensaient que si cette délivrance devait être considérée par la jurisprudence administrative comme impliquant la violation du privilège appartenant au concessionnaire du service du gaz, il leur serait toujours aisé d'échapper aux condamnations imminentes en retirant les autorisations accordées aux 'électriciens'. »[132] Bien que les permissionnaires opposent à ces retraits leur obligatoire subordination à un intérêt public, le Conseil d'Etat a néanmoins pu juger « que les permissions de voirie pouvaient être retirées sans excès de pouvoir »[133] dans la mesure où leur maintien aurait eu pour effet « de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée »[134].

En outre, la permission de voirie génère un tout autre inconvénient, susceptible de constituer un véritable handicap pour son bénéficiaire puisque ce type d'autorisation ne permet pas d'obliger un propriétaire le refusant, à autoriser le passage de ligne ou l'implantation de pylônes sur sa propriété.

75. La loi Berthelot du 15 juin 1906 laisse subsister le régime de la permission de voirie, reconnaissant son existence aux côtés de la concession et lui permet de conserver son caractère avantageux puisqu'elle n'impose pas de durée, ni de tarif maximum. Le régime de la permission de voirie n'étant toujours pas réglementé et, bien que la loi cherche à développer le recours aux concessions, les permissions de voirie continuent à être particulièrement sollicitées par les entreprises. Malgré une censure de leur comportement par le Conseil d'Etat[135], les communes, désireuses, quant à elles, de voir se développer le recours à la concession, décident de refuser les permissions de voirie de façon systématique pour n'accorder que des concessions. Malgré la pugnacité de certaines d'entre elles, le recours à la concession ne se développe pas autant que le souhaitent les auteurs de la loi et les abus constatés ne diminuent guère.

Il faudra attendre la loi du 27 février 1925 pour voir le régime de la permission de voirie en matière de distribution d'énergie évoluer et se trouver réglementé de telle sorte

---

[132] P. TESTE, *Le service public de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Paris, Dalloz, 1940, p. 26
[133] Op. cit. p. 27
[134] CE, 27 décembre 1901, Pécard, S., 1902, III, p. 33, Note M. Hauriou
[135] C.E. 4 février 1921 et 4 août 1922, Compagnie du Bourbonnais, S, 1923, IIIème partie, p. 64

qu'elle se rapproche de la concession[136]. En outre, à compter de cette loi, seuls les plus petits réseaux peuvent faire l'objet d'une permission de voirie[137], la durée des permissions ne peut excéder trente ans et elle doit fixer les tarifs maxima de vente d'énergie[138]. L'objectif de la loi est atteint puisque sera constatée une baisse significative du recours à la permission de voirie au profit de la concession de service public.

76. Si la question des abus ne trouve plus à se poser, un autre problème persiste. Il s'agit de la détermination de l'autorité compétente pour la délivrer. Bien que le principe soit relativement intelligible – les permissions de voirie sont accordées par le préfet lorsque la voie concernée fait partie du domaine public national ou départemental et par le maire lorsque la voie dépend du domaine public communal – dans la pratique, cette répartition des compétences génère, comme c'est le cas pour la protection des monopoles accordés à leur concessionnaire par les communes, de véritables complications. Alors que le ministre des travaux publics opte pour une conception extensive de la compétence communale lorsque le service est organisé par le biais de concessions, le principe reste strictement applicable lorsqu'il est recouru aux simples permissions de voirie. L'autorité compétente pour délivrer ces autorisations dépend alors du seul classement des voies.

77. Malgré ces inconvénients, ce système se perpétue au-delà du 15 juin 1906 puisque, bien que la concession de service public soit généralisée, la permission de voirie peut encore être utilisée. Cependant, ce système doit néanmoins être amené à disparaître dans la mesure où, avec la loi de 1906 la concession bénéficie « d'un certain nombre de mesures de faveur »[139] et que la loi du 27 février 1925 prive la permission de voirie en matière de distribution d'énergie des avantages qu'elle procurait jusqu'alors aux permissionnaires. C'est ainsi que cesse progressivement d'exister, un système organisant l'activité de distribution de telle façon qu'elle n'entre pas dans la catégorie des services publics.

---

[136] J. BINET TARBE DE VAUXCLAIRS (*De la permission de voirie comme mode de distribution d'énergie électrique*, Paris, Jouve et Cie Editeurs, 1937, p. 7) considère que la loi du 27 février 1925 a établi, en faveur des permissionnaires, « un régime de transition ».

[137] l'article 3 de la loi prévoyait qu' « il ne [pouvait] être délivré de permission de voirie pour un réseau de distribution d'une puissance totale supérieure à 100 kilowatts ».

[138] Ces tarifs devant, en vertu de l'article 4 de la loi, être établis en comparaison avec ceux des distributions voisines concédées et étant susceptibles de révision

[139] J. EVESQUE, précité, p. 31

2) *Le caractère privé de l'activité de distribution d'énergie organisée par la permission de voirie*

78. Jean L'Huillier indique que « dans certaines communes, « les autorités municipales furent conduites, en présence du refus du concessionnaire de l'éclairage au gaz d'adjoindre à son activité la distribution d'électricité, à accorder à d'autres entreprises privées, qui n'étaient liées à la commune par aucun contrat, des permissions de voirie en vertu desquelles ces entreprises établirent, sur le domaine public communal, un réseau de conducteurs électriques desservant les installations des particuliers auxquelles elles fournissaient le courant. Là où cette seconde solution prévalut, la distribution de l'énergie électrique revêtit le caractère d'une activité purement privée. » [140] Ainsi, pour l'auteur, « la distribution de l'énergie électrique ne devait pas, […], acquérir dès l'origine, […], le caractère d'un service public. A ses débuts, elle présentait, comme la distribution de gaz de houille, l'aspect d'une entreprise purement urbaine d'intérêt communal. »[141] En effet, la permission de voirie ne peut pas, a priori, s'analyser en un acte créant entre le permissionnaire et l'autorité la délivrant, un lien tel que l'on peut considérer que l'activité exercée par le premier est rattachable, même indirectement à la seconde. Pour qu'une activité exercée par un organisme privé soit considérée comme étant rattachée à une personne publique, il faut que cette dernière ait délégué cette activité à l'organisme privé qui la gère. Il s'agit dès lors de délégation de service public or, cette dernière peut s'avérer particulièrement délicate à identifier. Si peu de problèmes sont rencontrés en cas de délégation par voie de contrat dans lequel cela apparaît clairement ou, par la voie législative, il se peut que tout ne soit pas aussi évident. Les permissions de voirie peuvent-elles constituer des actes de délégation unilatérale de service public ? Cette interrogation se révèle être moins absurde qu'il n'y paraît au premier abord. En effet, comme le fait remarquer René Chapus[142], « la frontière entre acte de délégation et acte d'autorisation peut être indécise », il va ainsi « y avoir lieu, notamment, à vérifier si la mesure intervenue procède à une délégation ou bien ne fait qu'accorder une autorisation, comme celle d'utiliser le domaine public, dont le bénéficiaire exercera une activité que l'administration peut réglementer, mais à laquelle elle reste étrangère. » Le premier réflexe conduisant à rechercher dans les textes une quelconque indication se révèle infructueux, les lois de 1906 et

---

[140] J. L'HUILLIER, « Gaz-Electricité », *Encyclopédie Dalloz*, p. 214
[141] *Ibidem*
[142] R. CHAPUS, *Droit administratif général, Tome 1* Précité, p. 581

1925, tout comme les circulaires de 1882 et 1889 n'apportant pas de précisions relatives à la nature de l'activité. En outre, la pratique de la délégation unilatérale n'est véritablement reconnue pour la première fois par le Conseil d'Etat qu'avec l'arrêt du 13 mai 1938 Caisse primaire aide et protection. A priori, il sera donc difficile de considérer la permission de voirie comme une forme de délégation de service public. Toutefois, afin d'en avoir la certitude, et parce que certains auteurs[143] les rapprochent effectivement, il nous semble important d'analyser la permission de voirie à travers le prisme de la question de la délégation de service public.

Divers éléments à prendre en compte afin de déterminer la réelle nature de l'acte sont proposés par le professeur Chapus. Il convient, selon lui, de rechercher si « l'institution a été créée par l'autorité publique (et non par l'initiative privée), si son activité est d'intérêt général, si ses dirigeants sont désignés par l'autorité publique ou agréés par elle et si cette dernière contrôle leur gestion, enfin si l'institution est investie de prérogatives de puissance publique. » Selon René Chapus, aucun de ces éléments n'est, à lui seul, déterminant, sauf, peut-être, le dernier. Aucun non plus n'est indispensable. Une seule certitude est permise : « plus les indices seront nombreux, plus il y aura de chances que le rattachement à la personne publique soit reconnu. » L'un des éléments semblant caractériser la présence d'une forme de délégation réside dans l'existence d'un contrôle sur le délégataire, traduisant notamment, l'existence d'un contrôle de ce dernier par l'autorité délégante.

79. Il apparaît que le permissionnaire jouit une très grande liberté commerciale et qu'en cas de négligence, la commune ne se trouve aucunement en mesure de le sanctionner par le biais d'un quelconque pouvoir de contrôle. La seule solution s'offrant à elle est de révoquer l'autorisation délivrée. En conséquence, il ne peut qu'être déduit de cette considération que la personne publique ne s'immisce pas dans la gestion commerciale de l'institution. Quant à savoir si elle participe à la désignation de ses dirigeants, une réponse générale ne peut pas être apportée. L'environnement économique d'alors peut néanmoins fournir des indications pertinentes. A la fin du XIXe siècle ainsi qu'au début du XXe, période où l'on rencontre largement les permissions de voirie, la doctrine du socialisme municipal, n'est que balbutiante. En conséquence, si comme cela a précédemment été démontré, les communes se réservent un certain droit d'interventionnisme en matière industrielle et

[143] Voir J. L'HUILLIER, « Gaz-Electricité », *Encyclopédie Dalloz*, p. 215

commerciale, elles ne semblent pas aller jusqu'à choisir les dirigeants des entreprises auxquelles elles accordent des permissions de voirie. S'agissant en dernier lieu de l'utilisation de procédés de droit public au titre desquels comptent les prérogatives de puissance publique, il ne ressort pas des textes que les permissions de voirie ont pour effet de conférer de telles prérogatives à leurs bénéficiaires. La permission de voirie donne le droit à son titulaire d'utiliser, privativement et pour des fins personnelles, une partie du domaine public. Il s'agit bien là d'un droit, en aucun cas d'une prérogative.

En revanche, la distribution d'énergie est incontestablement une activité d'intérêt général, ce qui conduit les communes à s'immiscer dans cette activité[144]. Dans le même sens, le fait de décider de la création – ou de la suppression – et du mode de gestion d'une activité peut également constituer un indice allant dans le sens de l'identification du service public. Or, les communes contribuent largement à la création de telles activités. Cependant, cet élément est incontestablement insuffisant pour permettre d'analyser les permissions de voirie en matière de distribution d'énergie en des délégations de service public.

80. Toutefois, après avoir constaté que l'octroi d'une permission de voirie ne fait pas de l'activité en cause une activité de service public, Jean L'Huillier énonce que la loi du 27 février 1925 soumet les distributions organisées sous le régime de la permission de voirie à « un régime de service public comprenant l'obligation d'appliquer un tarif maximum et pouvant comporter celle de fournir l'énergie à tout demandeur susceptible d'être alimenté par des lignes existantes. »[145] Cette réforme des permissions de voirie étend assurément le service public dans la mesure où, à partir de cette loi, la quasi-totalité des distributions est soumise au système de la concession. Mais considérer que cette réforme transforme l'activité de distribution d'électricité organisée au moyen de permission de voirie, jusqu'alors privée en activité de service public revient à dire que cette loi modifie les permissions de voirie pour en faire des délégations de service public. Cette réforme n'a pas pu transformer un service privé en service public en ne modifiant en rien son organisation.

Cependant, si Jean L'Huillier croit voir dans les distributions d'énergie organisées sous le régime des permissions de voiries réformé par la loi du 27 février 1925 un service public, c'est parce que les termes de cette loi reprennent littéralement ou, dans leur esprit

---

[144] Voir supra n° 69.
[145] J. L'HUILLIER, Gaz-Electricité, Encyclopédie Dalloz, p. 215

certaines dispositions contenues dans les cahiers des charges type des concessions[146]. Ainsi, par exemple, l'article 3 de la loi prévoit que « la durée d'une permission de voirie ne peut dépasser trente années. » Cette idée de durée limitée provient directement des cahiers des charges des concessions de distribution qui peuvent s'étendre jusqu'à 40 ans[147]. Il en va de même s'agissant de la possibilité d'imposer au permissionnaire la fourniture obligatoire de l'énergie au public et de la fixation, par les permissions de voirie, d'un tarif maxima de vente de l'énergie.

81. Malgré ces similitudes, des différences fondamentales persistent entre les permissions de voirie de la loi du 27 février 1925 et les délégations de service public. Dès lors, il semble plus opportun de considérer avec Jacques Binet Tarbé de Vauxclairs que le régime mis en place par la loi du 25 février 1927 constitue un « compromis entre les permissions de voirie usuelles et les concessions, assujettissant le permissionnaire distributeur à une série d'obligations qui n'incombent pas aux permissionnaires ordinaires mais sont au contraire les mêmes que celles des concessionnaires. »[148] En revanche, il ne fait aucun doute que, quant à lui, le recours à la concession organise cette activité sous la forme d'un service public.

B- Le mode d'organisation principal de la distribution d'électricité et de gaz : la concession de service public

82. Mode d'organisation utilisé dans un premier temps s'agissant de la distribution du gaz, la concession se développe considérablement avec la loi Berthelot du 15 juin 1906 pour devenir, à la suite de la loi du 27 février 1925, le système le plus utilisé, y compris s'agissant de la distribution d'électricité (1). A l'inverse des permissions de voirie, les concessions passées s'analysent au moins pour partie en concession de service public, confirmant le caractère de service public de l'activité de distribution ainsi organisée (2).

---

[146] J. L'HUILLIER, Commentaire de la loi du 8 avril 1946, Sirey, Lois annotées, 1946, p. 337

[147] Les charges imposées aux concessionnaires étant plus importantes que celles des permissionnaires, la durée des concessions était, dans un souci d'équité, supérieure à celle des permissions.

[148] J. BINET TARBE DE VAUXCLAIRS, *De la permission de voirie comme mode de distribution d'énergie électrique*, Paris, Jouve et Cie Editeurs, 1937, p. 1

1) *Le recours massif à la concession*

83. La distribution de gaz préexiste à celle de l'électricité. Le recours à la concession est le fruit d'une organisation efficace de l'activité par les communes et les entreprises gazières. Tout d'abord, elles conviennent, de lier l'opération de distribution de gaz et l'autorisation leur permettant d'établir, sous les voies publiques, les canalisations nécessaires à cette distribution en concluant des marchés d'éclairage public dans lesquels sont insérées des clauses relatives à l'établissement des canalisations de gaz et à leur utilisation par l'entreprise. Il est convenu qu'en contrepartie d'une fourniture gratuite ou à un prix réduit du gaz nécessaire au bon fonctionnement de l'éclairage public et, de son respect d'un certain nombre de garanties formulées au profit du consommateur, l'entreprise gazière bénéficiera d'un privilège d'éclairage. La commune, pour sa part, se réserve la faculté de prendre possession gratuitement, des canalisations établies par l'entreprise au terme du contrat[149]. Cette pratique constitue alors l'une des formes les plus anciennes de la concession.

84. Utilisée dans un premier temps s'agissant de la distribution de gaz, la concession est, à partir de la loi Berthelot, également utilisée pour la distribution d'électricité. En effet, bien que cette loi lui laisse le choix entre la permission de voirie et la concession, l'Administration, a tendance à refuser de façon systématique les permissions de voirie qui lui sont demandées pour ne plus accorder que des concessions. Ce phénomène traduit la concordance entre la volonté des communes et celle du législateur qui, considérant que le développement des installations électriques se trouve limité par la précarité des permissions de voirie[150], cherche par la loi du 15 juin 1906 à favoriser le recours à la concession. La loi Berthelot n'ayant pas suffi à enrayer le recours aux permissions de voirie, le législateur va plus loin avec la loi du 27 février 1925 par laquelle il vient limiter la possibilité de recourir au régime de la permission de voirie pour les seules distributions dont la puissance n'excède pas 100 kilowatts. Le législateur soumet, par conséquent, la quasi-totalité des distributions d'énergie au régime de la concession, confortant ainsi les pratiques des municipalités qui, une fois encore, précèdent le droit.

---

[149] Ceci, afin, de prévenir tout trouble dans l'activité d'éclairage public au terme du marché.
[150] Histoire de l'électricité tome I, p. 382

La loi Berthelot prévoit deux régimes de concessions : celui de la concession simple et celui de la concession déclarée d'utilité publique. En vertu de cette loi, les concessions peuvent être accordées par les communes, leurs syndicats ou par l'Etat[151], elles doivent également comporter un cahier des charges conforme, sauf dérogation approuvée par un décret en Conseil d'Etat, à l'un des cahiers des charges type établis par l'administration centrale.

85. Les concessions présentent de nombreux avantages pour la commune comme pour le concessionnaire. S'agissant de la commune tout d'abord, elle se trouve dans une situation relativement confortable puisque, selon les termes du commissaire du gouvernement Chardenet une concession est « un contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public. »[152] Ainsi, la commune, par le biais de la concession a la satisfaction de voir sur son territoire l'existence d'une activité pour laquelle, elle n'est pas tenue de prendre le moindre risque financier, tout en conservant, sur l'exploitant une autorité certaine. En effet, les risques financiers sont encourus par le concessionnaire qu'elle choisit puis contrôle.

86. Le régime de la distribution mis en place par la loi Berthelot instaure un avantage considérable pour le concessionnaire qui peut, quant à lui, désormais bénéficier légalement d'un monopole de fait[153]. En effet, la loi du 15 juin 1906, en renforçant le système des concessions consolida les monopoles prévoyant expressément leur existence. Son article 8

---

[151] (voir infra n°113)

[152] Conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, D. 1916, 3, p. 25

[153] M. Chapuisat énonce, à la page 196 de sa thèse consacrée aux *Affaires locales en droit administratif français*, que la loi du 15 juin 1906 a transformé le monopole de fait en monopole de droit. Or, il ne semble pas que cette loi ait modifié la nature du monopole. Comme M. Jèze le rappelle dans son article relatif à la concession de service public (*RDP*, 1925, p. 572 et suivantes) : « la concession à titre exclusif ne crée pas un monopole de droit au profit du concessionnaire. » Il indique, se fondant pour cela sur une jurisprudence constante du Conseil d'Etat qu'un monopole de droit réside dans « l'interdiction à quiconque autre que le concessionnaire de fournir telle catégorie de prestation. » Or, il constate que « la concession à titre exclusif n'empêche pas les individus de se procurer, ailleurs, qu'auprès du concessionnaire, la prestation. Il n'y a pas engagement, de la part de l'administration, d'empêcher absolument la concurrence. La concurrence est rendue plus difficile mais elle reste possible : le public peut obtenir une prestation d'un autre que le concessionnaire. »

énonce tout d'abord qu' « aucune concession ne peut faire obstacle à ce qu'il soit accordé des permissions de voirie ou une concession à une entreprise concurrente, sous la réserve que celle-ci n'aura pas des conditions plus avantageuses » impliquant alors de mettre un terme aux monopoles de fait créés antérieurement. Cependant l'alinéa 2 de l'article 8 prévoit une dérogation au principe précédemment énoncé : « Toutefois, l'acte par lequel une commune ou un syndicat de communes donne la concession de l'éclairage public et privé sur tout ou partie de son territoire peut stipuler que le concessionnaire aura seul le droit d'utiliser les voies publiques dépendant de la commune ou des communes syndiquées dans les limites de sa concession, en vue de pourvoir à l'éclairage privé par une distribution publique d'énergie, sans que cependant ce privilège puisse s'étendre à l'emploi de l'énergie à tous usages autres que l'éclairage, ni à son emploi accessoire pour l'éclairage des locaux dans lesquels l'énergie est ainsi utilisée. Pendant la durée du privilège ainsi institué, les permissions de voirie délivrées par le préfet et les actes de concession passés au nom de l'Etat ou du département, devront tenir compte de ce privilège dans les obligations imposées aux permissionnaires et concessionnaires ». Cette dérogation conduit Gaston Jèze à distinguer nettement deux régimes de distribution par le biais de la concession : « la distribution d'énergie destinée à la force motrice, pour laquelle il est interdit d'organiser un monopole de fait par une concession à titre exclusif, et la distribution d'énergie destinée à l'éclairage, pour laquelle, au contraire, il est licite d'accorder une concession à titre exclusif, c'est à dire d'organiser par acte administratif un monopole de fait »[154].

87. Aussi avantageuse soit-elle, le système de la concession fait tout de même l'objet de critiques. En effet, comme l'indique Marcel Waline, la concession est une formule qui « prétendant sauvegarder les intérêts financiers de la collectivité concédante, les compromet gravement. »[155] Il indique que le recours à la concession est motivé par la volonté de faire porter les risques de l'exploitation du service public sur le concessionnaire. Or, lorsqu'est instauré un nouveau service public ne sont connus ni ce qu'il coûtera, ni les recettes à en attendre. Il est probable que la nouvelle activité nécessite un fonds de roulement considérable pour n'apporter qu'un rendement incertain. Dès lors, « l'entreprise a donc un caractère

[154] G. JEZE, « La concession de service public », *RDP*, 1925, p. 570
[155] M. WALINE, « Les nationalisation », *Droit social*, 1945, p. 86

nettement spéculatif »[156] et Marcel Waline de poser la question de l'opportunité pour la collectivité publique de se lancer dans une telle spéculation.

88. En tout état de cause, ce mode d'organisation amène Jean L'Huillier à faire le constat suivant : « Dans certaines villes la distribution d'énergie électrique fut assurée par le concessionnaire de l'éclairage au gaz en exécution d'une clause généralement insérée dans les contrats de concession […] par laquelle ce concessionnaire s'était engagé, en contrepartie du privilège qui lui était accordé, à exploiter les procédés d'éclairage plus perfectionnés qui pourraient être découverts à l'avenir. Partout où cette solution fut appliquée, les distributions conjuguées de l'électricité et du gaz devinrent l'objet même d'un service public »[157]. En effet, dès lors que la distribution est assurée au moyen d'une concession, elle peut être qualifiée avec certitude de service public.

2) Le caractère de service public de l'activité concédée

89. Par définition, la concession de service public concerne l'organisation d'un service public. Elle permet à l'administration de confier la gestion d'une activité de service public à un tiers, le plus souvent, une personne privée. Aussi, dès lors qu'est en cause une concession de service public, la nature de l'activité ne fait aucun doute. Cependant, pour ce qui concerne les distributions d'énergie, si nous avons la certitude d'être en présence de concessions, de permissions de voirie ou de régies, les textes n'apportent aucune précision quant à la nature des premières. Or, comme le remarque Laurent Richer, « toute concession n'est pas une concession de service public. »[158] S'agissant des concessions de distribution d'énergie, il aurait tout aussi bien pu s'agir de concessions de travaux publics que de concessions de service public. Cette distinction est d'importance dans la mesure où l'Administration, et a fortiori les communes doivent intervenir avec parcimonie en matière de services publics, en particulier en matière industrielle et commerciale du fait, principalement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie alors que, très tôt, elle est largement intervenue en matière de travaux publics utilisant fréquemment le procédé de la concession. Le concessionnaire s'engage alors à exécuter un travail d'utilité publique et, réalise ensuite,

---

[156] Ibid.
[157] J. L'HUILLIER, « Gaz-Electricité », *Encyclopédie Dalloz*, p. 214
[158] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2006, p. 521

l'exploitation de son travail. La célèbre définition du contrat de concession formulée par le commissaire du gouvernement Chardenet, dans l'affaire Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux[159], n'indique pas s'il s'agit d'une concession de travaux publics ou de service public dans la mesure où elle recouvre la définition de service public, la définition de la concession de travaux publics et la définition de concession de travaux publics et de service public. Gaston Jèze distingue nettement concession de service public et marché de travaux publics en ce que la concession de service public « n'a pas pour objet la construction d'un ouvrage public, ni l'entretien d'un ouvrage public. »[160] Il reconnaît néanmoins qu'il « peut arriver et [qu'] il arrive le plus souvent que le contrat de concession de service public s'ajoute à un marché de travaux publics. Par exemple, le service public concédé suppose la construction préalable d'un ouvrage public ou bien l'entretien d'un ouvrage public. » Et de citer, à titre d'exemple la concession du service de distribution d'eau, de gaz, d'électricité… Il conclut en affirmant que « dans tous les cas, la réunion de ces deux opérations juridiques : marché de travaux publics (construction ou entretien d'un ouvrage public), contrat de concession de service public, porte, dans la pratique, le nom de contrat de concession de travaux publics. »[161] Même si cette dénomination semble impropre dans la mesure où elle ne reflète pas la présence du service public, la lecture de la loi du 15 juin 1906 conduit inévitablement à conclure au caractère mixte – à la fois concession de travaux publics et concession de service public – des concessions de distribution d'énergie puisqu'il prévoit que : « la concession confère à l'entrepreneur le droit d'exécuter sur les voies publiques et leurs dépendances, tous travaux nécessaires à l'établissement et à l'entretien des ouvrages ».

90. Selon Jean L'Huilier, l'organisation originaire de la distribution de gaz constitue déjà, et ce même en l'absence de texte le confirmant, une concession puisqu'il écrit au sujet des différentes clauses énonçant les obligations réciproques de la commune et de l'entrepreneur que « cet ensemble de clauses, insérées systématiquement dans les marchés d'éclairage public par le gaz imprima à ces marchés un caractère complexe en y introduisant un élément de travail public et un élément de service public, distinct du service même de l'éclairage public, éléments qui, dans la pratique, devaient acquérir un caractère prédominant.

---

[159] CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *GAJA* , 17ème édition, n°30 ; *D*, 1916, IIIème partie, p. 25 Conclusions Chardenet.
[160] G. Jèze, « La concession de service public », précité, p. 535
[161] G. Jèze, « La concession de service public », précité, p. 535

La distribution du gaz constitue ainsi l'une des plus anciennes applications du procédé de la concession de service public. »[162] Il est à noter que contrairement à Gaston Jèze, en présence des deux opérations de concession au sein d'un même contrat, Jean L'Huiller fait prévaloir l'élément de service public.

En tout état de cause, ces différentes conceptions confirment le caractère de service public de l'activité ainsi gérée puisque la concession en cause est au moins, pour partie, une concession de service public. En effet, dans le cadre de ces concessions, le lien organique est incontestablement présent. L'autorité concédante exerce un pouvoir de contrôle certain sur son concessionnaire. D'une manière générale, les auteurs sont d'accord pour admettre que les distributions d'énergie organisées sous la forme de concessions entraient dans la catégorie des services publics. Gaston Jèze opère cependant une distinction lourde de conséquence au sein des concessions. Il distingue, conformément aux dispositions de la loi du 15 juin 1906, les concessions simples et les concessions d'utilité publique, ne reconnaissant le caractère de service public qu'aux activités organisées en vertu de ce dernier type de concession. Il justifie sa position en avançant trois arguments : tout d'abord, il considère que les concessions simples ne sont pas de l'initiative de l'Administration mais des particuliers. Ensuite, la construction du réseau en concession simple ne jouit pas des prérogatives de puissance publique telles que l'expropriation ou les servitudes d'utilité publique. Enfin, les sommes payées par le public à un concessionnaire simple ne sont pas des taxes. Nous rejoignons Jacques Binet Tarbé de Vauxclairs[163] pour réfuter cette argumentation. S'agissant de l'initiative, quel que soit le type de concession, le concessionnaire n'est initialement qu'un requérant n'ayant aucun droit lui permettant de décider de la création ou non d'un service. Il convient d'ajouter que l'article 6 de la loi du 15 juin 1906 traitant de la demande de la concession simple est également applicable aux concessions déclarées d'utilité publique en application de l'article 11 de cette même loi. En outre, il semble maladroit de considérer que le concessionnaire simple ne dispose pas de prérogatives de puissance publique dans la mesure où les cahiers des charges de ce type de concessions contiennent nombre de dispositions exorbitantes du droit commun et que l'article 10 de la loi prévoit que « la concession confère à l'entrepreneur le droit d'exécuter sur les voies publiques et leurs dépendances, tous travaux nécessaires à l'établissement et à l'entretien des ouvrages, en se

---

[162] J. L'HUILLIER, « Gaz-Electricité », Encyclopédie Dalloz, p. 214
[163] J. BINET TARBE DE VAUXCLAIRS, *précité*, p. 149

conformant aux conditions du cahier des charges ». Enfin, s'agissant des taxes, elles ne peuvent être d'une nature différente par l'effet de la seule déclaration d'utilité publique. D'une manière générale, les conditions tendant à l'identification du service public sont remplies s'agissant de la concession simple, le but de l'activité étant toujours un but d'intérêt général et le lien avec l'autorité concédante ne faisant aucun doute à la lecture des dispositions de la loi Berthelot[164].

91. Ainsi, il ne fait aucun doute que l'activité de distribution organisée au moyen des concessions est alors un service public. Tel est également le cas de l'activité organisée en régie qui, bien que n'occupant qu'une place mineure sur le plan pratique est extrêmement importante sur le plan théorique, en particulier en ce qu'elle témoigne de l'évolution de l'interventionnisme des communes en matière industrielle et commerciale.

C- La place résiduelle de la régie : la timidité du socialisme municipal

92. La loi du 15 juin 1906 ne prévoit pas l'existence de régies de distribution d'énergie[165], son objet étant principalement de favoriser le recours à la concession. Cependant, quelques régies existent. L'activité est alors exploitée directement par la commune. Les mentalités sont alors encore réticentes à l'idée d'une gestion directe par la commune d'une activité industrielle et commerciale (1). Bien que progressivement le socialisme municipal se développe, permettant ainsi le recours à ce type de procédé d'organisation du service public (2), la régie est, jusqu'à la loi de nationalisation, un mode marginal de gestion publique de la distribution d'énergie même si elles restent un mode d'exploitation du service relativement peu répandu.

1) Les réticences initiales

---

[164] A titre d'exemple, le pouvoir de contrôle de la commune se manifeste à l'article 10 alinéa 2 qui dispose : « L'autorité qui fait la concession a toujours le droit, pour un motif d'intérêt public, d'exiger la suppression d'une partie des ouvrages d'une concession ou d'en faire modifier les dispositions et le tracé. »

[165] Aux côtés de la concession et de la permission de voirie, la loi du 15 juin 1906 avait prévu un régime d'autorisations ou de liberté absolue. Dans le cadre des distributions d'énergie n'empruntant en aucun point de leur parcours les voies publiques, les autorisations n'étaient nécessaires que dans les cas où il existait sur leur parcours une ligne téléphonique ou télégraphique et que les conducteurs n'en étaient séparés que par une distance inférieure à 10 mètres en projection horizontale.

93. Le recours à la régie afin d'organiser la distribution d'énergie, est à la fin du XIXe comme au début du XXe siècle quasiment nul. Il est permis de penser que si, malgré des velléités d'organisatrices de cette activité, les communes limitent leur compétence au point de ne pas assurer directement la distribution, c'est en premier lieu par peur de ne voir leur action annulée pour non-respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'Etat attache une importance considérable à défendre l'esprit d'initiative des personnes privées[166]. Ce principe s'assouplit néanmoins progressivement. Comme cela a déjà été démontré, les communes parviennent à s'immiscer dans la gestion des affaires industrielles et commerciales communales. Néanmoins, jusque dans les années 1920-1930, cette gestion restera indirecte. En effet, selon Eustache Pilon, si la pratique administrative permet aux communes d'organiser tout service public local utile aux habitants, elle refuse de leur reconnaître le droit de les exploiter elles-mêmes[167]. Cette position est la conséquence d'un avis ministériel du 17 février 1894[168] énonçant que « si par application de l'article 61 de la loi du 5 avril 1884, les conseils municipaux règlent les affaires des communes, cette disposition ne leur confère pas une capacité illimitée ; ils sont tenus de se renfermer dans le cercle de leurs attributions, et notamment ils ne sauraient, sans excéder la limite de leurs pouvoirs, engager les communes dans des entreprises commerciales. » Cette conception de la gestion des services publics n'est pas exclusivement la conséquence d'une vision restrictive du principe de liberté du commerce et de l'industrie. La régie directe présente, aux yeux de ses détracteurs, une menace pour l'autorité communale pour diverses raisons. Tout d'abord ils redoutent que la commune se comporte comme un industriel ordinaire. Si tel était le cas, ses habitants en oublieraient qu'elle est une autorité de puissance publique pour ne voir en elle que le commerçant ou l'industriel. Une autre inquiétude est alors celle du « fonctionnarisme et des abus qui fatalement en résultent. »[169] Les opposants à la régie[170] craignent que l'exploitation directe des services communaux conduise à augmenter le nombre de fonctionnaires à tel point qu'il y aurait plus d'administrateurs que d'administrés. Si la remarque a, aujourd'hui, perdu de sa pertinence, il s'agit alors, au moment où les communes

---

[166] (voir supra n°9 et suivants
[167] Thèse E. PILON, *précitée*, p. 203
[168] Cité par E. PILON, *précité*, p. 203
[169] E. PILON, thèse, p. 211
[170] Au titre des principaux opposant à la gestion directe d'une activité par la commune, doit être cité Paul Leroy-Beaulieu.

commencent à acquérir une véritable autonomie, d'un argument de valeur dans la mesure où l'on redoute que les fonctionnaires municipaux, considérés comme se trouvant sous le joug de la commune, ne perdent leur indépendance électorale. Allant plus loin, certains auteurs mènent une véritable fronde à l'encontre des employés municipaux, contestant les capacités techniques et intellectuelles de ces derniers. Certains les considèrent comme manquant d'activité et d'esprit d'épargne, n'ayant ni le stimulant, ni l'intérêt du personnel, cherchant le grand au lieu de l'utile et par conséquent, travaillant moins bien que ceux de l'industrie privée. Allant même jusqu'à considérer que comme l'employé de l'Etat, celui de la commune ne pense pas, ne lit pas, et ne cause pas.[171]

En outre, les services publics industriels et commerciaux sont alors considérés comme générant un contentieux important, dont les réclamations seraient de nature à affaiblir l'autorité en ayant la gestion. Aussi, vaut-il mieux ne pas risquer de voir l'autorité de la commune remise en cause à raison de réclamations, plaintes ou procès occasionnés par l'exploitation d'un tel service.

94. Dès lors, la concession est plus aisément acceptée que la régie et apparaît comme le mode de gestion normal de l'activité. Cependant, une telle conception doit nécessairement évoluer dans la mesure où elle n'apparaît pas opportunément justifiée. Comme le fait remarquer Eustache Pilon, « comme personne administrative, la commune possède des droits de puissance publique […] Il semblerait assurément très paradoxal de dire qu'une personne peut disposer des droits qui lui appartiennent, mais ne peut les utiliser elle-même. » Le Conseil d'Etat tarda cependant à accepter les régies municipales. A ce propos, Gaston Jèze, énonce : « à l'heure actuelle, le Conseil d'Etat est hostile à l'organisation des services publics locaux en régie directe. Ses opinions économiques orthodoxes le conduisent à interpréter d'une certaine manière le principe de la spécialité et les principes de la libre concurrence, de la liberté du commerce et de l'industrie : le Conseil d'Etat estime que les communes ont été instituées pour faire non pas de l'industrie ou du commerce, mais de l'administration. En conséquence, le Conseil d'Etat interdit, en principe, aux autorités locales, l'emploi du procédé de la régie directe. Il les oblige à concéder les services publics municipaux. Ce n'est que dans les « circonstances exceptionnelles » que la régie peut être utilisée par les autorités locales. Parmi les circonstances exceptionnelles, il faut citer le cas où aucun concessionnaire n'a été

[171] GUIMBAUD, *L'employé de l'Etat en France*, Paris, Le Boyteux, 1898, p.87

trouvé pour l'exploitation du service public municipal. Ainsi, le Conseil d'Etat autorise une ville à exploiter en régie directe le gaz ou l'électricité si « aucun adjudicataire ne se présente ou si ceux qui se présentent n'offrent pas des conditions assez avantageuses. »[172]

95. Progressivement néanmoins, le Conseil d'Etat, va accepter que les communes, sous certaines conditions, prennent directement en charge certaines activités industrielles et commerciales. Il reconnaît ainsi à des communes le droit d'exploiter des usines à gaz en régie[173]. Bien que le Conseil d'Etat assouplisse sa jurisprudence en matière d'interventionnisme des communes et que des textes interviennent, reconnaissant expressément aux communes la possibilité de créer des régies, ce système de gestion du service public restera exceptionnel, les communes lui préférant largement celui de la concession.

2) Le socialisme municipal : l'acceptation d'un mode particulier de gestion du service public

96. Malgré les obstacles s'opposant à l'intervention des communes, quelques unes profitent de la loi du 5 avril 1884 pour créer des régies[174]. Bien que la pertinence d'une telle intervention ne soit plus à démontrer, le Conseil d'Etat se montre plus que frileux à l'égard de telles pratiques. S'il est admis que les communes interviennent de façon indirecte en matière industrielle et commerciale, l'interventionnisme direct est, quant à lui, rarement admis. Le développement du socialisme municipal permet de légitimer – plus largement – ce type d'interventions des communes. Selon Gaston Jèze, « pour qu'il y ait socialisme municipal, municipalisation du service public, il ne suffit pas que les autorités communales aient décidé d'user du procédé du service public, il faut encore qu'elles décident que le service sera exploité en régie directe. »[175] C'est en effet ce qui ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, à travers sa décision du 6 avril 1900 Commune de Saint Léonard[176]. En

---

[172] G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, M. Giard et E. Brière, 1914, 2ème édition, p. 317
[173] CE, 8 mars ; 1895, GARN., *Sirey*, II, p. 354
[174] CE, 1er février 1901, Deseraix, rec. 105
[175] G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, p. 309
[176] CE 6 avril 1900 Commune de Saint Léonard, *rec*., p. 280

reconnaissant ainsi la légalité de ces régies, le juge administratif, n'a pas tant pour objectif le soutien de cette pratique que son encadrement.

97. Les régies de distribution seront expressément reconnues par le décret du 30 août 1917, pris en application de la loi du 15 juin 1906, approuvant un cahier des charges pour l'exploitation en régie d'une distribution d'énergie électrique. Quelques semaines plus tard, un décret du 8 octobre 1917, également pris en application de la loi Berthelot, fixera les conditions d'organisation administrative et le régime financier des régies de distribution d'énergie électrique, organisées par les communes ou par les syndicats de communes.

Par la suite, un décret-loi Poincaré du 28 décembre 1926 portant règlement d'administration publique pour l'organisation en régie de services d'intérêt public à caractère industriel et commercial, dans son article 1er autorise les communes à « exploiter directement des services d'intérêt public, à caractère industriel et commercial. Selon ce décret, sont considérées comme industrielles ou commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées soit par application de la loi des 2-17 mars 1791, soit, en ce qui concerne l'exploitation des services publics communaux, en vertu de traités de concession ou d'affermage »[177]. Pour Simone Deglaire et Edmond Bordier, « c'est en quelque sorte un retour à la loi de 1884, qui est à la base du décret du 28 décembre 1926, texte qui tend à absorber le fonctionnement de la régie dans la gestion de la commune. »[178] Doit-on considérer que ce décret est destiné à assouplir la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière ? Force est de constater que la jurisprudence développée jusqu'alors par le Conseil d'Etat paralyse l'action des communes en matière industrielle et commerciale. Or, en cette période de grandes difficultés en raison de la Première Guerre mondiale, ce décret a incontestablement pour objet d'encourager l'intervention des communes dans le domaine industriel et commercial. Ce décret est notamment contesté par le Syndicat professionnel des épiciers en détail en ce qu'il permettrait l'intervention des communes sans aucune restriction dans les entreprises industrielles et commerciales[179]. Malgré la volonté très nette que le gouvernement exprime à

---

[177] Des différences non négligeables existaient entre les régies résultant d'une application du décret du 8 octobre 1917 et celles résultant de l'application du décret du 28 décembre 1926. Les premières jouissaient de la personnalité civile et étaient en mesure d'accomplir, sous leur propre autorité tous les actes d'administration et de gestion tandis que les secondes n'avaient pas de personnalité distincte de la commune. Elles ne bénéficiaient que de l'autonomie financière.

[178] S. DEGLAIRE et E. BORDIER, *Electricité, service public, Tome I*, Paris, Berger-Levrault, 1963, p. 69

[179] CE, 30 mai 1930, Syndicat professionnel des épiciers en détail et Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, *RDP*, 1930, p. 530, conclusions Josse.

travers ce texte, par deux décisions du 30 mai 1930 Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers et Syndicats professionnels des épiciers en détail[180], le Conseil d'Etat maintient sa jurisprudence ne l'assouplissant que très légèrement. Dans ces deux affaires, le Conseil d'Etat continue à appliquer sa jurisprudence antérieure refusant par principe un interventionnisme industriel et commercial des communes. Le commissaire du gouvernement Josse considère en effet qu'il n'y a pas de raison particulière pour le Conseil d'Etat d'assouplir sa jurisprudence en la matière dans la mesure où le décret du 28 décembre 1926 fait mention, dans son article 1er de l'expression « services d'intérêt public » ce qui implique que, dans tous les domaines énumérés par le décret, « l'intervention municipale ne sera légale que si un intérêt public la légitime. »[181] En conséquence, le Conseil d'Etat juge dans ces deux espèces, que l'intervention municipale reste soumise à des « considérations particulières de temps et de lieu ». C'est dans cette expression que tient le léger assouplissement opéré par le Conseil d'Etat qui, auparavant, exigeait, pour qu'une intervention locale directe soit légitime, des circonstances « exceptionnelles »[182]. Cependant, la persistance du Conseil d'Etat dans cette interprétation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie postérieure au décret « aboutit à le dévaluer »[183].

98. Le Conseil d'Etat modifie cependant sa jurisprudence en 1933 dans un arrêt du 23 juin, Lavabre[184] dans lequel il énonce que la légalité de l'intervention communale est soumise au respect de deux conditions : une carence de l'initiative privée et un intérêt public local. Cette évolution de la jurisprudence allant dans le sens d'un certain assouplissement n'aboutit pas au développement des régies de distribution. A la veille de la nationalisation, quelques 250 communes ou syndicats de communes assurent la distribution d'énergie électrique par le biais de régies ce qui correspond à la fourniture de près de 5 % de la consommation totale alors même qu'un décret du 9 décembre 1939 supprime purement et simplement la liberté du commerce et de l'industrie pour la période de la guerre.

---

[180] CE, 30 mai 1930

[181] Conclusions du commissaire du gouvernement Josse sous les arrêts du Conseil d'Etat du 30 mai 1930 Syndicat professionnel des épiciers en détail et Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, *RDP*, 1930, p. 536

[182] Tel est le cas, par exemple, dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 mars 1901 Casanova, GAJA, 15ème édition, n°8

[183] M.C. ROUAULT, « La théorie du socialisme municipal, l'intérêt communal discipliné par le juge administratif », p. 5

[184] CE, 23 juin 1933, Lavabre, rec.677, S, 1933, III, 86, ccl° Rivet, note R. Alibert

Organisée en régie, la distribution d'énergie constitue de facto un service public puisqu'elle est assurée directement par une personne publique.

99. Ainsi, à compter de 1906, la majeure partie de l'activité de distribution d'énergie est organisée de telle sorte qu'elle constitue une activité de service public. La commune étant la personne publique la créant puis, la gérant, il s'agit d'un service public local.

§2 : Le caractère local du service public de la distribution d'énergie

100. Déterminer le caractère local d'un service public s'avère être une tâche complexe dans la mesure où il n'existe pas de définition indiscutable de la notion de service public local (A). Malgré cette difficulté il apparaît que le service public de la distribution entre dans la catégorie des services publics locaux en raison de sa gestion au niveau local (B).

A- Les incertitudes relatives à la notion de service public local

101. Comme le fait remarquer Jean-François Lachaume, « il n'existe pas de définition constitutionnelle, législative ou réglementaire de la notion du service public local »[185]. Les différents auteurs s'étant intéressés à cette question ont eu tendance à donner des définitions différentes du service public local ce qui conduit à entourer cette notion d'un certain flou (1). Les différents éléments fournis par la doctrine permettent néanmoins de tenter d'établir une définition du service public local (2).

1) Une doctrine indécise

102. L'absence de définition textuelle du service public local est regrettable, en particulier pour Gérard Quiot[186] qui reconnaît que « la distinction des services publics nationaux et des services publics locaux n'a jamais fait l'objet de la part de la doctrine d'une

---

[185] J.F. LACHAUME, « Service public local, Définition », *Juris-Classeur Collectivités territoriales*, 1995, fasc. 730

[186] G. QUIOT, « La doctrine et la distinction des services nationaux et des services publics locaux : observations critiques », *Mélanges Hubert Charles*, Nice, Université Sophia Antipolis, Faculté de droit, des sciences politiques, économiques et de gestion, 2001, p. 306

théorisation vraiment satisfaisante » puisqu'elle ne semble pas présenter, pour cette dernière, un objet d'étude. Deux difficultés ressortent alors de ce vide : d'une part, les définitions ou éléments de distinction choisis par les auteurs sont parfois sinon contradictoires, au minimum, très différents. D'autre part, certains auteurs, restent particulièrement laconiques ce qui ne contribue guère à clarifier cette notion. Jean-Marie Pontier, Jean-Claude Ricci et Jacques Bourdon indiquent que ces services connaissent les mêmes difficultés d'identification et les incertitudes affectant leur régime que les services publics de l'Etat[187]. Ainsi, alors que l'objet de sa thèse était « la contribution à la théorie générale du service public communal », Andrée Coudevylle ne donne pas de réelle définition du service public communal. Dans le chapitre consacré à « la notion de service public communal », après avoir démontré l'intérêt de la notion, elle s'attache à définir la notion d'affaires communales puis à étudier « l'étendue de l'intérêt communal » sans proposer de définition du service public communal. Il semble néanmoins indispensable de rechercher sinon à la définir, au moins à la caractériser même si l'exercice s'avère complexe. Jean-François Lachaume remarque, qu'il s'agit de « services de proximité et d'utilisation souvent quotidienne »[188]. A première vue, cette formule sied parfaitement aux services publics locaux. Cependant, il apparaît rapidement qu'elle peut également caractériser quelques uns des grands services publics nationaux tels l'éducation nationale ou les postes et télécommunications. La caractéristique principale du service public local est certainement l'impossibilité de dégager une définition ou des critères incontestables et incontestés. La plupart des auteurs s'y sont néanmoins essayés.

C'est, semble-t-il, Maurice Hauriou qui a, dans un premier temps, établit cette distinction. Selon lui, « il est des services qui intéressent à un égal degré tous les habitants du pays et qui doivent être confiés nécessairement à l'Etat, si du moins, l'on veut maintenir l'unité politique ; ils prennent le nom de services généraux ; tels sont la défense militaire, les relations extérieures, la légalisation, la justice et, à notre époque où il s'agit de maintenir une certaine unité morale, l'instruction publique etc. Il est d'autres services qui n'intéressent à un degré égal que les habitants de telle ou telle région ; on les confie sous le nom de services locaux, aux départements, communes, colonies, si du moins cette décentralisation n'est pas de

[187] J. BOURDON, J. M. PONTIER, et J.C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales*, 1998, Paris, PUF p. 141
[188] J.F. LACHAUME, « Service public local, Définition », *Juris-Classeur Collectivités territoriales*, 1995, fasc. 730

nature à mettre en péril l'unité politique, par exemple certains services de voirie. »[189] Ainsi, selon l'analyse de la théorie faite par Gérard Quiot, Maurice Hauriou considère qu'un « service tient essentiellement son caractère 'général ' ou ' local ' de ce qu'il intéresse ' à un égal degré tous les habitants du pays ' ou seulement les habitants de telle ou telle région ou, autrement dit, du fait qu'il est en soi d' ' intérêt national ' ou d' ' intérêt local '. »[190] Cette théorie trouve cependant une limite, mise en exergue par Gérard Quiot relevant que dans son même ouvrage, Maurice Hauriou écrit que « malgré la décentralisation, départements et communes sont toujours les membres d'un même corps qui est l'Etat ; c'est que les besoins locaux sont généraux en même temps, les besoins généraux, locaux en même temps ». Dès lors, si Maurice Hauriou a bien élaboré une distinction entre deux types de services publics, le critère d'identification des services publics locaux reste incertain. D'après Gérard Quiot, dans la théorie de Maurice Hauriou, « un service est ' général ' ou ' local ' suivant que la ' maîtrise de son organisation générale ' appartient à l'Etat ou à la collectivité locale. »[191]

103. Selon Jean-François Auby[192], trois critères permettent de distinguer les services publics locaux : tout d'abord, il s'agit de services publics soumis aux contraintes du service public. Ensuite, ce sont des services locaux, c'est à dire que leur responsabilité incombe à des collectivités locales. Enfin, il s'agit de services marchands. Ce dernier critère nous semble pour le moins contestable, la création des services publics locaux n'étant pas réservée, loin de là, aux seules activités marchandes. Pour Marcel Waline, « le service municipal est celui dont la direction appartient à des autorités municipales ou à des agents subordonnés à ces autorités »[193]. Nous ne pouvons que regretter avec Gérard Quiot que Marcel Waline ait omis de préciser ce qu'il entendait par le terme « direction ». Et Gérard Quiot de citer quantité d'autres exemples de définitions qu'il juge non convaincantes[194]. Pour sa part, au terme de sa démonstration, il aboutit à une définition des services publics locaux qui, selon lui « sont des

---

[189] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Librairie de la société du Recueil général des lois et arrêts, 1892, p. 238
[190] G. QUIOT, « La doctrine et la distinction des services nationaux et des services publics locaux : observations critiques », précité, p. 307
[191] G. QUIOT, op. cit. p. 310
[192] J.F. AUBY, *Les services publics locaux*, Paris, PUF, Que sais-je ? 1982, p. 5
[193] M. WALINE, note CE, 18 avril 1958, Ville de Besançon, *RDP*, 1959, p. 105
[194] L'auteur remarque également que tout comme M. Waline n'a pas précisé ce qu'il convenait d'entendre par « direction », L. Richer, pour qui « un service public est local lorsque la compétence pour l'organiser et le gérer est attribuée à une collectivité locale », ne nous donne aucune information sur la façon dont nous devons comprendre le terme « organiser ».

services destinés à satisfaire des intérêts locaux et dont la création et l'organisation relèvent de la compétence exclusive des collectivités locales ». Il est loisible de remarquer qu'un certain nombre d'auteurs préfère faire dépendre le caractère local du service de la satisfaction du seul critère organique[195]. L'absence d'unanimité ou même, de majorité caractérisée de la doctrine s'accordant sur une définition du service public local, impose d'examiner les divers critères les plus communément utilisés par celle-ci afin de déterminer la définition qui servira de fondement à la caractérisation de l'activité de distribution.

2) Essai de définition

104. Si l'on considère que le service public local est une catégorie de service public, il est indispensable de retrouver dans sa définition les éléments composant le service public avec une spécificité attachée au caractère local de l'activité. Aussi, il semble, a priori, que deux éléments doivent être pris en compte afin de définir le service public local. Il s'agit d'une part, de la gestion directe ou indirecte de ce service public par une collectivité territoriale ou par un groupement et, d'autre part, de la satisfaction d'un intérêt local.

La prise en charge de l'activité par une collectivité territoriale est un élément ne faisant l'objet d'aucune controverse majeure. Il est en effet incontestable que pour être qualifié de service public local, un service public doit être assuré, directement ou non, par une collectivité territoriale. Une large majorité de la doctrine le prend en considération et, même si le lien avec la collectivité territoriale peut se trouver distendu, en particulier dans le cadre des délégations de service public, il n'en demeure pas moins qu'il existe et que ce critère n'a pas perdu de sa pertinence.

Le but d'intérêt local est, quant à lui, un critère moins évident à admettre. Pour constituer un critère pertinent du service public local, le critère fonctionnel doit impérativement être indépendant du critère organique. En effet, tel est le cas pour les critères conduisant à l'identification du service public. Ca n'est pas parce qu'une activité est d'intérêt général qu'elle est gérée par une personne publique. Un exemple topique réside dans les associations reconnues d'utilité publique. Il est incontestable que ces associations répondent à un besoin d'intérêt général. Cependant, elles ne sont pas gérées par des personnes publiques

[195] C'est notamment le cas de J.F. Auby (op. cit.) pour qui les services publics locaux sont des services dont la responsabilité incombe aux collectivités locales ou à leurs groupements.

et, partant, ne constituent pas des services publics. Pour que les critères du service public local soient opérants, ils doivent, de la même manière, être indépendants. Ainsi, il est nécessaire, que la satisfaction d'un intérêt local soit indépendante de la compétence de la collectivité territoriale. En effet, si tel n'est pas le cas, les deux seront systématiquement présents en même temps ou absents de la même façon. Ce qui ne renseigne pas sur la caractérisation du service public local. Or, il apparaît que la détermination de la compétence locale dépend de l'intérêt local. Il a été vu précédemment que malgré les controverses relatives au lien intérêt local-affaires locales, ces deux notions sont liées dans la mesure où elles fondent toutes les deux la compétence de la commune[196]. Il ne s'agit donc pas d'un critère indépendant du critère organique. En effet, l'objet de l'intérêt local va être de permettre au juge administratif de déterminer la légalité de la création d'un service public, mais ne va pas lui permettre de l'identifier. Ainsi, dès lors qu'une collectivité territoriale crée et/ou prend en charge une activité – légalement, en vertu de la présomption de légalité dont bénéficient les actes de l'administration – c'est parce qu'elle répond à un besoin d'intérêt local. Une collectivité territoriale n'est pas compétente pour gérer un service public ne répondant pas à un intérêt local. Si le critère de l'intérêt local fait défaut, l'intervention de la commune est illégale. C'est ainsi que la création d'un cinéma par une commune a été considérée illégale par le juge administratif car elle ne répondait pas à un intérêt communal[197]. En conséquence, l'intérêt local ne peut pertinemment servir de critère, et partant, d'élément de définition, au service public local.

105. Le seul critère pertinent permettant l'identification du service public local est, par conséquent, celui de la gestion du service public par une collectivité territoriale. Certains pourraient être tentés d'y voir là un critère insuffisant puisque nombre de services publics satisfaisant un intérêt national sont assurés par un organe d'une collectivité territoriale comme le service de l'Etat civil. Cette critique n'est pas judicieuse dans la mesure où dans le cas de la gestion d'un service public national au niveau communal, il n'est pas géré par la collectivité territoriale mais par un représentant de l'Etat au niveau local. Ainsi, lorsque le maire intervient en tant qu'officier de l'Etat civil, il n'intervient pas au nom de la commune mais au nom de l'Etat qu'il représente. Dans ce cas, alors même que c'est le maire qui intervient,

---

[196] Voir supra n° 35 et suivants.
[197] C.E. 11 juin 1926, Raynaud, rec. 591

l'activité de service public n'est pas assurée par une collectivité territoriale mais par une autorité étatique déconcentrée. En conséquence, le service public ne pourra être qualifié que de service public national.

106. En conséquence, nous pouvons affirmer qu'un service public local est un service public assuré[198] par une collectivité locale en raison de son objet. Une définition de service public étant ainsi établie, il convient d'y confronter l'activité de distribution afin de savoir dans quelle mesure elle y correspond.

A- Le caractère essentiellement local de l'activité de distribution d'énergie

107. Pour la doctrine s'exprimant antérieurement à 1946[199], la distribution d'énergie entrait de manière certaine dans la catégorie des services publics locaux, il convient afin de confirmer cette perception doctrinale, d'examiner les critères précédemment énoncés puis de les confronter à la réalité de l'activité et de déterminer avec la plus grande certitude possible s'il s'agit d'un service public local ou non. Il a précédemment été démontré que la distribution d'énergie est un service public – du moins, pour sa majeure partie c'est à dire lorsqu'elle est organisée sous la forme d'une concession ou d'une régie –, il convient de s'arrêter désormais sur sa gestion par une collectivité territoriale. La loi de 1906 consacre implicitement le caractère local de la distribution d'énergie en confirmant la compétence locale existante en la matière (1). Cependant, un paradoxe apparaît puisqu'à mesure que l'Etat confirmait la compétence des communes, il intervenait de manière grandissante dans ce même domaine (2) ce qui, sans pour autant remettre en cause le caractère local du service public de la distribution d'énergie, constitua un premier pas vers la nationalisation.

1) La consécration législative de la compétence locale

---

[198] Il convient d'entendre le terme assuré dans le sens de créé, géré et, le cas échéant, supprimé.
[199] G. Jèze, « La concession de service public », précité, p. 572

108. La distribution d'énergie étant une activité d'intérêt local, la commune a pu, relativement tôt, la prendre en charge[200]. Le rôle que la commune s'est octroyé est consacré par le législateur. En vertu de la loi du 15 juin 1906, les communes sont les autorités concédantes de la distribution d'énergie électrique puisqu'elle énonce, dans son article 6 que « la concession d'une distribution d'énergie est donnée, après enquête, soit par la commune ou par le syndicat formé entre plusieurs communes, si la concession ne vise que le territoire de la commune ou du syndicat, soit par l'Etat dans les autres cas. » A compter de cette loi, la concession doit devenir le mode « normal » d'organisation du service public de la distribution d'énergie, ce qui est confirmé par la loi du 27 février 1925 limitant strictement les possibilités de recours aux permissions de voirie. En conséquence, les communes gèrent, même si cela n'est qu'indirect, la majorité des distributions d'énergie. Par ailleurs, comme cela a précédemment été vu, les communes sont également compétentes pour créer et exploiter des régies de distribution d'énergie.

La passation de la concession n'est pas le résultat d'une procédure menée exclusivement par la commune mais d'une collaboration entre cette dernière et différents services étatiques. Dans un premier temps, le dossier est soumis au Conseil municipal qui prend une délibération. Si celle-ci est favorable, le préfet ordonne l'ouverture d'une enquête durant huit jours puis, désigne un commissaire enquêteur chargé de dresser son procès verbal dans les trois jours suivant la clôture de l'enquête. L'ingénieur en chef est ensuite saisi du dossier et se charge de consulter les divers services intéressés. Le dossier est ensuite retourné au maire qui, s'il y a accord entre tous les intéressés, dresse et signe l'acte de concession[201]. Malgré la présence de l'Etat dans la procédure de passation des concessions du service public de la distribution d'énergie, il est impossible de contester à la commune sa qualité d'autorité concédante dans la mesure où l'autorité signant l'acte de passation est le maire, en tant qu'exécutif local. Ainsi, la compétence communale se trouve renforcée et pérennisée lorsque les concessions sont situées sur son seul territoire. Toutefois, la commune ne resta pas la seule collectivité locale compétente en matière de distribution puisque dès 1930 sera établie par le législateur, la compétence du département. Les articles 188 à 190 de la loi du 16 avril 1930 portant fixation du budget général de l'exercice 1930-1931 prévoient, en effet la compétence des départements pour pallier les carences des communes ou de leurs groupements dans

---

[200] (voir section 1

[201] En cas de désaccord, la décision est réservée au ministre des Travaux publics statuant après avis du comité d'Electricité.

l'exercice de leur pouvoir concédant. Le système instauré par la loi du 15 juin 1906 donne des résultats satisfaisants, néanmoins, dans les zones ne comprenant pas de grosse agglomération, les entreprises de distribution n'ont pas d'intérêt à étendre leur réseau, cette opération n'étant pas rentable. En outre, quelques rares communes s'opposent à une action concertée en matière de distribution. En conséquence, des départements tentent d'intervenir afin de combler ces lacunes mais ils ne disposent d'aucun moyen légal de passer directement des concessions. Il est, en conséquence, décidé de leur reconnaître cette compétence, ce qui sera fait dans la loi de finances du 16 avril 1930.

109. Aux côtés de la commune et, plus exceptionnellement, du département, la loi du 15 juin 1906 reconnaît les syndicats de communes compétents s'agissant de la distribution d'énergie sur leur territoire. Elle semble encourager la formation de syndicats de communes en matière de distribution d'énergie. Ce type de groupement de communes institué par la loi du 22 mars 1890 semble avoir, en matière énergétique, un avenir prometteur. En effet, la dispersion des foyers dans les zones rurales favorise le recours à l'intercommunalité naissante. En matière énergétique les syndicats intercommunaux d'électrification sont dénommés « syndicats primaires ». Ils choisissent généralement de se regrouper en adhérant à des syndicats intercommunaux de second niveau, appelés syndicats départementaux d'électrification, regroupant, sur le territoire du département, des communes urbaines et des syndicats primaires. Dans ce cas, la compétence du syndicat départemental varie en fonction des compétences que ses adhérents lui ont transférées et peut aller jusqu'à la négociation des contrats de concession au nom de ses membres. Malgré la pertinence d'un tel mode d'organisation, il faut attendre de nombreuses années avant de voir ce système se développer. En 1920, une vingtaine de syndicats seulement, sera constituée. Cependant, dès 1934, on comptera 1674 syndicats d'électrification[202].

L'intercommunalité contribue à sécuriser la distribution d'énergie et, en particulier à améliorer la situation des communes et de leurs groupements puisque dès 1923, la coopération intercommunale permet la mise en place d'aides afin de favoriser l'électrification rurale. En 1926 est instituée la taxe locale sur l'électricité. En 1933, ce mouvement de coopération entre les communes conduit à la création de la Fédération nationale des

[202] A l'heure actuelle, pour leur très grande majorité, les autorités concédantes sont regroupées au sein de syndicats intercommunaux et, plus précisément, au sein de syndicats départementaux. Le nombre de syndicats plafonne à 1800.

collectivités concédantes et régies (FNCCR). Cette fédération a, depuis lors, pour mission de défendre les intérêts des autorités concédantes et des régies. Son premier succès fut, en 1936, la création du FACE (fonds d'amortissement pour les charges en électrification).

Si l'intercommunalité permet l'amélioration de la distribution d'énergie, cette dernière permet le développement de l'intercommunalité. C'est en effet par ce biais que, selon René Kelhetter, « les élus locaux ont appris à pratiquer la coopération intercommunale et à en apprécier l'efficacité. »[203]

A l'inverse des concessions de distribution d'électricité, les concessions de distribution de gaz ne connaissent pas, quant à elles, d'évolution significative jusqu'à la loi de nationalisation du 8 avril 1946. Elles restent, dans leur ensemble, des concessions accordées par des communes ou par des groupements de communes.

Tout en laissant subsister la commune dans son rôle fondamental et, en particulier, dans son rôle d'autorité concédante, l'Etat continue à intervenir en matière énergétique et partant, en matière de distribution, s'intéressant de façon quasiment systématique à la seule électricité.

110. « Du fait de la nationalisation des grands établissements producteurs et distributeurs d'énergie – Electricité de France et Gaz de France, Charbonnages de France et Elf-Aquitaine – on peut avoir le sentiment que l'énergie constitue le cadre privilégié du secteur public d'état. Si cela est effectivement exact, la place des collectivités locales n'y est pas pour autant négligeable. »[204]

2) Une présence étatique non négligeable

111. Si la loi du 15 juin 1906 consacre le rôle de la commune en matière de distribution d'énergie, elle instaure également un système de concessions d'Etat, ne réservant pas aux collectivités locales, l'exclusivité de la compétence en la matière. En effet, l'article 6 de la loi du 15 juin 1906 attribue aux communes, aux syndicats de communes et à l'Etat le droit de concéder des distributions de distribution d'énergie électrique. La commune se trouve

---

[203] R. KELHETTER, « De la Loi Municipale de 1884 à la loi de nationalisation de 1946 : les élus des collectivités locales et le « système électrique », in *Les collectivités locales et l'énergie, Economie et politique d'un nouveau service public*, Paris, Imprimerie Nationale, 2001, p.107

[204] J.F. AUBY, *Les services publics locaux*, Paris, PUF, Collection Que sais-je ?, 1982, p. 81

compétente lorsque la demande de concession ne vise que son territoire. Il en va de même pour le syndicat de communes[205]. En revanche, « dans les autres cas », la concession de distribution d'énergie électrique est donnée par l'Etat. Cette disposition a été rendue nécessaire du fait de l'extension géographique des réseaux qui dépassaient les limites des territoires des communes et même de leurs syndicats. L'article 7 de la loi vient préciser que l'autorité compétente pour passer les concessions étatiques est le préfet lorsque qu'elle ne s'étend que sur le territoire de communes situées dans le territoire du département et, par le ministre des travaux publics, après avis du ministre de l'intérieur quand elle s'étend sur des communes situées dans plusieurs départements.

112. Un décret du 30 novembre 1909 vient, par la suite, instituer un régime de la concession de distribution d'énergie électrique aux services publics dont l'apport principal est de faire de l'Etat l'autorité concédante de ces concessions. L'objet de ces concessions est la fourniture d'énergie électrique aux services publics organisés en vue des transports en commun, de l'éclairage public ou privé, de la fourniture de l'énergie aux particuliers ou en en vue de l'alimentation en énergie de ces services publics. L'Etat est alors représenté, soit par le préfet si la concession ne dépasse pas le cadre du département, soit par le ministre des travaux publics si elle s'étend sur plusieurs départements. L'Etat considéré comme l'échelon pertinent pour la fourniture aux services publics dans la mesure ou l'on redoute une incapacité des communes et de leurs groupements à apprécier l'établissement des lignes dépassant le territoire sur lequel s'exerce leur compétence et « parce que les intérêts en cause dépassaient le cadre local et qu'il devait pouvoir être passé outre aux dispositions éventuelles des collectivités locales intéressées. »[206] Le décret du 30 novembre 1909 introduit ainsi l'échelon de « vendeur en gros », chargé de livrer l'énergie au vendeur au détail qu'est le distributeur public, concessionnaire de la commune. Enfin, s'agissant plus particulièrement de l'énergie hydraulique, une loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de cette énergie vient créer un régime de concessions délivrées uniquement par l'Etat.

113. Jusque dans les années 1930, le système mis en place essentiellement par la loi du 15 juin 1906 fait ses preuves et se révèle adapté à la demande. En effet, cette dernière s'accroît et les industriels, grâce au marché financier alors favorable investissent dans des

---

[205] Depuis la Loi de finances du 16 avril 1930, il en va de même s'agissant de la compétence du département.
[206] P. SABLIERE, *La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, Paris, CJEG, 1993, p. 285

installations particulièrement rentables. Cependant, la crise de 1930 vient ralentir la demande et entraîne parallèlement une baisse significative de l'investissement en matière d'équipement. L'Etat augmente alors son interventionnisme dans le secteur énergétique, interventionnisme qui durera jusqu'en 1946. Pierre Sablière considère que le contrôle de l'Etat sur l'industrie électrique s'est accentué en premier lieu avec le décret-loi du 16 juillet 1935 tendant à l'abaissement du prix de l'électricité[207], dispositif complété quelques mois plus tard par un décret-loi du 10 mars 1936, précisant la composition des tarifs d'électricité et leur structure. La Seconde Guerre mondiale implique une augmentation de l'interventionnisme de l'Etat. En 1940 le Ministère des travaux publics réquisitionne tous les moyens de production, de transport et de distribution et organise une répartition ainsi qu'un rationnement de l'énergie.

114. Malgré ces diverses interventions, c'est certainement s'agissant des concessions accordées par les collectivités locales que l'intervention étatique se fait la plus pressante, l'article 7 de la loi du 15 juin 1906 prévoyant que la concession donnée au nom de la commune ou du syndicat de communes ne serait « définitive qu'après avoir été approuvée par le préfet. » En outre, les contrats de concession sont soumis, selon les termes de l'article 6 de la même loi, « aux clauses d'un cahier des charges conforme à l'un des types approuvés par décret délibéré en Conseil d'Etat ». Ces deux considérations ne doivent pas remettre en cause le caractère local du service public de la distribution. La commune reste l'autorité concédante. Cependant, force est de constater que cet interventionnisme étatique, loin de se stabiliser, a progressé jusqu'en 1946 et peut s'analyser comme annonciateur de la nationalisation à venir et, partant, vers un déclin effectif des compétences locales au profit de l'Etat.

[207] Ibid., p. 12

Chapitre 2 : La nationalisation de 1946, facteur du déclin du caractère local du service public de la distribution

115. En 1946 est décidée la nationalisation du secteur énergétique. Ce mouvement n'étant pas propre à ce secteur, il ne saurait, en conséquence, être isolé de l'ensemble, de celui ayant eu lieu à la Libération. Dans un discours du 4 mars 1944, le Général de Gaulle, alors Président du Gouvernement Provisoire déclare que « le Gouvernement saisira incessamment l'Assemblée de deux projets de lois concernant l'un la nationalisation du crédit, l'autre celle de l'électricité »[208]. Seront finalement nationalisées aux côtés de l'énergie, des compagnies d'assurances par une loi du 25 avril 1946, des entreprises de presse par une loi du 11 mai 1946, les mines de combustibles minéraux par une loi du 17 mai 1946 et la Banque d'Algérie par une loi du 17 mai 1946. S'agissant du secteur énergétique, la commission de l'équipement national et de la production industrielle est saisie, le 18 janvier 1946, du projet de loi du Gouvernement Provisoire. Six contre-projets et plus de cent cinquante amendements sont déposés. C'est finalement un texte sensiblement différent du projet, résultat de nombreux compromis, qui est adopté dans la nuit du 28 au 29 mars. Il résulte de ses dispositions que l'activité de distribution est, dans un premier temps, transférée au secteur public, puis, dans un second temps, confiée à EDF et GDF disposant ainsi de quasi-monopoles légaux. La loi n° 46-628 du 8 avril 1946 relative à la nationalisation de l'électricité et du gaz prévoit néanmoins des exceptions à cette nationalisation de la distribution. En effet, elle laisse subsister hors de son champ un secteur libre, de dimension particulièrement limitée.

La principale conséquence de la nationalisation de l'électricité et du gaz sur l'activité de distribution est de lui faire perdre, pour sa majeure partie son caractère effectivement local, les collectivités locales compétentes se trouvant dans l'obligation de concéder la distribution aux deux établissements publics nationaux créés par la loi (Section 1). En revanche, le caractère local de cette activité subsiste grâce au maintien d'un secteur libre, composé de régies et de petites structures locales distribuant l'énergie au moyen de concessions de service public, dont le législateur accepte le maintien (Section 2). Ce secteur libre ne représente

[208] La nationalisation du secteur énergétique portera finalement non seulement sur l'électricité mais également sur le gaz.

cependant qu'une petite partie de l'activité globale de distribution qui devient de fait, un service public largement national.

Section 1 : La perte de pouvoir de l'autorité concédante

116. La loi de nationalisation maintient les autorités concédantes existantes avant 1946 dans leur rôle. Cependant les concessions conclues à la suite de la nationalisation ne ressemblent en rien, si ce n'est par leur dénomination, aux anciennes concessions dans la mesure où elles sont obligatoirement passées avec E.D.F. s'agissant de la distribution d'électricité et G.D.F. concernant celle du gaz (§1). Ces nouvelles concessions sont telles qu'elles dépossèdent l'autorité concédante de son pouvoir, remettant ainsi le caractère local du service public en cause (§2).

§1 : L'organisation d'une concession « obligée »[209] aux monopoles nationaux

117. Le recours à la concession est maintenu (B). Cependant les concessionnaires ne sont plus les mêmes puisqu'ils ont été nationalisés de façon à former deux monopoles, l'un dans le secteur du gaz, l'autre, dans celui de l'électricité (A).

A- La création de deux monopoles nationaux

118. S'agissant du mouvement de 1946, il est communément fait référence à la nationalisation, or, en parallèle a été mis en place un monopole. Si les deux opérations sont souvent très liées et appartiennent à une logique comparable, il convient de les distinguer. Au demeurant, la définition que donne Marcel Waline de la nationalisation ne fait aucunement référence à la notion de monopole puisqu'il énonce que « la nationalisation d'une entreprise peut [donc] se définir de façon toute négative, par sa transformation en vue d'éliminer soit la direction, soit le profit capitalistes. »[210]. Le rapport présenté par Paul Ramadier[211] le 13 mars

---

[209] Les expressions « concession obligée », et « concessionnaire obligé » sont couramment employées par la doctrine, à titre d'exemple, M. Chapus l'emploie dans le *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 2001, p. 638

[210] M. WALINE, « Les nationalisations », *Droit social*, 1945, p. 85

[211] Alors Député. Il avait été sous-secrétaire d'Etat aux Travaux Publics chargé des combustibles et de l'électricité dans le gouvernement du Front Populaire de 1936 à 1939.

1946 opère une telle distinction puisqu'il porte le nom de « projet de loi relatif au monopole et à la nationalisation de l'électricité et du gaz »[212]. C'est donc bien un double mouvement qui a eu lieu en 1946 relevant de la nationalisation et du monopole et qui a conduit à la création de deux monopoles nationalisés en 1946. D'une part, elle est, selon Jacques Evesque,[213] la conséquence du caractère unitaire très marqué de l'industrie électrique, qui a , pour sa part, été à l'origine de sa concentration et, partant, de la mise en place de deux monopoles (1) D'autre part, elle est le résultat de la progressive immixtion de l'Etat en matière de distribution « à mesure que l'industrie électrique prenait un caractère de service public de plus en plus marqué. »[214] Immixtion ayant connu son apogée avec la mise en place de la nationalisation (2).

1) Le choix des monopoles

119. Les monopoles mis en place par la loi du 8 avril 1946 sont le résultat d'une volonté de concentration de l'industrie électrique et gazière.

Dans son rapport devant l'Assemblée nationale, Paul Ramadier indique : « la coordination des forces productives de la nation et tout particulièrement des industries créatrices d'énergie devient une nécessité sous l'influence de la technique moderne, surtout dans la période difficile où la France ruinée doit rassembler tout ce qui lui reste de ressources et de vigueur pour restituer son économie. »[215] Selon lui, elle présente des avantages considérables parmi lesquels figurent la compensation des insuffisances régionales et la mise en place d'une solidarité des groupes provinciaux dans l'ensemble national. Au lendemain de la guerre, la volonté du gouvernement d'accentuer la concentration de la production d'énergie en organisant un monopole semble être le plus sûr moyen de rationaliser la production d'énergie.

La nationalisation se présente comme l'achèvement d'un mouvement observé depuis plusieurs années. Le secteur électrique a en effet, au fil des années, fait l'objet d'une remarquable concentration. Celle-ci s'était avérée rapidement nécessaire afin de faire face au coût particulièrement élevé des installations de production, de transport ou de distribution.

---

[212] Tel était le nom du projet de loi du gouvernement, présenté le 18 janvier 1946.
[213] J. EVESQUE, *La nationalisation de l'électricité*, Thèse, Paris, 1947
[214] J. EVESQUE, précité, p. 30

L'industrie électrique, lorsqu'elle n'en est qu'à ses balbutiements est envisagée par ces contemporains comme un nouvel artisanat qui, à aucun moment, ne songe à une quelconque concentration les petites installations se développant néanmoins de manière considérable. Rapidement, cependant, à la suite de la Première guerre mondiale, le développement de l'industrie électrique s'accentue et se traduit par un début de concentration. Les sociétés spécialisées se font de plus en plus nombreuses puis selon les cas, sabordent ou rachètent les plus petites des installations dont le nombre, depuis quelques temps, commence à stagner. A la veille de la nationalisation, 90 à 95 % de l'énergie produite l'est par une dizaine de grands groupes présentant le caractère de trusts[216]. Cette concentration n'est cependant pas suffisante pour rationaliser la production d'électricité. Elle doit, en conséquence, être intensifiée. Le gaz, contrairement à l'électricité connaît un moindre développement à la suite de la Première guerre mondiale. Cependant, si les installations gazières sont plus dispersées et plus vétustes que les installations électriques, à cette période, commence également à se mettre en place une certaine concentration.

120. On dénombre environ 1150 entreprises de distribution qui sont, en réalité, contrôlées par une dizaine de groupes financiers. Ne pouvant que constater l'existence des trusts, les pouvoirs publics se trouvent face à un dilemme : laisser se constituer un trust capitaliste recouvrant tout le territoire français qui serait amené, à terme, à contrôler la totalité de l'industrie énergétique, ou faire en sorte que la nation prenne en main son domaine énergétique. « La nationalisation apparaît ainsi comme une fatalité ou, du moins, comme une nécessité. » L'idée de la nationalisation du gaz parallèlement à celle de l'électricité s'impose rapidement et figure dès le début de la procédure dans le projet du Gouvernement Provisoire. [217] Aussi, le régime de la distribution de gaz et de celle de l'électricité se trouvent-ils désormais liés, la même législation s'appliquant aux deux types d'activités.

La concentration apparaît dès lors comme l'unique solution permettant de développer sa production. Cependant, le développement de la production nécessite l'élargissement des

---

[215] P. RAMADIER, Rapport sur le projet de loi relatif au monopole et à la nationalisation de l'électricité et du gaz, CJEG, Hors série, p. 621.

[216] Afin d'affiner cette indication, il convient de relever que dans son article « Electricité : le service public », in *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?*, Dir. J.M. CHEVALLIER, Paris, PUF, 1999, p. 147, Ch. STOFFAES énonce qu'en 1945, les cinq plus grands groupes privés de l'industrie électrique réalisaient ensemble 74% de la production totale. Et de citer Lyonnaise des eaux – Union d'électricité, l'Energie industrielle, la Compagnie générale d'électricité, le groupe Empain et, Thomson – Huston.

interconnexions, Paul Ramadier énonce à ce sujet qu'il y a « nécessairement parallélisme entre la croissance de la production et celle des débouchés. »[218]. Selon Marcel Waline, ce parallélisme s'avère nécessaire, en particulier s'agissant de la concentration des centrales thermiques puisque selon lui, il est « impossible de réaliser la concentration de la production d'énergie des centrales thermiques sans nationaliser en même temps la distribution »[219]. Pour cause, l'énergie d'origine thermique est souvent produite par des entreprises distributrices et, plus généralement, dans beaucoup de villes, la production est jumelée avec la distribution[220]. L'industrie énergétique ayant la particularité d'être une industrie de réseau, les avantages liés à la concentration de la distribution sont, eux aussi, considérables : normalisation de l'outillage, interconnexion du courant, rotation du personnel de direction etc.… Ainsi, la distribution d'énergie doit se trouver, tout comme sa production, organisée sous une forme monopolistique, ce qui permet de venir mettre fin aux défaillances de certains distributeurs commençant à être dénoncées par la presse.

121. La technique employée ne consiste pas en une démarche en deux temps c'est à dire créer un monopole puis en transférer la propriété à l'Etat. L'article 1 de la loi du 8 avril 1946 procède différemment : « A partir de la promulgation de la présente loi, sont nationalisés : 1° La production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation d'électricité ; 2° La production, le transport, l'importation et l'exportation de gaz combustible. » Le gouvernement choisit de nationaliser des branches entières de l'économie constituant de facto un monopole de droit de ces activités.

Deux précisions doivent néanmoins être apportées s'agissant de la concentration mise en place par la loi du 8 avril 1946. Cette concentration n'est pas absolue puisque sont créés deux monopoles légaux, l'un dans le secteur l'électrique, l'autre le secteur gazier. Ainsi deux grands services distincts subsistent. En revanche, à l'intérieur de chaque service, la gestion est unifiée. Le gouvernement, dans son projet de loi, prévoit d'unifier le gaz et l'électricité mais la commission de l'équipement national et de la production industrielle s'en détache estimant

---

[217] On comptait alors environ 160 compagnies de distribution mixtes c'est à dire regroupant à la fois gaz et électricité.
[218] Rapport Ramadier, précité, p. 628
[219] M. WALINE, *Traité de droit administratif*, Paris, 1951, p.401
[220] A la veille de la nationalisation, on comptait environ mille cent cinquante distributeurs.

que ces deux industries sont techniquement trop différentes pour être fusionnées[221]. Par ailleurs, à l'intérieur de chaque secteur, le législateur laisse subsister un secteur libre, non nationalisé[222] ne remettant pas en cause la concentration devant être opérée. Au demeurant, malgré l'existence d'un secteur libre, le terme monopole reste majoritairement employé pour décrire l'organisation du secteur énergétique résultant de la loi de 1946, ce qui traduit l'importance mineure occupée par ce dernier. La définition du monopole donnée par Eustache Pilon sied parfaitement à la situation alors en place : « on voit […] un monopole même dans le cas où la concurrence est simplement limitée. »[223]

122. A côté de la concentration, la loi de 1946 opère une nationalisation du secteur énergétique, unique façon de mettre fin à une gestion, qui, en cette période de reconstruction, est souvent jugée trop capitaliste.

2) Le choix de la nationalisation

123. La nationalisation consiste « dans le transfert à la collectivité nationale d'une entreprise privée déterminée ou d'un groupe d'entreprises ressortissant à un secteur économique donné. »[224]. A la veille de la nationalisation, la majeure partie des entreprises intervenant en matière de distribution est privée, les entreprises bénéficiant le plus souvent de concessions délivrées par les communes ou leurs syndicats. La nationalisation vient ainsi bouleverser considérablement le paysage énergétique français.

A partir du moment où est fait le choix du monopole, la nationalisation devient incontournable. Même si le préambule de la Constitution de 1946 ne trouvait pas encore à s'appliquer au moment de la nationalisation de l'énergie, la solution adoptée correspond à ce qu'il affirmera quelques mois plus tard, dans son neuvième paragraphe : « 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. » L'assemblée ayant voté cette loi

---

[221] La dissociation entre l'électricité et le gaz n'est cependant pas absolue dans la mesure où certains secteurs d'activité de E.D.F. et de G.D.F. ont des directions communes. Tel est précisément le cas de la distribution.
[222] Voir infra n° 159 et suivants.
[223] E. PILON, *Les monopoles communaux, Eclairage au gaz et à l'électricité, distribution d'eau et de force motrice, omnibus-tramways*, Caen, Imprimerie Charles Valin, 1898, p. 13
[224] D. LINOTTE et R. ROMI, *Droit public économique*, Paris, Litec, 2006, p. 335

étant constituante, sa philosophie est nécessairement présente dans les textes votés au mois d'avril.

124. Marcel Waline, en 1945[225], analyse trois raisons justifiant, d'une manière générale, du recours à la nationalisation. La première motivation qu'il évoque [226]réside dans ce que « parmi les différentes formules de gestion des services publics, celle de la concession est la plus critiquée, et l'on tend de plus en plus à l'abandonner, par transformation des concessions en régies directes ou intéressées ou par l'adoption de nouvelles formules de gestion. »[227] Il est, en effet fréquemment fait grief à la concession de compromettre gravement les intérêts financiers des collectivités concédantes. Le plus souvent, les concessionnaires refusent d'assumer intégralement, le risque financier lié à l'exploitation d'un service public exigeant alors que la collectivité concédante leur garantisse une rémunération minimum, consistant soit dans le jeu d'une garantie d'intérêts[228] des obligations, voire dans des actions, soit par des primes de gestion, soit par des subventions. Ainsi, le concessionnaire bénéficie d'un système lui permettant de conserver les bénéfices tirés de l'exploitation et de voir ses pertes couvertes par l'autorité concédante, affaiblissant par la même considérablement cette dernière. Ensuite, l'intérêt économique de la nation commande, selon Marcel Waline, la nationalisation des « industries-clés ». « L'économie, du moment qu'elle est nécessairement dirigée, doit l'être par ceux qui poursuivront l'intérêt général et non des intérêts privés ». Cette motivation trouve tout particulièrement à s'appliquer en matière énergétique où la prise de contrôle de l'industrie énergétique par un petit nombre de trusts dont la puissance économique et financière s'accroissant de façon continue à partir de la fin de la Première Guerre Mondiale est à l'origine de plusieurs réactions hostiles de la part de la collectivité. Celle-ci était justifiée par le caractère d'industrie-clé du secteur énergétique en ce qu'elle conditionne l'activité économique de la nation et doit, de se fait, se mettre au service de cette dernière en cas de conflit. Cette raison rejoint la dernière. Marcel Waline considère enfin que l'intérêt politique de la nation justifie également la nationalisation. La puissance financière conférant un pouvoir immense, ceux qui la détiennent peuvent être tentés de l'utiliser à des fins politiques et de tenir ainsi en échec la volonté nationale. Aussi, la nationalisation d'une

---

[225] M. WALINE, « Les nationalisations », précité, p. 85
[226] Marcel Waline reprend ici des arguments de M. Hauriou.
[227] Il est à noter qu'à la suite immédiate de la guerre les mentalités avaient considérablement changé puisque auparavant, la régie était un mode de gestion critiqué en ce qu'il apparaissait, en matière industrielle et commerciale comme portant atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

branche de l'économie empêcherait-elle l'intrusion de groupes capitalistes dans la politique intérieure. Ces deux dernières motivations raisons apparaissent nettement dans le rapport relatif au projet de loi de nationalisation présenté par Paul Ramadier quelques mois plus tard lorsqu'il énonce que « La souveraineté du peuple n'est plus absolue quand les services essentiels du pays sont entre les mains des puissances d'argent et que leur pression peut s'exercer sur les assemblées. »

Paul Ramadier voit en outre une justification sociale dans le projet de recourir à la nationalisation. Cette pratique éliminant « le groupe financier de la gestion ; elle ne fait plus du profit l'objet de l'entreprise. Il n'est pas de climat plus favorable à une promotion du travailleur. Il cesse d'être le salarié d'un intérêt privé, pour devenir le serviteur de l'intérêt public. ». La nationalisation se présente alors comme l'aboutissement d'un interventionnisme progressif de l'Etat en matière électrique.

125. De même que la concentration de la production impliquait la concentration de la distribution, la nationalisation de la distribution, n'est, que le « contrecoup » de celle de la production[229]. La question s'est en effet posée de savoir s'il fallait nationaliser les trois branches principales de l'industrie électrique ou seulement la production et le transport en laissant de côté la distribution. Le gouvernement, dans l'exposé des motifs attaché au projet de loi présenté le 18 janvier 1946, déclare qu'il faut constater que la répartition actuelle des charges et des recettes assure en général à la distribution une position privilégiée du point de vue financier, et il serait paradoxal que l'Etat assumât les opérations les plus ingrates en laissant aux entreprises leurs plus belles sources de profit. »[230] En outre, « un très grand nombre d'entreprises d'électricité ont une activité mixte qui touche à la fois à la production et à la distribution et ce serait une complication inextricable que d'essayer de séparer les actifs et même les exploitations selon leurs natures techniques. »[231]

126. La nationalisation nécessite le transfert de propriété à la nation. Il convient néanmoins de préciser que le domaine électrique et gazier avant la nationalisation était déjà

---

[228] Les garanties d'intérêt étaient remboursables à la collectivité publique. Néanmoins, lorsque la dette de son bénéficiaire devenait trop importante, le remboursement était vain.

[229] Certaines propositions, telles celle de M. Binet ajournaient la question de la distribution et proposaient de ne s'en préoccuper que plus tard, cependant, personne ne niait à l'industrie énergétique son caractère indivisible.

[230] Projet de loi relatif au monopole et à la nationalisation de l'électricité et du gaz, CJEG, 1993, Hors série, p. 558

largement public, ce qui conduit Paul Ramadier à énoncer, dans son rapport, que « La nationalisation de l'électricité et du gaz est en vérité beaucoup moins une expropriation au profit de la nation que la réorganisation d'un service public. »[232] En effet, la majeure partie des installations n'était pas la propriété des industriels privés mais celle des collectivités concédantes[233].

127. Cette nationalisation se concrétise par la création de deux établissements chargés de la gestion de la production, du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation pour l'un, de l'électricité et, pour l'autre, du gaz, auxquels sont transférés, conformément aux dispositions de l'article 6, « l'ensemble des biens, droits, et obligations des entreprises qui ont pour activité principale la production, le transport ou la distribution de l'électricité ou du gaz sur le territoire de la métropole […] Il en est de même de l'ensemble des biens, droits et obligations des entreprises qui ont pour activité principale la participation à la gestion et au fonctionnement des entreprises susvisées » . La dépossession des entreprises visées par cet article est totale. L'article 14 de la loi prévoit en conséquence que les sociétés qui géraient jusqu'alors ces biens, droits et obligations sont mises en liquidation à la date de leur transfert.

128. Une fois le choix de la nationalisation de deux monopoles effectué, il convient de déterminer comment l'organiser. Le recours à la régie semble naturellement se dégager, mais c'est finalement le système de la concession que le choix du législateur va se porter.

B- Le maintien du système de la concession

129. La création de deux monopoles remet inévitablement en cause le rôle des collectivités locales or, ces dernières avaient joué un rôle considérable dans la mise en place de ce service. Par conséquent, la loi, est, sur ce point, le résultat d'un compromis entre les défenseurs d'une décentralisation de cette activité et les partisans d'une centralisation motivée par une recherche de cohérence dans la gestion de la distribution. Le maintien de la

---

[231] *Ibidem*
[232] P. RAMADIER, Rapport précité, p. 624

concession permet de confirmer les collectivités locales dans leur rôle (1). Le choix du concessionnaire unique permet, quant à lui, de ne pas remettre en cause la cohérence recherchée par les auteurs de la loi (2).

1) Le difficile maintien d'un système contesté

130. Ce maintien paraît surprenant dans la mesure où l'une des raisons du recours à la nationalisation évoquées par Marcel Waline est l'insatisfaction résultant du système de la concession[234]. Il affirme, quelques mois avant la nationalisation de la distribution d'électricité et de gaz au, sujet des entreprises nationalisées qu'elles ne doivent « sous aucun prétexte, être gérées selon une formule du type de la concession de service. »[235] Aussi, paraît-il surprenant que ce système soit confirmé par une loi prise à une époque où elles font l'objet d'incessantes critiques. Peut-être est-ce pour cette raison que le gouvernement, dans son projet de loi, reste particulièrement laconique s'agissant des concessions. Le projet du Gouvernement Provisoire est, en effet, quasiment silencieux sur cette question. Il ne prévoit pas la suppression des concessions, cependant, comme l'écrit Jean L'Huillier, « la création d'un établissement public a ordinairement pour conséquence de soustraire à la compétence des autorités administratives à caractère territorial dont elle relevait antérieurement l'organisation des services publics qui constituent la spécialité des établissements publics. » En conséquence et, dans la mesure où cette solution n'est pas expressément exclue par le projet de loi du gouvernement, les collectivités locales protestent craignant de perdre leur compétence en matière de distribution. En effet les communes ont, jusqu'alors déployé de nombreux efforts afin d'organiser ce service public.

Afin de lever toute ambiguïté, la commission choisit d'élaborer un titre quatre consacré à cette question dans lequel elle affirme que la concession continuera à s'appliquer aux services publics exploités par EDF et GDF. L'article 36 de la loi du 8 avril 1946 dispose que « les établissements publics auxquels sont transférées les concessions d'électricité et de gaz nationalisées en vertu de la présente loi, devront observer les dispositions des cahiers des charges en vigueur. L'Etat, les collectivités et, le cas échéant, les tiers conservent tous les

---

[233] Si ce n'était pas le cas des concessions en cours, les collectivités concédantes devaient en devenir les propriétaires au terme de la concession.
[234] Voir infra n°87.
[235] M. WALINE, « Les nationalisations », *précité*, p. 92

droits résultant de ces cahiers des charges et de toutes autres conventions. » La commission a finalement souhaité ne rien changer au droit des concessions. En conséquence, selon Paul Ramadier, ces dernières subsistent telles qu'elles ont été conclues avec les droits et les charges qui dérivent de leur tenue et pour la durée en vue de laquelle elles ont été établies[236]. Le maintien de la concession a alors pour principal objet de ne pas porter atteinte aux droits des collectivités concédantes. Il est le résultat d'affrontements entre partisans et adversaires de la décentralisation au sein de la commission.

131. Selon les termes de Jean-Pierre. Bonaïti, « le projet de loi de nationalisation de l'électricité se situait lui-même à la rencontre de deux trajectoires déjà elles-mêmes largement cinquantenaires : celle-là même de l'idée de nationalisation développée par les socialistes réformistes qui, depuis la fin du XIXème siècle, plaçaient le contrôle des services publics locaux au centre de leur projet, et celle de l'organisation progressive de l'industrie électrique comme service public territorial suite à l'intervention des élus locaux relayés par l'administration d'Etat. Ces deux trajectoires avaient donc historiquement l'une et l'autre partie liée avec la décentralisation ». Malgré cela, la décentralisation est quelque peu malmenée durant les discussions relatives à la nationalisation de l'énergie. Dès les années 1930 l'idée de nationalisation est sous-jacente. Elle se concrétise en 1937 par l'élaboration de deux propositions de nationalisation traduisant deux conceptions différentes de la nationalisation. La première est la proposition cégétiste de Pierre Le Brun[237] qui propose une nationalisation à gestion tripartite et fixe comme priorité la nationalisation du transport mais prévoit, à terme, le retour à la nation de l'intégralité du patrimoine sous forme centralisée. La seconde proposition est celle de la FNCCR, élaborée par Pierre Fully qui distingue la production, le transport et la distribution. S'agissant de cette dernière, son caractère local est clairement affirmé et le rapport Fully précise que le retour à la collectivité doit s'opérer par la constitution de syndicats départementaux voire, interdépartementaux. Cette opposition entre les deux approches de la nationalisation doit, selon Jean-Pierre Bonaïti, structurer les débats tout au long de la discussion du projet en 1945-1946. Elle permet notamment l'introduction d'éléments de décentralisation dans la proposition faite par Pierre Le Brun.

---

[236] Rapport RAMADIER, précité, p. 647
[237] Ingénieur civil des Ponts et Chaussées élu secrétaire confédéral de la CGT à la libération.

132. A la clôture de ses travaux le 3 août 1945, l'Assemblée Constituante provisoire engage publiquement un débat sur la base de deux textes, qui seront à l'origine du projet de la loi. Le premier des deux textes est déposé par Louis Saillant, représentant du Conseil National de la Résistance, proposant la création d'établissements intercommunaux de distribution avec administration tripartite composée du service national, de personnels et de consommateurs désignés par les communes. Il prévoit, en outre, le regroupement des communes en syndicats à l'échelle départementale. L'autre l'est par la SFIO reprenant à son compte la proposition de la FNCCR de contrôle de la distribution par des syndicats intercommunaux départementaux voire, interdépartementaux. Malgré les évolutions du Conseil National de la Résistance dans le sens de la SFIO et de la FNCCR[238], cette dernière émet des réserves vis-à-vis de cette proposition préconisant la plus grande décentralisation possible.

Cette revendication de la FNCCR paraît pour le moins fondée dans la mesure où, comme le fait remarquer Pierre Delvolvé, des autorités municipales sont « très proches des usagers, elles sont à même de bien connaître leurs besoins et de veiller à ce qu'ils soient satisfaits par le concessionnaire conformément à ses obligations. Les collectivités locales bénéficient d'ailleurs d'une représentation dans les comités régionaux de distribution, au conseil d'administration de GDF et au conseil supérieur de l'électricité et du gaz. Il en résulte un esprit de collaboration dans les relations entre le concédant et le concessionnaire, ce qui facilite la solution des conflits éventuels. »[239]

A la suite des élections législatives du 21 octobre 1945, de Gaulle constitue un nouveau gouvernement et nomme Marcel Paul à la production industrielle, qu'il charge d'engager la procédure de nationalisation de l'énergie. Le 2 décembre, il présente au gouvernement un avant projet reprenant la proposition de Le Brun élaborée dans le cadre du Conseil National de la Résistance. Bien que Pierre Le Brun fasse preuve d'une volonté conciliatrice à l'égard des socialistes et de la FNCCR, Marcel Paul ne donne pas suite à la requête de celle-ci qui accepte de partir de la proposition du Conseil National de la Résistance à condition que les collectivités locales groupées en syndicats interdépartementaux restent maîtresses de la distribution. Par ailleurs, les diverses grandes formations politiques déposent

---

[238] M. Le Brun, animateur de la commission électricité du CNR proposa la création de « sociétés concessionnaires d'un type nouveau » dont « l'autorité concédante deviendrait d'une façon systématique un syndicat intercommunal ayant grosso modo l'étendue du département » et dont les sociétés concessionnaires seraient les services intercommunaux de l'électricité et du gaz. Il proposa en outre que la gestion de ces services soit assurée de façon tripartite sous l'autorité et le contrôle de ces syndicats de communes.

[239] P. DELVOLVE, « Les concessions de transport et de distribution de gaz », *CJEG*, 1969, p. 1095

des propositions de loi dans lesquelles elles présentent leur vision de l'organisation de la distribution. Au sein même du gouvernement, la décentralisation de la distribution est loin de faire l'objet d'un consensus, le MRP plaidant pour davantage de décentralisation alors que de Gaulle souhaite une représentation accrue des compétences administratives et techniques au sein du conseil d'administration du service national. Malgré toutes ces oppositions, le projet soumis à la commission de l'équipement ne fait que reprendre la proposition Le Brun élaborée dans le cadre du Conseil National de la Résistance. L'examen du projet en commission est l'occasion de mettre en exergue les divergences entre les partisans et les adversaires de la décentralisation de la distribution. Les divergences sont telles qu'il est nécessaire de convoquer une commission de conciliation restreinte. Cependant, devant l'absence de résolution définitive de la question de la décentralisation, un « compromis suspensif »[240] va être négocié. L'obligation de constituer des syndicats intercommunaux à l'échelle départementale est abandonnée, le régime des concessions ainsi que les régies sont maintenus et, la représentation des collectivités locales dans les conseils d'administration des services de distribution est élargie. Les communes conservent ainsi leur pouvoir d'autorité concédante de la distribution d'énergie.

La loi du 8 avril 1946 ne mentionne pas expressément les communes mais les collectivités locales. Elle mentionne également l'Etat. Ainsi tout comme la compétence des communes, est reconduite celle des départements résultant de la loi du 16 avril 1930. Selon plusieurs commentateurs, le maintien de la commune dans son rôle d'autorité concédante permet à la distribution d'énergie de conserver son caractère de service public communal[241]. La compétence de l'Etat en matière de distribution étant également maintenue[242], le partage du pouvoir concédant entre les collectivités locales et l'Etat résultant de la loi du 15 juin 1906 est pérennisé.

---

[240] J.P. BONAITI, « La décentralisation dans la loi de 1946 : du compromis introuvable à l'accommodement implicite », in *La nationalisation de l'électricité en France, nécessité technique ou logique politique ?*, AHE, Paris, PUF, 1996, p. 184

[241] J. L'HUILLIER, « Gaz – Electricité », précité

[242] Le décret du 28 novembre 1956 prévoit le remplacement des concessions de transport et de distribution d'électricité aux services publics par une concession unique d'alimentation générale accordée par l'Etat à EDF et destinée à desservir toutes les distributions publiques. Seules les distributions publiques d'électricité destinées à alimenter les consommateurs de détail restent concédées par les communes

133. Quelle que soit l'autorité concédante, la nationalisation par la réalisation d'un monopole entraîne la création d'un concessionnaire unique pour le gaz et un concessionnaire unique pour l'électricité.

2) Les concessionnaires : deux établissements publics nationaux

134. L'article 2 de la loi de nationalisation du 8 avril 1946 dispose que « la gestion des entreprises nationalisées d'électricité est confiée à un établissement public national de caractère industriel et commercial dénommé 'Electricité de France (EDF), Service national'. » L'article 3 de cette même loi dispose, quant à lui : « La gestion des entreprises nationalisées de gaz est confiée à un établissement public national de caractère industriel et commercial dénommé : 'Gaz de France (GDF), Service national'. » L'article 2 de la proposition de loi n° 11 du 23 novembre 1945 prévoyait que la « gestion des entreprises nationalisées [serait] confiée, en ce qui concerne l'électricité à une organisation nommée : 'Régie nationale de l'électricité' ; en ce qui concerne le gaz à une organisation distincte nommée : 'Office national du gaz' »[243]. La proposition de loi n°22 du 23 novembre 1945. prévoyait en revanche, dans son article 1er, d'instituer « un établissement de caractère industriel et commercial »[244]. Le projet présenté au nom du Général de Gaulle par Marcel Paul, prévoyait quant à lui, que « la gestion du monopole de l'Etat serait confiée à un établissement national de caractère industriel et commercial dénommé : Electricité et gaz de France (EGF) Service National ». Le recours à la concession étant maintenu, l'appellation « régie » était *de facto* exclue.

135. Si la gestion tripartite prévue par les textes entend donner corps à cette nationalisation, il convient de remarquer, avec François Mathieu Poupeau, que la loi place EDF et GDF « dans l'orbite de l'Etat »[245]. Cela est particulièrement marqué s'agissant de la production et du transport en revanche, une nuance existe s'agissant de la distribution. La loi prévoit pour la distribution du gaz comme pour celle de l'électricité que leur gestion sera confiée à des établissements publics de caractère industriel et commercial dénommés « Electricité de France, Service de distribution » suivi du nom géographique correspondant et

---

[243] Proposition de loi du 23 novembre 1945, *CJEG*, n° spécial, p. 470
[244] Proposition de loi du 23 novembre 1945, *CJEG*, n° spécial, p. 502
[245] F.M. POUPEAU, *Le service public à la française face aux pouvoirs locaux. Les métamorphoses de l'Etat jacobin*, Paris, CNRS Editions, 2004, p. 42

« Gaz de France Service de production[246] et de distribution » également suivi du nom géographique correspondant. Ces établissements publics régionaux de distribution devaient constituer les « clés de voûte d'une décentralisation effective »[247] et symbolisaient parfaitement le compromis réalisé par la loi du 8 avril 1946 entre les partisans d'une centralisation et ceux du maintien de la décentralisation de la distribution. Jusqu'à la mise en place des services de distribution devant être organisés par une loi votée avant le 31 mars 1947, la loi énonce que le fonctionnement du service public de distribution sera assuré par les services nationaux. Ainsi, EDF et GDF se trouvent être, pour une durée d'un an, les concessionnaires uniques de la distribution d'électricité d'une part et, de gaz d'autre part. Cette situation censée n'être que provisoire a cependant perduré. Alors que l'article 21 de la loi du 8 avril énonce que « les circonscriptions territoriales des services de distribution sont établies par l'Electricité de France ou le Gaz de France en tenant compte de la structure des réseaux et des intérêts économiques des régions, ainsi que des régimes d'exploitation en vigueur pour l'électricité et le gaz, les collectivités intéressées étant préalablement et obligatoirement consultées », un arrêté du 6 octobre 1950 approuve effectivement le découpage du territoire en vingt-six circonscriptions. En outre, sont parallèlement, étudiés les textes devant fixer les conditions relatives à la représentation des collectivités dans les conseils d'administration des services de distribution, celles relatives à l'élection des délégués de ces collectivités au sein de ces conseils et, celles relatives à la coordination des services nationaux avec les services de distribution. Alors que l'élaboration de ces textes progresse lentement du fait des nombreuses difficultés rencontrées dans la pratique, le gouvernement décide, en 1952, d'ajourner la mise en place des services de distribution, laissant provisoirement au Service national, la gestion de la distribution. Le provisoire a, semble-t-il, été pérennisé. Toutefois, afin, de compenser l'abandon provisoire des services de distribution, un décret du 31 juillet 1957 institue des comités régionaux de la distribution d'électricité et de gaz auprès de chacun des directeurs régionaux d'EDF et de GDF jusqu'à la mise en place des services de distribution. Ils sont composés de vingt et un membres dont neuf représentent les collectivités locales, neuf représentent les usagers et neuf représentent les diverses catégories

[246] L'article 3 de la loi du 8 avril 1946 prévoyait que s'agissant du gaz, seraient confiées à des établissements publics régionaux, la gestion de la production et de la distribution, contrairement à l'électricité pour laquelle seule la gestion de la distribution serait confiée à de tels établissements.
[247] F.M. POUPEAU, précité, p. 42

du personnel. La compensation est cependant mineure, ces organismes étant strictement consultatifs.

136. Ainsi, depuis 1946, EDF et GDF assurent effectivement la gestion de la distribution de l'énergie, par le biais de contrats de concession, la loi disposant : « Les établissements publics auxquels sont transférées les concessions d'électricité ou de gaz nationalisées en vertu de la présente loi, devront observer les dispositions des cahiers des charges en vigueur. » Aussi, selon les termes de la loi, les relations juridiques issues de l'application de la loi du 15 juin 1906 sont-elles maintenues, la seule différence étant la personne du titulaire.

Du fait du monopole, seuls GDF et EDF peuvent, en principe, être les concessionnaires chargés du service public de la distribution d'électricité et de gaz. Charles Blaevoet, considère que malgré leur dénomination, et parce qu'ils ne sont que des concessionnaires, EDF et GDF ne sont « ni des régies, ni des établissements publics véritables, mais de simples établissements officiels concessionnaires, substitués aux anciennes entreprises privées et, comme elles, soumis, en principe, au régime de droit privé »[248]. EDF et GDF ne revêtent, selon lui, aucun des caractères essentiels des « établissements publics normaux »[249], la concession étant, selon lui un accord entre une collectivité et un particulier pour faire fonctionner un service public. Il ajoute qu' « il ne reste rien qui puisse donner à nos organismes ce caractère administratif qui singularise les établissements publics. Leur caractère industriel et commercial l'a supplanté complètement. A l'inverse, la majorité des auteurs semble ne pas remettre en question cette qualification[250]. En effet, il semble incontestable de constater qu'EDF et GDF sont des établissements publics répondant aux critères énoncés dans la décision du Tribunal des Conflits du 9 décembre 1899 Association syndicale du canal de Gignac[251]. Les établissements publics industriels et commerciaux appartiennent à une catégorie d'établissements publics ayant, par définition, un caractère industriel et commercial. Aussi, le caractère industriel et commercial ne fait-il pas obstacle à la qualification d'établissement public. En revanche le système de la concession s'oppose-t-il à la reconnaissance de qualité d'établissement public au concessionnaire ? En d'autres

---

[248] Ch. BLAEVOET, Commentaire de la loi du 8 avril 1846 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *Dalloz*, 1947, p. 97
[249] Ch.BLAEVOET, *Op.cit.* p. 100
[250] Tel est le cas, par exemple, de MM. Waline et Richer.

termes : concession et établissement public sont-ils compatibles ? Jean-Marie Auby reconnaît volontiers que faire d'un établissement public le concessionnaire d'un service public est une situation inédite quelque peu déconcertante. Il constate en effet que « l'enseignement traditionnel du droit administratif, tel que l'ont reçu plusieurs génération de juristes français, repose, sous la rubrique qu'il consacre à la gestion des Services publics sur une classification essentielle : les services publics […] peuvent être gérés suivant trois procédés : la régie, l'établissement public et la concession. »[252] Jusqu'alors, la concession était caractérisée par la collaboration d'une personne privée à un service public. La loi de 1946, en rompant le lien concession-personne privée vient bousculer la classification traditionnelle. Dès lors, si l'on doit constater qu'EDF et GDF sont bien des établissements publics, peut-être est-ce la concession mise en place qui n'en est plus une au regard des critères permettant de l'identifier. Les communes ayant perdu la plupart des droits dont elles disposaient auparavant, il convient de s'interroger sur la nature réelle de la concession mise en place par la nationalisation.

§2 : Une concession d'une nature particulière : la fin d'un service public local

137. « Certains se sont étonnés du maintien, en matière de distribution d'énergie, du régime de la concession à l'égard d'un concessionnaire devenu unique, puisque les communes ne peuvent, en effet, traiter avec un autre organisme que l'Electricité de France[253]. Libres de débattre avec leur concessionnaire des clauses et conditions du contrat, les concédants, en cas de désaccord, sont-ils réduits à s'éclairer à la bougie ? »[254] La concession conclue par les collectivités concédantes et EDF ou GDF est telle qu'elle ne peut être considérée comme une concession de service public comme les autres. Il s'agit d'une concession sui generis (A) qui, puisqu'elle ne confère pas de réelles prérogatives à l'autorité concédante, remet en cause le caractère local jusqu'alors attaché à l'activité de distribution (B).

---

[251] *GAJA*, 2005, n°7
[252] J.M. AUBY, « La notion de Concession et les Rapports des Collectivités Locales et des Etablissements Publics de l'Electricité et du Gaz, dans la Loi du 8 avril 1946 », *CJEG*, 1949, doctrine, p. 5
[253] Il en va de même s'agissant de G.D.F.
[254] S. DEGLAIRE et E. BORDIER, *Electricité, service public, II*, Paris, Berger-Levrault, 1963, p. 237

A- Une concession « sui generis »

138. « L'acte de concession est un des actes par lesquels une personne administrative détermine le mode d'organisation d'un service public relevant d'elle. »[255] Il en était ainsi avant la loi du 8 avril 1946 dans la mesure où les communes pouvaient choisir d'accorder des concessions ou de gérer le service public en régie. La loi de nationalisation est venue mettre un terme à ce choix, obligeant en principe les communes à concéder le service public de la distribution d'électricité et de gaz. Désormais, l'acte de concession n'est plus la conséquence du choix de l'autorité concédante mais du législateur lui imposant de procéder de la sorte. Deux questions découlent de ce constat : les concessions dont la concession est imposée aux concédants sont-elles réellement des contrats ? Le cas échéant, s'agit-il de contrats de concession identiques à ceux qui existaient antérieurement à la loi du 8 avril 1946 ? Si l'absence de liberté contractuelle ne remet pas en cause la nature contractuelle de l'acte (1), celui-ci ne peut que difficilement être encore qualifié de concession de service public (2).

1) Un contrat administratif

139. Il convient de donner, à titre liminaire la définition du contrat. L'article 1101 du Code civil comme définit le contrat comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Selon la doctrine, il s'agit d'« un accord de volontés destiné à créer des obligations »[256] ou encore, d'un « accord conclu entre deux personnes au moins, d'où résultent des droits et obligations. »[257] L'accord des volontés est un élément essentiel du contrat. Dans une décision du 20 mars 1996, Commune de Saint-Céré[258], le Conseil d'Etat indique que le contrat repose sur la volonté de se lier par des obligations réciproques. Il nous importe de déterminer, ici, dans quelle mesure, les communes et EDF ou GDF ont eu la volonté de se lier par contrat, dans la mesure où celui-ci leur a été imposé par le législateur. En principe, afin de conclure un contrat, en vertu de la théorie de l'autonomie de la volonté, et partant, de la liberté contractuelle, il semble nécessaire d'avoir voulu conclure ce contrat et

---

[255] J.M. AUBY, « La notion de Concession et les Rapports des Collectivités Locales et des Etablissements Publics de l'Electricité et du Gaz, dans la Loi du 8 avril 1946 », précité, p. 8
[256] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil des obligations*, Paris, Dalloz, 1999, p. 23
[257] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2006, p. 9

non d'y avoir été contraint. « La 'liberté contractuelle' consistera donc dans le fait que la formation du contrat sera entièrement abandonnée aux deux parties ; elle sera présente à chaque moment, à chaque phase de la formation du contrat : liberté de contracter ou de ne pas contracter, liberté de choisir le type de contrat, liberté de choisir le cocontractant, liberté de déterminer le contenu du contrat, liberté de négocier avec le cocontractant pressenti et, surtout, liberté de s'engager par sa seule volonté, car c'est là, l'objet du système contractuel. »[259] Les personnes publiques, tout comme les personnes privées disposent de la liberté contractuelle, le Conseil d'Etat l'ayant érigé en principe général du droit[260].

140. Cependant, d'une manière générale, la liberté contractuelle n'est pas absolue. Elle est, en effet, particulièrement encadrée, qu'il s'agisse des personnes publiques ou des personnes privées. La qualification contractuelle d'un acte n'est pas systématiquement remise en cause alors même que la liberté contractuelle, dans le cadre de cet acte est considérablement réduite. Si la majorité de la doctrine s'accorde pour reconnaître que la liberté contractuelle n'est pas absolue c'est qu'il est vain de vouloir opposer l'Etat et la société civile. Cela reviendrait à nier le caractère contractuel de tous les actes conclus entre au moins deux personnes dès lors que l'Etat, d'une manière ou d'une autre y est présent. Or, ce dernier, par le biais du législateur est toujours intervenu pour encadrer la liberté contractuelle, qu'il s'agisse des contrats de droit privé ou des contrats administratifs. L'article 1134 du Code civil vient expressément subordonner la liberté contractuelle à la loi puisqu'il énonce que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Laurent Leveneur note que le terme « légalement » « montre bien que la volonté ne tire pas d'elle-même le pouvoir de se régir, mais de la loi »[261]. L'article 6 du Code civil dispose quant à lui : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent les bonnes mœurs ». Ainsi, s'agissant des contrats de droit privé, ils ne perdent par leur qualification alors même que la loi impose la conclusion d'un contrat. Tel est le cas, par exemple, des contrats d'assurance automobile. Il est également possible d'être dans l'impossibilité de choisir son cocontractant lorsqu'une situation de monopole existe. Tel est le cas des contrats de transport conclu avec la SNCF. Il en va de même s'agissant des contrats administratifs

---

[258] CE, 20 mars 1996, Commune de Saint-Céré, *DA*, 1996, n°307
[259] C. BRECHON-MOULENES « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, p. 644
[260] CE sect., 28 janvier 1998, Société Borg Warner, *AJDA*, 1998, p. 287
[261] L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998, p. 676

dont certains d'entre eux sont amputés d'une part de la liberté contractuelle. L'exemple le plus caractéristique est certainement le marché public dont le choix du titulaire n'est pas à proprement parler un choix mais le résultat d'une procédure réglementée et soumis au contrôle du juge administratif. Jean Dufau, dans son ouvrage relatif aux concessions de service public retient trois exceptions au principe du libre choix du concessionnaire[262]. Tout d'abord, lorsque l'autorité concédante le décide en organisant une procédure de sélection. Dans ce cas, la désignation du concessionnaire interviendra à l'issue de cette procédure. Il convient néanmoins de noter que dans ce cas, la collectivité concédante, choisit de ne pas choisir son concessionnaire. Une forme de choix existe tout de même. En second lieu, il est des cas dans lesquels la collectivité concédante n'a pas le choix de son concessionnaire du fait de sa nationalité[263]. Enfin, le concédant n'a pas le choix de son concessionnaire lorsque ce dernier est désigné par un texte. La liberté peut, cependant, être plus ou moins large. Tout d'abord, le texte peut désigner certaines catégories de concessionnaires sans en imposer un en particulier. Dans ce cas, la liberté de choix de l'autorité concédante ne sera pas supprimée, elle ne sera que restreinte. Dans d'autres cas, l'autorité concédante « ne dispose d'aucune liberté de choix » et l'auteur de citer l'exemple des concessions à EDF et GDF. En effet, dans ce cadre, les contractants n'ont ni le choix de la conclusion du contrat, ni celui du cocontractant. C'est ainsi qu'il est loisible de se demander avec Christine Bréchon-Moulènes si on peut « parler de liberté contractuelle dans les contrats EDF-collectivités locales ? »[264] En effet, « affirmer la liberté de contracter, c'est traditionnellement poser le principe du libre choix du cocontractant, ainsi que celui de la libre décision de contracter. »[265] Or, il ne fait aucun doute que, s'agissant des contrats de concession conclus entre les collectivités territoriales et EDF ou GDF, les parties n'ont ni la liberté de contracter, ni le libre choix du cocontractant. Dès lors, il convient de rechercher dans quelle mesure, un acte conclu entre deux personnes, destiné à produire des effets de droit, peut être qualifié de contrat alors même que la liberté contractuelle était quasiment inexistante au moment de la conclusion et de l'exécution de cet acte. De tels actes ne perdent pas leur qualité de contrat en droit privé.

---

[262] J. DUFAU, *Les concessions de service public*, Paris, Editions du Moniteur, 1979, p. 54

[263] Tel était notamment le cas des concessions visées par le décret-loi du 12 novembre 1938 qui prévoyait que les collectivités publiques ne pouvaient accorder des concessions publiques, des concessions d'exploitation des services publics ou des permissions d'exploitation diverses, de quelque nature que ce soit qu'aux personnes physiques ou morales de nationalité française. Ce type de dispositions, manifestement incompatibles avec le Trait de Rome ont progressivement été supprimées.

[264] C. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, p. 649

[265] L. LEVENEUR, précité, p. 677

Ainsi, un contrat peut être obligatoire et le cocontractant déterminé. Tel est le cas en matière de baux d'immeubles à usage d'habitation. Ces contrats portent le nom de « contrats imposés »[266]. Cette dénomination semblant réservée à certains contrats de droit privé pourrait tout à fait caractériser les concessions conclues entre les collectivités locales et EDF ou GDF.

Le caractère contractuel d'un acte ne paraît pas déterminé par l'existence d'une certaine liberté contractuelle. En effet, si la volonté individuelle fonde l'obligation contractuelle, il apparaît qu'une obligation qualifiée de sociologique, à savoir, une source légale, peut également en être à l'origine. Dans ce cas, on considère que la loi impose de vouloir un contrat, mais n'impose pas le contrat lui-même. La « volonté légale » supplante plus ou moins complètement l'assentiment des parties[267]. Il s'agira d'un contrat né *ex lege*[268], d'un « contrat imposé » mais d'un contrat avant tout. La liberté contractuelle n'ayant pas valeur constitutionnelle[269], le législateur peut y apporter des limites. Dès lors, l'acte passé entre les collectivités locales et EDF ou GDF, alors même qu'il est la conséquence d'une volonté du législateur, entre néanmoins dans la catégorie des contrats. L'obligation de contracter, l'absence de choix du cocontractant ne remettent pas en cause son caractère contractuel.

141. S'il s'agit bien d'un contrat, celui-ci peut-il néanmoins entrer dans la catégorie des concessions de service public comme l'indique la loi du 8 avril 1946. La notion de « contrat imposé » est-elle compatible avec celle de concession ?

2) La difficile qualification de concession

142. La première difficulté relative à la concession réside dans sa définition. S'il existe bien désormais une définition de la délégation de service public[270], il n'existe pas de définition législative ni même réglementaire de la concession de service public. Selon le commissaire du gouvernement Chardenet dans l'affaire Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, une concession est « un contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou

---

[266] cf. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, p. 191
[267] L. JOSSERAND, « Le contrat forcé et le contrat légal », *Dalloz*, 1940, p. 6
[268] *Ibidem*
[269] Cons. Const. 3 août 1994, JCP, 1995, II, 22404, et Cons. Const. 20 mars 1997 RTD Civ., 1998, p. 100.

sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public. »[271] Ainsi, traditionnellement, la concession est identifiée au terme d'une étude centrée sur le concessionnaire. On estime que pour être en présence d'une concession de service public, le concessionnaire doit « tirer l'essentiel de ses ressources de l'exploitation du service »[272]. Il est moins répandu de rechercher si l'on se trouve en présence d'une concession en se plaçant sous l'angle de l'autorité concédante. Il semble néanmoins que, dans une telle analyse, l'autorité concédante soit un élément d'identification au moins aussi important que le mode de rémunération du cocontractant. Allant dans un sens habituellement peu examiné par la doctrine majoritaire, M. Desgranges considère que « contrairement à ce qui est admis, quelquefois, la perception de taxes sur les usagers n'est pas l'élément essentiel de la concession. C'est plutôt l'existence de prérogatives de puissance publique, et aussi, le retour à l'administration en fin de concession ».[273] Aussi, est-il nécessaire que le concessionnaire, comme le prévoit la jurisprudence de manière constante, tire effectivement l'essentiel de ses ressources de l'exploitation du service. Cependant, peut-on affirmer malgré cela qu'il existe une concession si, de son côté, l'autorité concédante est, dans la réalité, dépourvue des prérogatives censées lui revenir à ce titre ? En effet, dans le cadre des concessions conclues entre les collectivités locales et EDF ou GDF, force est de constater que les premières ont perdu des prérogatives pourtant essentielles attachées au pouvoir concédant. Comme cela a déjà été évoqué en amont, elles ne disposent pas du choix de recourir à la concession, ni de celui du concessionnaire ces deux éléments leur étant imposés par la loi. Certes, nous pouvons constater avec Jean-François Auby que « le contrat de concession comporte des règles d'une double nature. Elles prennent leur source à la fois dans la volonté des parties et dans la loi et le règlement »[274] mais il convient dès lors de se demander quelle est la part de volonté des parties dans les contrats de concessions conclus entre les collectivités locales et EDF et GDF. Ils sont soumis à la loi pour ce qui concerne le recours au contrat ainsi que le choix du cocontractant et soumis au règlement pour ce qui concerne le contenu du contrat qui doit être conforme à un cahier des charges approuvé par un

---

[270] Celle-ci a été introduite par la loi Murcef.
[271] Conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, D. 1916, 3, p. 25
[272] CE ass., 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, *RFDA*, 1987, p. 21
[273] E. DESGRANGES, « Définition du marché de fourniture », *RDP*, 1942, p. 216
[274] J.F. AUBY, *Les services publics locaux*, Paris, Berger-Levrault, p. 316

décret pris en Conseil d'Etat. Ce dernier élément, caractérisant également les contrats de concession conclus entre les collectivités et leurs concessionnaires de distribution d'électricité et de gaz avant 1946 ne sera pas retenu dans la mesure où, avant 1946 comme ce fut le cas après et jusqu'en 1982, les collectivités territoriales ne jouissaient pas encore de la libre administration des collectivités territoriales. Il ne s'agit donc pas là d'un changement opéré par la loi de nationalisation.

143. Il est, en revanche, essentiel de noter qu'imposer la conclusion du contrat de concession avec EDF et GDF est un élément qui vient profondément bouleverser la nature du contrat conclu entre les collectivités territoriales leurs concessionnaires. Tout d'abord, comme cela a précédemment été évoqué, jusqu'alors, le système de la concession semblait réservé à la délégation de service public à une personne privée. Mais là n'est pas le bouleversement. Ce n'est pas tant le fait que le concessionnaire soit une personne publique que le fait qu'il s'agisse d'un concessionnaire unique qui sème le doute quant à la nature de l'acte. En effet, selon Thierry Alibert[275], « la concession de service public se caractérise par un élément fondamental : (le principe de) 'l'*intuitus personae*'. Ce dernier signifie que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour choisir son concessionnaire et que cette liberté n'est soumise à aucune exigence de mise en concurrence préalable des candidats[276]. » Cette liberté de choix, alors même qu'elle est, aujourd'hui, encadrée, reste un élément essentiel de la caractérisation de la concession de service public. La doctrine est unanime sur ce point. Ainsi, René Chapus énonce que cette liberté de choix « entre éminemment dans la définition du contrat de concession de service public ; et elle a, dans les faits, une importance toute particulière, un contrat de concession étant conclu pour une longue durée, qui peut se compter en dizaines d'années. »[277]. Ce point de vue semble également être celui de Jean Dufau pour qui « la désignation du concessionnaire constitue l'un des éléments d'originalité les plus caractéristiques du régime de la concession dans la mesure où l'autorité concédante est, en

[275] T. ALIBERT, « '*L'intuitus personae'* dans la concession de service public : un principe en mutation ? », *Revue administrative*, 1990, p. 507

[276] Cette dernière considération, si elle n'est plus exacte depuis la loi sapin du 29 janvier 1993 l'était encore en 1946, date à laquelle la loi de nationalisation est venue mettre un terme à *l'intuitus personae* en matière énergétique. Il convient néanmoins de préciser que R. Chapus considère que « l'actuelle exigence de publicité et mise en concurrence […] ne fait qu'éclairer la liberté de choix de la personne publique. » (*Droit administratif général*, précité, p. 638)

[277] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 2001, p. 638

principe, libre de passer le contrat avec le concessionnaire de son choix »[278] Le doyen Vedel et le professeur Delvolvé partagent cet avis puisqu'ils énoncent qu'en matière de concession, l'administration « est absolument maîtresse de choisir son partenaire […] L'*intuitus personae* joue un rôle essentiel en matière de concession ».[279] Cette liberté de choix a, en outre, été consacrée par la jurisprudence. Ainsi, dans une décision Sieurs Beau et Lagarde du 10 avril 1970[280], le Conseil d'Etat a jugé que dans le cadre des concessions de travaux et de service public, l'autorité concédante pouvait « choisir librement le titulaire ». Confirmant sa position, le Conseil d'Etat a considéré, dans un arrêt Sieur Flesch du 3 mai 1974[281], que « le pouvoir qui appartient à l'administration de concéder un service public à la personne de son choix » est une « règle de droit commun relative aux concessions de service public ».

144. Plus qu'un élément essentiel, il semble que pour certains auteurs, cette liberté de choix constitue une condition indispensable à l'identification de la concession. Tel semble être le cas de René Chapus qui considère que « quand la nature d'un contrat est douteuse, l'absence de libre choix exclut qu'il s'agisse d'un contrat de concession. Quand il s'agit certainement d'un tel contrat, on conclura qu'il doit y avoir libre choix. »[282] Dès lors, devon-nous en conclure qu'en l'absence de libre choix du concessionnaire, le contrat conclu entre les collectivités locales et EDF ou GDF en matière de distribution n'est pas une concession de service public ? Dans un premier temps, il convient de s'interroger avec Thierry Alibert sur le point de savoir si « ce principe valant pour les concessions de service public classiques s'applique […] également lorsqu'il s'agit d'une concession par détermination de la loi ». Le Conseil d'Etat a répondu positivement à cette question dans l'arrêt du 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion en affirmant « qu'il est de règle que le concédant a le libre choix du concessionnaire. »[283] Cette réponse ne peut toutefois pas s'appliquer aussi simplement au cas des concessions de distribution d'énergie dans la mesure où non seulement il s'agit d'une concession par détermination de la loi mais qu'en outre le concessionnaire a également été déterminé par cette loi. René Chapus note que « dans la mesure où EDF et GDF ont le monopole de la distribution de l'électricité et du gaz, ces

---

[278] J. DUFAU, *Les concessions de service public*, Paris, Editions du Moniteur, 1979, p. 53
[279] G. VEDEL et P. DELVOLVE, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1982 p. 1140
[280] CE, 10 avril 1970, Sieurs Beau et Lagarde p. 243
[281] CE, 3 mai 1974, Sieur Flesch, rec. p. 259
[282] *Ibidem*
[283] CE, ass., 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, *RFDA*, 1987, p. 21

établissements sont, pour les collectivités publiques, des concessionnaires obligés. »[284] Cependant, il ne semble pas remettre en cause la qualification donnée par le législateur à ces contrats. Malgré cela, il est indispensable de noter que cette absence de choix a semé le trouble chez certains auteurs parmi lesquels Marcel Waline pour qui, le « maintien de l'exploitation sous forme de concession est plus apparent que réel »[285]. Il met en avant quatre considérations venant justifier son propos posant en premier lieu, le problème de l'absence de choix du concessionnaire. Les collectivités territoriales « ne peuvent s'opposer à cette substitution d'un exploitant à un autre alors qu'elles ont d'ordinaire le droit de s'opposer à toute cession de concession sans leur autorisation expresse et spéciale »[286]. Il pose ensuite le problème de l'absence de choix lors du renouvellement de la concession, corollaire du système du concessionnaire obligé. En effet, EDF et GDF étant les concessionnaires obligés des autorités concédantes, les concessions arrivées à expiration sont tacitement reconduites[287]. Il relève également que le contrôle qu'elles peuvent exercer sur le nouveau concessionnaire « paraît bien réduit, surtout le contrôle financier » Marcel Waline semble, en outre, voir dans la nouvelle législation applicable aux collectivités territoriales, une diminution de leurs pouvoirs de sanction avant de conclure qu' « Il ne faut pas dissimuler que les collectivités concédantes perdent beaucoup de leurs avantages juridiques »[288]. Jean-Marie Auby, semble rejoindre Marcel Waline sur ce point puisqu'il écrit qu' « il est facile de constater combien les collectivités locales 'concédantes' de la loi du 8 avril 1946 se trouvent dépouillées des prérogatives qui devraient nécessairement accompagner le maintien des relations juridiques nées des anciennes concessions. »[289] Or, dans le cadre des concessions, l'autorité concédante ne doit pas se trouver privée de toute gestion du service. Dans ses conclusions sous l'arrêt Compagnie générale française des tramways, le commissaire du gouvernement Blum énonçait à ce propos que délégation de service public ne signifiait ni abandon ni délaissement[290]. L'exemple de la distribution de l'électricité et du gaz caractérise ainsi parfaitement le

---

[284] R. Chapus, précité.
[285] M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1951, p. 402 et édition de 1946 p.539
[286] Ibid.
[287] C'est ce qu'a affirmé le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz dans une décision de sa section d'arbitrage du 6 juin 1979 dans un litige opposant E.D.F. à la ville de Cauterets (CJEG 1979, p. 39).
[288] Ibid.
[289] J.M. Auby, « La notion de concession et les Rapports des Collectivités Locales et des Etablissements Publics de l'Electricité et du Gaz, dans la Loi du 8 Avril 1946 », *Cahiers de documentation juridique*, 1949, p. 11
[290] Conclusions BLUM sous CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, *Sirey*, 1911, 3ème partie, p. 1

« bouleversement profond »[291] qu'a connu le droit des concessions, et qui, selon Louis-Jérôme Chapuisat « s'il n'en a pas affecté la façade, en a considérablement altéré la portée »[292].

145. Les collectivités territoriales continuent, certes, à disposer de certaines prérogatives mais elles restent mineures au regard de celles qui leur ont été retirées[293]. Pierre Delvolvé va dans ce sens puisqu'il considère que le rôle des communes en tant qu'autorité concédante s'est modifié : « elles ne peuvent guère intervenir que pour assurer une certaine représentation des administrés envers Gaz de France »[294]. De même, Laurent Richer reconnaît qu'« il arrive que la loi qualifie expressément de concession un contrat déterminé, ce qui fait obstacle à toute requalification par application des critères jurisprudentiels. Ainsi, la loi du 8 avril 1946 prévoit qu'EDF et GDF sont concessionnaires des communes, alors que celles-ci ne disposent plus réellement du pouvoir d'organisation qui caractérise le concédant. »[295]

C'est probablement ce qui conduit Jean-Marie Auby à écrire, au sujet de ces concessions que « l'accord établi entre deux personnes administratives indépendantes et égales ne saurait être qualifié de concession. »[296] Il convient néanmoins de tempérer cette remarque en relevant que dans le cas présent, il ne semble pas que dans le cadre de ces contrats, les deux établissements publics nationaux et les collectivités locales aient été égaux. Un net déséquilibre au profit des deux premiers semble avoir été mis en place par la loi. Dès lors, la remarque de Jean-Marie Auby n'est plus tout à fait exacte. La conclusion qu'il tirait paraît cependant correspondre à la réalité puisqu'un contrat dans lequel le maître de service prend l'ascendant sur l'Administration délégante ne saurait être qualifié de concession. Ceci n'est pas propre à la distribution de l'électricité et du gaz[297], le rapport Bouchery[298] indique en effet que « les secteurs d'activité donnant lieu à des délégations sont souvent dominés par des entreprises si puissantes qu'elles pourraient imposer à la collectivité concédante des contrats

---

[291] L.J. CHAPUISAT, *La notion d'affaires locales en droit administratif français*, précité., p. 230
[292] Ibid.
[293] Les collectivités concédantes conservent notamment la propriété des installations, l'article 36 de la loi de nationalisation leur permet de continuer à faire exécuter en tout ou en partie à leur charge les travaux de premier établissement, d'extension, de renforcement et de perfectionnement des ouvrages de distribution.
[294] P. DELVOLVE, « Les concessions de transport et de distribution de gaz », *CJEG*, 1969, p. 198
[295] L. RICHER, Droit des contrats administratifs, Paris, LGDJ, 2006, p. 522
[296] J.-M. AUBY, précité, p. 14
[297] Y. WEBER, dans « La nature des concessions administratives d'activités industrielles et commerciales » (in les mélanges Roblot, Paris, LGDJ, 1984, p.48) énonce que « De nombreux contrats sont appelés concessions qui n'en sont pas. »
[298] Loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

déséquilibrés. » Si cela permet de relativiser, dans une certaine mesure, la spécificité de la loi de 1946 quant à la nature véritable du contrat, il n'en demeure pas moins que pour ce qui concerne la distribution, il est extrêmement délicat de parler de service public local.

Allant dans le même sens que la majorité de la doctrine, certains responsables locaux ont également remarqué l'hypocrisie instaurée par le système de 1946. Ainsi, Luc Faivre, responsable du service électricité et chauffage de la ville de Besançon et animateur du groupe énergie de l'Association des ingénieurs des villes de France considère qu'« une concession où le concédant est à l'étroit est une contrainte. »[299] Camille Durand, maire de Douai déplore le « pouvoir théorique » de l'autorité concédante face au « pouvoir léonin » exercé de fait par le concessionnaire[300]. A ce propos, Gérard Quiot considère que le système mis en place par la loi de nationalisation du 8 avril 1946 maintient la concession « sous une forme telle que seul un goût prononcé pour l'ironie peut désormais conduire à parler à propos de ces dernières [les communes] d'*autorités* concédantes. »[301] C'est ainsi que Jean de Soto reconnaît que « Au fond la formule du contrat de concession convient bien aux relations avec une commune, d'un industriel puissant et qui veut se sentir les coudées franches : il doit faire fonctionner un service public, mais à ses risques et périls, et liberté et responsabilité sont d'ailleurs étroitement unies. Cependant, la nature des choses est plus forte que le concept juridique à l'Etat pur, et on a dû déformer sur divers points la conception classique du contrat de concession ou tout au moins sa pratique.»[302]

146. Il apparaît qu'à son origine, le contrat conclu entre les collectivités territoriales et EDF ou GDF ne pouvait véritablement être qualifié de concession. Force est de constater que les différentes évolutions relatives au régime de la concession (et en partie la loi MURCEF), n'ont pas contribué à modifier ce constat.

147. La définition de la délégation de service public figurant dans la loi MURCEF contribuant à renforcer ce constat. Désormais, depuis la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, une

---

[299] Actes des premières assises de l'énergie 1999 : « Politiques énergétiques locales », www.assises-energie.net
[300] Actes des premières assises de l'énergie 1999 : « Politiques énergétiques locales », www.assises-energie.net
[301] G. QUIOT, « La doctrine et la distinction des services nationaux et des services publics locaux : observations critiques », in *Mélanges Hubert Charles*, Université de Nice Sophia Antipolis, faculté de droit, des sciences politiques, économiques et de gestion, p. 315
[302] J. DE SOTO, « Le cahier des charges-type des concessions de distribution de gaz », *JCP*, 1950, I, n° 892, §4

définition de la délégation de service public existe. Or, une concession de service public est une catégorie de délégation de service public. Selon les termes de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

Cette définition ne mentionne pas non plus les prérogatives des personnes publiques concédantes sont absentes de la définition et, en particulier, la question du choix du concessionnaire.

148. Dès lors l'absence de choix du recours à la concession tout comme l'absence de choix du concessionnaire ne semble pas s'opposer à ce que ce contrat soit qualifié de délégation de service public. En outre, la définition de la délégation de service public alliée aux dispositions de la loi Sapin modifiée s'opposent, en principe à une absence de choix du concessionnaire dans la mesure où, cette dernière loi oblige une mise en concurrence. Dès lors, les offres de plusieurs candidats doivent être examinées[303]. Aussi, pourrait-on être tenté d'en déduire que dès lors que le contrat conclu entre les collectivités locales et EDF ou GDF ne résulte pas d'une mise en concurrence, il n'entre pas dans la catégorie des délégations de service public. Cependant, l'article L. 1411-12 du Code général des collectivités territoriales, issu de l'article 29 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 Sapin prévoit une exception : « Les dispositions des articles L.1411-1 à L.1411-11 ne s'appliquent pas aux délégations de service public : a) lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise ; b) lorsque ce service est confié à un établissement public et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ». En conséquence, les contrats conclus entre les collectivités locales et E.D.F constituent bien une délégation de service public au regard des dispositions combinées des lois Sapin et MURCEF. Il existe ainsi deux catégories de délégations de service public : celles correspondant à l'article L.1411-1 du CGCT et celles de l'article L. 1411-12. Deux contrats aussi différents peuvent-ils répondre à une même appellation ? Cela paraît parfaitement inapproprié dans la mesure où, dans le cas des

[303] L'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales impose la soumission des délégations de service public à une procédure de mise en concurrence.

concessions à un monopole, les pouvoirs du délégataire, et plus particulièrement, de l'autorité concédante, sont relativement restreints. Il s'agirait en conséquence d'une délégation de service public *sui generis* et, plus particulièrement, d'une concession *sui generis*, concession ayant la particularité d'affaiblir considérablement l'autorité concédante. Ainsi, si en apparence la concession subsiste, elle n'est plus qu'une coquille vide ne correspondant plus à la réalité des prérogatives de chacune des parties à ce contrat. Dès lors, le lien entre le service public et la collectivité locale est distendu à point tel, qu'il n'est plus envisageable de considérer sérieusement la distribution d'énergie comme un service public local.

B- La fin du rôle effectif des collectivités locales

149. Dès lors qu'il est établi que la concession prive la collectivité concédante de ses pouvoirs, il ne peut être que difficilement affirmé que nous sommes en présence d'une concession de service public. Or, c'est précisément cette concession qui faisait, avant 1946, de la commune la personne publique assumant le service public de la distribution. Dès lors que la commune ne dispose plus des prérogatives caractérisant la personne assumant un tel service (1), il ne peut qu'être constaté que nous ne sommes plus en présence d'un service public local mais d'un service national (2).

1) Une collectivité locale n'assumant plus le service public

150. Alors que la loi de nationalisation de l'électricité et du gaz laissait entrevoir la possibilité d'une certaine décentralisation de la distribution d'énergie, cette dernière ne s'est pas réalisée dans les faits. En conséquence, l'absence d'établissements publics régionaux de distribution combinée à la perte du pouvoir concédant des communes impose de constater la rupture du lien existant auparavant entre la distribution d'énergie et les collectivités locales. Ce lien n'est plus qu'un artifice empêchant de continuer à qualifier la distribution de service public local conformément à la définition qui en a été retenue en amont[304]. Certes, il importe de noter avec Laurent Richer que « si l'on entend par service public local un service entièrement maîtrisé par les collectivités locales sous tous ses aspects, aucun service n'est vraiment local. L'Etat ne se borne pas à opérer la répartition des compétences ; il intervient

[304] Voir supra n° 106.

aussi pour définir les conditions d'organisation et de fonctionnement du service : le droit des services publics locaux est donc très largement un droit étatique. »[305] Cependant, il convient de nuancer ce propos avec Jean-Marie Auby qui énonce que « le législateur qui doit autoriser la création du service peut limiter, dans une certaine mesure, le droit laissé aux collectivités subordonnées de l'organiser. Mais cette limitation ne peut aller très loin, sans qu'on puisse fixer de bornes précises : s'il en était autrement, on devrait refuser au service le caractère local. »[306] Or, dans le cas de la distribution de l'énergie, un constat s'impose, celui de l'omniprésence du législateur au détriment des collectivités territoriales. Cette situation a semblé s'accentuer régulièrement jusque dans les années 1960, lorsqu'à l'occasion de la négociation de nouveaux cahiers des charges types, celles-ci ont manifesté leur souhait de se réapproprier ce service, ce qui, du reste, était permis par la loi de 1946 qui les confirmait dans leur rôle d'autorités concédantes.

151. Dans son article 37, la loi de nationalisation prévoyait l'établissement de nouveaux cahiers des charges types. S'agissant de la distribution de gaz, ce nouveau cahier des charges type est adopté par le décret n°50-1376 du 31 octobre 1950 puis, par un décret n°61-1191 du 27 octobre 1961, un nouveau cahier des charges type de distribution est adopté et appliqué. En revanche, s'agissant de la distribution d'électricité, il faut attendre jusqu'en 1960 pour voir approuvé par le décret n°60-1288 du 22 novembre 1960 le cahier des charges type de la distribution d'électricité qui ne connaîtra qu'une application « très marginale »[307]. En 1971, puis en 1977, de nouvelles tentatives de mise en place de cahier des charges type sont vainement entreprises.

En outre, comme le fait remarquer Laurent Richer, « de très nombreuses mesures dérogatoires aux cahiers des charges types ont été prises par voie législative ou réglementaire et imposées, en conséquence, aux collectivités concédantes. Ces mesures portaient notamment sur l'unification des règles de facturation, de paiement et de raccordement applicables à la clientèle ainsi que sur l'adoption d'un régime uniforme d'installation des ouvrages de la concession. »[308]

---

[305] L. RICHER, *Le droit des services publics locaux*, Paris, Le Moniteur, 2001, I.100.2

[306] J.M. AUBY, « La notion de Concession et les Rapports des Collectivités Locales et des Etablissements Publics de l'Electricité et du Gaz, dans la Loi du 8 avril 1946 », préc., p. 11

[307] P. SABLIERE, « Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à Electricité de France de la distribution publique d'énergie », *CJEG*, 1993, p. 3

[308] L. RICHER, Le droit des services publics locaux, précité, VI.204.2, p. 6

152. Un événement majeur aurait dû faire évoluer les rapports entre les collectivités locales et leurs concessionnaires obligés : la loi de décentralisation du 2 mars 1982 entraînant la suppression de la tutelle a priori et, par conséquent, la fin de la portée obligatoire des cahiers des charges types. Les collectivités locales jouissent d'une plus grande autonomie de gestion. Désormais, les collectivités concédantes doivent recouvrer une certaine liberté dans la négociation de leurs contrats de concession. L'occasion de renégocier les cahiers des charges modèles des concessions de distribution et de rétablir les collectivités concédantes dans leur rôle initial se présente enfin[309]. De leur côté, les entreprises concessionnaires se montrent enclines à resserrer leurs liens avec les collectivités locales. La renégociation se fait par l'intermédiaire de la FNCCR, représentant les collectivités concédantes. L'accent est mis sur la restauration d'un certain pouvoir de contrôle de la collectivité concédante sur son concessionnaire. En effet, comme le remarque Arnaud Legall, « L'article 36 de la loi du 8 avril 1946 prévoyait un contrôle des autorités concédantes sur le service de la distribution. Ce contrôle devait se traduire, en particulier par l'élaboration et la communication, par le concessionnaire, de rapports et de comptes rendus annuels portant sur l'exécution du service. En pratique, ces documents n'étaient ni transmis ni même élaborés. »[310]

153. L'article 32 du nouveau modèle de cahier des charges prévoit le contenu du compte rendu d'activité annuel qu'EDF et GDF doivent présenter à l'autorité concédante ; il donne aux agents investis du contrôle par cette dernière le pouvoir de procéder sur place aux opérations matérielles de vérification et de contrôle administratif qu'ils souhaitent effectuer. En outre, il est prévu qu'une pénalité de retard peut être infligée au concessionnaire ne présentant pas dans les délais prescrits le compte rendu exigé par l'article 36 de la loi de nationalisation. Cette renégociation n'a qu'une portée limitée. Tout d'abord, la FNCCR est le seul interlocuteur d'EDF et de GDF ce qui dénote une absence remarquée de concertation générale. En outre, la FNCCR, ne se montre pas suffisamment partisane d'une décentralisation effective de la distribution. A titre d'exemple, elle négocie la clause de la « concession la plus favorisée » ayant pour objet de « niveler les avantages acquis localement et donc, de limiter les risques de différenciation de traitement entre autorités concédantes. »[311]

---

[309] Depuis la loi du 8 avril 1946, jamais les contrats de concession n'avaient été renégociés.
[310] A. LEGALL, *L'électricité et les collectivités locales*, Paris, Le Moniteur, 2004, p. 101
[311] F.M. POUPEAU, Ibid., p. 100

Malgré cette renégociation, sur le terrain, la tendance est à la constatation de l'impuissance des collectivités concédantes. Ainsi, Luc Faivre remarque que « les quelques collectivités qui ont essayé de faire évoluer la relation avec le concessionnaire n'y sont pas parvenues au sein des contrats de concession ». En conséquence, il est loisible de constater avec François-Mathieu Poupeau qu'il n'y a pas réellement eu de renégociation : « seules quelques dispositions sont introduites pour donner un semblant de contenu aux négociations. »[312] La décentralisation, n'a pas modifié l'organisation centralisatrice du secteur énergétique mise en place par la loi de nationalisation. Les collectivités concédantes n'ont qu'une simple mission de représentation des usagers.

Ainsi, Michel Delebarre, Président de la Communauté urbaine de Dunkerque remarque que les collectivités locales « ont exercé de manière limitée leur pouvoir en matière d'organisation énergétique depuis les lois de nationalisation du secteur de 1946 »[313].

154. « Dans ces conditions, peut-on réellement considérer que l'on se trouve en présence d'un service public local ? N'est-on pas plutôt en présence d'un service public national organisé par l'Etat et assuré par deux établissements publics nationaux, les autorités communales concédantes n'étant qu'une pièce du montage juridique ? »[314] Il semble en effet que la loi de nationalisation ait fait de la distribution un service public national.

2) *La mise en place d'un véritable service public national*

155. La centralisation énergétique mise en place par la loi de 1946 n'a, encore jamais été réellement remise en cause. En dépossédant les collectivités concédantes de leurs pouvoirs sans jamais les rétablir dans leur véritable fonction, les pouvoirs centraux ont retiré son caractère local à la distribution d'énergie pour lui conférer un véritable caractère national [315]. Il apparaît en effet qu'en l'absence de pouvoir de la part des collectivités locales, c'est l'Etat qui par divers moyens organise le service public de l'énergie. Par le biais du législateur ainsi que par celui du gouvernement et, surtout par EDF et GDF qui ont effectivement en charge la

---

[312] F.M. POUPEAU, ibid., p. 100
[313] Actes des premières assises de l'énergie 1999 : « Politiques énergétiques locales », www.assises-energie.net
[314] M. LONG, « La concession, instrument des politiques énergétiques locales » in *Les collectivités territoriales et l'énergie, Economie et politique d'un nouveau service public*, Paris, FNCCR et Imprimerie nationale, 2001 p.94
[315] Voir supra n° 149 et suivants.

distribution d'énergie. L'Etat, en contrôlant EDF et GDF a mis le secteur énergétique sous sa tutelle, y compris la distribution publique qui était initialement destinée à devenir décentralisée. Dès lors, le service public de la distribution est nécessairement un service public national. Il convient de constater avec Marcel Waline que « si la nationalisation s'oppose d'ordinaire au capitalisme, elle s'oppose ici tout autant au municipalisme. »[316] Il convient de distinguer nationalisation et étatisation. Ces deux termes ne sont pas, en principe, synonymes, François-Mathieu Poupeau illustre cette distinction lorsqu'il écrit : « En tournant à l'étatisation pure et simple, la nationalisation achève le processus de prise en charge du secteur par l'Etat, processus qui aura duré quelques décennies. »[317]

156. Géraldine Chavrier, indique que « le caractère local du service a été discuté car la loi de 1946 impose leur concessionnaire aux autorités concédantes, et leur interdit de ce fait la mise en œuvre ou la déchéance de ce dernier. Il leur manque ainsi un élément essentiel du pouvoir d'organisation du service public » mais considère néanmoins que « le doute n'existe plus : l'article 22 de la loi n° 82-213 a supprimé l'obligation de conformité à un cahier des charges type, y compris en ce domaine, et l'exigence d'approbation du préfet ; l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales affirme le pouvoir de négociation et de conclusion du contrat, de fixation des missions de service public – qui tiendront nécessairement compte des spécificités locales, et le plein pouvoir de contrôle qu'elles exercent également sur les réseaux publics de distribution dont elles sont propriétaires. »[318] Il est possible de lui opposer qu'en revanche le fait de refuser aux collectivités le choix du mode de gestion du service public, ainsi que l'impossibilité de choisir leur concessionnaire est d'autant plus contestable que la loi de décentralisation est intervenue pour renforcer leur autonomie en matière de gestion des services publics. Par conséquent, nous pouvons affirmer que si, les lois de 1982 n'ont pas contribué à faire évoluer les principaux éléments qui interdisaient de continuer à qualifier la distribution d'énergie de service public local, ce service, lorsqu'il est organisé par le biais des concessions à EDF et GDF doit définitivement être regardé comme un service public national, alors même que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 30 novembre 2006 Loi relative au secteur de l'énergie indique que « l'activité de distribution du gaz naturel constitue un service public local et non national »[319].

---

[316] M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1951, p. 403 et édition de 1946 p.539
[317] F.M. POUPEAU, précité, p. 26
[318] G. CHAVRIER, « Electricité », Jurisclasseur Administratif, fasc. 154, p. 6
[319] Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie

157. Malgré le caractère essentiellement national de la distribution, force est de constater qu'à côté des concessions, le législateur de 1946 maintient la possibilité – certes, marginale – pour les collectivités territoriales de gérer localement cette activité.

Section 2 : La survivance d'une gestion strictement locale

158. La nationalisation a, comme cela a été précédemment démontré, réorganisé le secteur de la distribution de l'énergie pour en faire, du moins dans les faits, un domaine relativement centralisé. Néanmoins, même si cela est d'une ampleur moindre, un secteur local a subsisté. En effet, certaines petites entreprises locales de distribution ont échappé à la nationalisation. Si ce secteur libre de dimension particulièrement limitée a été maintenu par le législateur (§1), force est de constater que ce secteur libre n'en est pas moins extrêmement encadré et cristallisé à un point tel que, jusqu'aux récentes lois relatives à l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique, la situation des distributeurs non nationalisés semblait immuable (§2).

§1 : Le maintien d'un « secteur libre »

159. La question du maintien d'un secteur en dehors de la nationalisation fut longuement débattue lors des discussions relatives à la loi de nationalisation. Il est finalement apparu légitime de préserver certaines entreprises de la nationalisation (B) de petites entreprises, publiques ou privées, ayant un caractère local (A).

A- Les entreprises exclues de la nationalisation

160. L'article 23 de la loi du 8 avril 1946 dispose que « les sociétés de distribution à économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques possèdent la majorité, les régies ou services analogues constitués par des collectivités locales, les coopératives d'usagers et les sociétés d'intérêt collectif agricole sont maintenus dans leur situation actuelle jusqu'à l'organisation des services de distribution correspondants. » Deux types d'entreprises locales de distribution échappent ainsi à la nationalisation : les régies d'une part (1), certaines

sociétés d'économie mixte, les coopératives d'usagers et les sociétés d'intérêt collectif agricole d'autre part (2).

1) Le maintien des régies

161. L'article 23 de la loi de nationalisation prévoit le maintien « dans leur situation actuelle » des régies et services analogues des collectivités locales. Ces régies, sont relativement peu nombreuses, du fait des difficultés qu'ont connues les collectivités locales et, en particulier aux communes, à pouvoir intervenir directement dans un domaine industriel et commercial. Néanmoins, quelques régies existaient et ce mode de gestion de service public de la distribution avait continué à se développer jusqu'en 1946[320].

La particularité liée aux régies est une certaine diversité. L'organisation des régies, n'a pas, comme le remarque Jean L'Huillier, de « caractère uniforme »[321]. Trois types de régies existant en matière de distribution ont été maintenus par l'article 23 de la loi de 1946.

162. Tout d'abord, existent les régies sans personnalité morale : les régies directes. Il s'agit de services municipaux non autonomes placés directement sous l'autorité du maire et du conseil municipal. Dans ce cadre, le service public n'est pas personnalisé et les risques financiers sont assumés directement par la collectivité. Ces régies ne sont guère nombreuses, la majorité des collectivités locales ayant choisi, selon Laurent Richer, « de faire évoluer leurs statuts à la suite de l'intervention du décret du 28 décembre 1926 » [322] créant les régies dotées de l'autonomie financière. Ce décret du 28 décembre 1926 a expressément pour objectif de permettre la prise en charge de services publics industriels et commerciaux par les collectivités locales en créant une nouvelle catégorie de régies : les régies autonomes. La volonté du gouvernement est alors de « régulariser des initiatives communales diverses regroupées sous le vocable de socialisme municipal »[323] et, par conséquent, les services municipaux de distribution d'électricité et de gaz. Ce type de régie, comme la régie directe, ne dispose pas de l'autonomie juridique par rapport à la collectivité locale. Elle ne dispose, que d'une autonomie comptable.

---

[320] Etaient dénombrées environ 300 régies communales ou de syndicats de communes.
[321] J. L'HUILLIER, « Gaz-Electricité », *Encyclopédie Dalloz*, p. 229
[322] L. RICHER, Droit des services publics locaux, Paris, Le Moniteur, n° VI.202.1
[323] J. FIALAIRE, Le droit des services publics locaux, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 1998, p. 65

163. Aux côtés de ces deux types de régies sans personnalité juridique, existent des régies personnalisées issues du décret du 8 octobre 1917 fixant les modalités de l'exploitation en régie des distributions d'énergie électrique par les communes et les syndicats de communes[324], représentant environ 40% des régies locales d'électricité. Ces régies, dotées de la personnalité morale ont le caractère d'établissements publics[325]. Ces régies sont administrées par un conseil d'administration et un directeur nommé par le maire. Leur originalité tient à leur autonomie financière limitée. Alors qu'elles disposent d'un budget propre, certaines de leurs dépenses doivent être inscrites au budget de la commune. Leur exploitation est assujettie à l'observation d'un cahier des charges conforme à un cahier des charges type approuvé par un décret du 30 août 1917 reproduisant de façon quasiment identique, les dispositions des cahiers des charges types des concessions. Leur création était subordonnée à une autorisation préfectorale ou ministérielle selon les cas.

Depuis 1930, les communes ne peuvent plus recourir à ce type de régie. En effet, un décret du 17 février 1930 qui est venu préciser les modalités d'application du décret du 28 décembre 1928, prévoyait, dans son article 64 que les dispositions du décret de 1917 n'étaient plus applicables aux régies constituées ultérieurement.

Ainsi, les régies de distribution d'énergie échappent à la nationalisation, permettant, aux collectivités locales de conserver, dans ce cas de figure, un rôle essentiel dans la distribution. Dans cette circonstance, le service public conserve son caractère local[326].

164. A côté des régies de distribution, dont le caractère public n'est pas à démontrer, ont été maintenues hors de la nationalisation de petites entreprises de caractère local mais non nécessairement publiques.

2) Le maintien de sociétés d'économie mixte, des coopératives d'usagers et des sociétés d'intérêt collectif agricole

---

[324] Ce décret ne concernait que les régies de distribution d'énergie électrique dans la mesure où il s'agissait d'un décret d'application de la loi Berthelot du 15 juin 1906.
[325] J. L'HUILLIER, « Gaz-Electricité », précité, p . 229.
[326] En 1999, on dénombrait 148 régies de distribution d'électricité.

165. Les régies ne sont pas les seules distributions d'énergie à être exclues de la nationalisation. Certaines sociétés d'économie mixte ainsi que les coopératives d'usagers et les sociétés d'intérêt collectif agricole[327] sont maintenues dans la situation qui était la leur à la veille de la nationalisation.

166. Les sociétés d'économie mixte échappant à la nationalisation sont celles dans lesquelles, selon les termes de l'article 23, « l'Etat ou les collectivités publiques possèdent la majorité ». Elles sont issues du décret-loi Poincaré du 28 décembre 1926 permettant aux communes de participer à des sociétés chargées d'exploiter des services communaux. La participation à ces sociétés était encadrée puisque les communes ne pouvaient y assurer aucune responsabilité étrangère à leur vocation ni faire appel à des partenaires privés pour réaliser l'objet social.

167. Aux côtés des sociétés d'économie mixte, ont été préservées des coopératives d'usagers ainsi que des coopératives d'intérêt collectif agricole[328]. Dans un premier temps, ce sont les coopératives qui ont été créées. Ces coopératives pouvaient être créées que par des agriculteurs et les réseaux de distribution qu'elles établissaient devaient être réservés à leurs adhérents ce qui, en conséquence, ne permettait pas de les qualifier de distributions publiques et s'avérait incompatible avec le régime de la concession. Une loi du 12 juillet 1923 a permis de mettre fin à cette limite en permettant la création de sociétés d'intérêt collectif agricole, facilitant, par-là même, la constitution de sociétés coopératives et des sociétés agricoles d'intérêt collectif. Ces sociétés d'intérêt collectif agricole ont pour objet de créer, de gérer des installations et équipements ou d'assurer des services soit dans l'intérêt des agriculteurs d'une région rurale déterminée, soit de façon plus générale, dans celui des habitants de cette région sans distribution professionnelle. Elles peuvent désormais se constituer sous la forme de sociétés civiles, de sociétés anonymes, de SARL ou de sociétés en commandite par actions. Bien qu'elles aient le même objet que les coopératives d'usager – le développement de l'électrification et de la desserte gazière rurale, les sociétés d'intérêt collectif agricole ne sont pas soumises aux mêmes textes.

---

[327] Environ 43 SICA étaient exclues de la nationalisation par cette disposition.
[328] En 1999, on ne comptait plus que 19 SICA et 8 SEML distribuant de l'électricité. On ne dénombrait que 19 distributeurs de gaz non nationalisés.

Les communes non dotées de régies peuvent ainsi concéder le service public de la distribution aux sociétés d'économies mixte, coopératives d'usagers ou sociétés d'intérêt collectif agricole qui n'ont pas été nationalisées. Dans le cadre des concessions avec les différents distributeurs non nationalisés, le caractère local du service public subsiste dans la mesure où un certain choix existe s'agissant du concessionnaire. La collectivité concédante peut choisir de concéder la distribution au distributeur non nationalisé situé sur son territoire ou à EDF ou GDF Dès lors qu'elle dispose de nouveau d'une certaine marge de manœuvre dans la conclusion du contrat de concession, ses rapports avec son concessionnaire sont plus équilibrés.

168. Initialement, le maintien de ces petites entreprises en dehors du champ de la nationalisation n'était pas prévu, si elles ont pu échapper à la nationalisation, c'est grâce à la ténacité dont font preuve les partisans de la décentralisation lors des discussions relatives à la nationalisation de l'énergie.

B- Les raisons du maintien

169. Les défenseurs de la décentralisation voyant dans l'organisation du secteur énergétique naissante une centralisation accrue, ils interviennent afin de tenter de rétablir une certaine dose de décentralisation. Ainsi, le sénateur Violette et le président de l'Association des maires de France vont jouer un rôle considérable s'agissant de la survivance des régies. Voyant dans le projet de loi une restriction de l'autonomie des régies, le sénateur reproche au projet de loi « de déposséder les collectivités locales de leurs responsabilités historiques à l'égard de la distribution d'électricité »[329]. En plus de l'absence de choix du concessionnaire, le sénateur redoute que les communes se retrouvent minoritaires dans les conseils d'administration des futurs services de distribution. En réponse à ces craintes, MM. Ramadier et Paul annoncent que les régies conserveront leur autonomie de gestion. Elles échapperont en conséquence, tout comme les sociétés d'économie mixte, les coopératives d'usagers ainsi que les sociétés d'intérêt collectif agricole, à la nationalisation ce qui, permet de laisser subsister une part de service public local lorsqu'il est organisé par le biais de ces distributeurs non nationalisés. Malgré la bataille menée par les décentralisateurs, si ces petites entreprises ont

[329] J.C. BONAITI, précité, p. 187

pu rester en dehors du champ de la nationalisation, ce n'est pas tant pour satisfaire ces derniers que parce que leur maintien ne remettait pas en cause la philosophie de la nationalisation. De fait, s'agissant particulièrement des régies, leur maintien est justifié par leur nature publique (1). D'autres raisons propres, celles-ci, aux quatre types de distributeurs non nationalisés ont également permis leur maintien. Il s'agit d'une part de leur petite taille (2) et enfin de la qualité du service fourni (3).

1) Le caractère public des régies

170. Le projet du gouvernement prévoyait une nationalisation intégrale de la distribution d'électricité et de gaz[330]. En conséquence, il ne distinguait pas selon la nature des entreprises intervenant dans le secteur de la distribution d'électricité et de gaz. Aussi, la nationalisation des régies était-elle, dans un premier temps, nettement envisagée. Cependant, pour obtenir le vote de la loi de nationalisation, il était indispensable de faire droit à certaines des demandes des décentralisateurs. Aussi, l'Assemblée constituante a-t-elle laissé subsister un secteur libre, de dimension limitée consacrant ainsi le contre projet de Paul Ramadier qui avait souhaité limiter l'ampleur de la nationalisation.

Le secteur libre maintenu comprend au premier rang, des régies locales de distribution dont la nationalisation n'apparaît pas comme une nécessité puisque ces entreprises exploitées par les collectivités locales peuvent « être regardées comme une préfiguration de la nationalisation »[331]. En effet, comme le fait remarquer Jean-Marie Pontier, « la propriété des entreprises touchées par l'opération [de nationalisation] doit-elle être obligatoirement transférée à la Nation, représentée juridiquement par l'Etat, ou d'autres personnes publiques que l'Etat c'est-à-dire aux départements ou aux communes ? »[332]D'une manière générale, « les promoteurs de la nationalisation ont voulu respecter un régime qui, avant la lettre, avait appliqué les principes directeurs de la nationalisation. »[333] Simone Deglaire et Edmond Bordier considèrent que « le législateur n'a pas entendu exclure de la nationalisation lesdits organismes, dont il a, au contraire, considéré que le régime s'était

---

[330] Il prévoyait en outre une nationalisation intégrale de la production, du transport, de l'exportation et de l'importation de l'électricité et du gaz.
[331] P. SABLIERE, *Droit de l'électricité*, Paris, Dalloz, 2003, p. 865
[332] J.M. PONTIER, « Les régies locales d'électricité et de gaz : de minimis ? », *in Mélanges Péquignot*, Tome 2, CERAM, 1984, p. 583
[333] J.M. AUBY et ?. DUCROS-ADER, *Les grands services publics*, Tome 1, Paris, 1975 p. 264

inspiré, avant la lettre, des principes même de la nationalisation. »[334] Les régies et services analogues sont déjà, selon les deux auteurs, des émanations de collectivités publiques, en conséquence, « il eut été anormal, dans ces conditions de les exproprier. »[335] Alors que la nationalisation voulait mettre un terme à la gestion capitaliste des services de distribution, les défenseurs du maintien des régies ont fait valoir que l'exploitation de ces services était faite au bénéfice des usagers, indifférente à toute notion de profit. Selon Jean-Marie Pontier, il est cependant maladroit de comparer les régies existantes à la nationalisation dans la mesure où la création de régies de distribution, si elle avait pour but de pallier les carences de l'initiative privée, n'était pas, contrairement à la nationalisation, dirigée contre les intérêts privés[336]. Il semble toutefois que cet aspect « municipalisation », pendant de la nationalisation a largement justifié le maintien des régies en dehors de celle-ci.

171. La justification relative à l'exclusion des régies du champ de la nationalisation si elle peut trouver à s'appliquer aux sociétés d'économie mixte sous le contrôle de personnes publiques, ne peut trouver à s'appliquer aux autres distributeurs non nationalisés. Certaines de leurs caractéristiques, communes avec celles-ci, plaident toutefois en faveur de leur maintien, parmi lesquelles figure en première place, leur petite taille, les plaçant ainsi en dehors du champ du capitalisme.

2) Une absence d'incidence du maintien des distributeurs non nationalisés sur la nationalisation

172. Si le principal point de discussion sur lequel les défenseurs de la décentralisation de la distribution se sont montrés obstinés concernait l'autonomie des régies de distribution, celles-ci n'ont pas été les seules à avoir bénéficié de ce petit élan décentralisateur. Au demeurant, il n'est pas surprenant que les régies n'aient pas été les seules structures à avoir été exclues de la nationalisation puisque l'article 1er du projet de loi du gouvernement présenté le 18 janvier 1946 prévoyait déjà : « Les communes et syndicats de communes regroupés en syndicats intercommunaux […] ont, dans les conditions ci-après, le monopole : 1° De la distribution de l'électricité et du gaz combustible, 2° De la production et du transport

[334] E. BOREDIER et S. DEGLAIRE, *Electricité, service public*, Tome II, Paris, Berger-Levrault, 1963, p. 243
[335] Op. cit.
[336] J.M. PONTIER, op.cit., p. 583

du gaz combustible lorsque ces opérations n'ont pas un caractère national ou régional. »[337] En conséquence, une certaine décentralisation était envisagée et il n'était pas spécifié que cette décentralisation devait être réalisée par le biais de régies. Cependant, si les régies des communes revêtent, par définition, un caractère public et local, tel n'est pas le cas des coopératives d'usagers et des sociétés d'intérêt collectif agricole. En effet, il ne s'agit pas d'organismes publics, puisqu'en aucun cas ils ne sont contrôlés par des collectivités locales ni par une autre personne publique.

173. Alors que la nationalisation se présente comme l'aboutissement d'un processus de concentration des entreprises électriques et gazières entrepris depuis plusieurs années, il existe de petites structures ayant, toujours échappé à cette concentration. De petites structures ne répondant qu'à une infime portion des besoins énergétiques des usagers, formées précisément pour échapper à cette concentration. Or, de même qu'il n'opérait pas de distinction selon la nature publique ou privée des entreprises à nationaliser, le projet du gouvernement n'opérait pas de distinction selon qu'il s'agissait d'une structure importante ou d'une petite structure. Cependant, si la nationalisation de toutes les structures de taille importante s'avérait nécessaire dès lors que certaines d'entre elles étaient nationalisées, la subsistance d'un secteur libre de taille importante étant de nature à mettre en péril le projet du gouvernement, les petites entreprises, comme le remarque Jean L'Huillier, « pouvaient demeurer aux mains de l'industrie privée sans que les fins poursuivies par le législateur s'en trouvent compromises. »[338] En effet, dans son rapport, Paul Ramadier semble indiquer ceci lorsqu'il énonce au sujet de la nationalisation des petites et moyennes exploitations qu' « il est certain que certaines considérations ne peuvent pas être invoquées contre elles. On ne peut trouver dans leur existence aucune de ces influences dangereuses qui accompagnent les trusts. »[339]

Le législateur de 1946 considère en outre que ces structures parce qu'elles sont représentatives d'un intérêt collectif se placent en dehors du champ du capitalisme. Par conséquent, un consensus se dégage sur le maintien en dehors de la nationalisation de ces petites entreprises locales.

---

[337] Projet de loi n°300 du 18 janvier 1946 relatif au monopole et à la nationalisation de l'électricité et du gaz, *CJEG*, p. 564
[338] J. L'HUILLIER, Commentaire de la loi du 8 avril 1946, *Sirey*, 1946, p. 339
[339] Rapport RAMADIER, *CJEG*, p. 637

Enfin, un dernier argument joue en faveur des petites entreprises locales de distribution : la qualité du service public fourni.

3) Une qualité de service satisfaisante

174. Un dernier argument est avancé tendant à l'assimilation du sort des sociétés d'économie mixte, des coopératives d'usagers et des sociétés d'intérêt collectif agricole à celui des régies : la qualité de leur prestation. En effet, l'un des aspects de la nationalisation est d'améliorer le service public de l'électricité. Or, si la distribution a, tout comme la production et le transport, été nationalisée, il ne s'agissait pas tant de considérations qualitatives liées à ces petits distributeurs que de considérations techniques et économiques. En conséquence, Paul Ramadier, dans son rapport reconnaît que « le service de la plupart des petites usines ne sera pas amélioré par la concentration. »[340] Il est ainsi inutile de les intégrer à la nationalisation des organismes parfaitement adaptés aux intérêts qu'ils doivent servir. En outre, il avait été reconnu que la prise en charge de la gestion de ces petites structures alourdirait la gestion des services nationaux.

175. Le maintien d'un secteur libre permet de conserver, dans une moindre mesure, le caractère local du service public de la distribution. Cependant bien que certaines entreprises aient échappé à la nationalisation, il ne s'agit là que d'exceptions[341], « exceptions bien trop limitées pour pouvoir ouvrir largement l'éventail du choix des collectivités locales ». Mais comme le précise Jean-François Auby au sujet de la possibilité pour les communes de concéder la distribution d'énergie à un distributeur non nationalisé, « cette possibilité est marginale et ne concerne que les communes qui détenaient des entreprises de distribution au moment de la nationalisation. »[342] En outre, en plus d'être en nombre limité, les entreprises de ce secteur libre sont particulièrement encadrées par la loi.

§2 : Un encadrement strict de ce « secteur libre »

---

[340] Ibid.
[341] Les distributeurs non nationalisés représentaient 5,4 % de l'énergie totale facturée.
[342] J.F. AUBY, *Les services publics locaux*, précité, p. 315

176. Le législateur, s'il choisit de laisser subsister un secteur libre, local, l'encadre de façon relativement stricte dans la mesure où l'article 23 de la loi dispose que les régies ou services analogues, les sociétés d'économie mixte dans les quelles l'Etat ou les collectivités sont majoritaire, les coopératives d'usagers ainsi que les sociétés d'intérêt collectif agricole sont « maintenus dans leur situation actuelle ». Ces structures ne devaient par, par conséquent, évoluer postérieurement à la nationalisation. Ce maintien n'était a priori que transitoire, il devait pallier le défaut de mise en place immédiate des services de distribution correspondants. Il s'est néanmoins pérennisé, cristallisant le secteur libre dans la situation qui était la sienne à la veille de la nationalisation (A). Malgré la rigidité apparente des dispositions de la loi, la cristallisation n'a pas été absolue, certaines évolutions ayant été rendues possibles par le législateur et par le juge (B).

A- Une cristallisation du secteur libre

177. La volonté des pouvoirs publics était de « prendre en compte une situation existante et de la pérenniser mais non de laisser aux collectivités territoriales la possibilité, notamment à l'expiration des concessions en cours, de reprendre le service de la distribution de l'électricité et du gaz en régie. »[343] Cette cristallisation emporte deux conséquences principales : D'une part, les distributeurs non nationalisés ne peuvent pas évoluer, ni dans leur structure, ni dans leur activité (1). D'autre part, il est interdit aux collectivités de créer de nouvelles structures (2).

1) La cristallisation des distributeurs non nationalisés

178. Le législateur a voulu cristalliser la situation juridique et géographique de ces organismes existant en 1946. L'article 23 de la loi du 8 avril 1946 ne prévoit pas le statut de ces organismes. Il indique uniquement qu'ils sont maintenus dans leur situation actuelle en attendant, pour ce qui concerne les régies ainsi que les services analogues, qu'un règlement d'administration publique vienne les transformer en établissements publics communaux ou intercommunaux. Les défenseurs du maintien de ces régies reprochaient à l'article 23 de

[343] P. SABLIERE, précité, *CJEG*, n° Spécial, p. 220

vouloir modifier ultérieurement leur statut, voire, de les faire disparaître. Ils redoutaient les règlements d'administration publique dont l'existence était prévue par cette disposition. Les partisans du maintien des régies ont obtenu la garantie de maintien de ces régies ainsi que la sauvegarde de leur autonomie de gestion et de leur indépendance mais ces garanties risquaient d'être remise en cause par l'intervention du règlement d'administration publique prévu par l'article 23. Cependant, les règlements d'administration publique prévus par l'article 23 pour faire évoluer le statut des régies ne sont jamais intervenus et ces dernières ont, par conséquent, conservé leur forme initiale. Jean L'Huillier se pose, à ce sujet, la question de savoir si les dispositions de l'article 23 de la loi de nationalisation prévoyant la transformation ultérieure des régies « et services analogues » en établissements publics communaux et intercommunaux « n'ont pas été implicitement abrogé[e]s par une disposition fort obscure introduite dans l'alinéa 1er du même article 23 par la loi Armengaud du 2 août 1949 d'après laquelle le statut des régies doit 'toujours conserver le caractère particulier qui leur a donné naissance d'après les lois ou décrets en vigueur ou futurs.' »[344] Selon Edmond Bordier et Simone Deglaire, « c'est la crainte qu'on ne porte atteinte à l'indépendance des régies (et on ne voit pas très bien d'ailleurs, comment on aurait pu le faire sous l'empire du texte antérieur) qui a amené le Parlement à voter cet amendement dont on ne peut dire qu'il contribue à la clarté du texte. »[345] En tout état de cause, la volonté législative de protéger l'autonomie de ces structures ne semble faire aucun doute. Par cette disposition, la loi Armengaud a, une fois encore, rendu définitive une situation qui initialement ne devait être que provisoire. Bien que les termes « les coopératives d'usagers et les sociétés d'intérêt collectif agricole » ne soient pas repris dans le texte de la loi de 1949, elles sont concernées par ses dispositions au même titre que les régies et les sociétés d'économie mixte[346].

179. Ces organismes devant être maintenus dans leur situation « actuelle », il est, par conséquent, impossible d'en modifier la structure. Aussi, la fusion de deux régies visant à en créer une nouvelle est-elle exclue[347] tout comme est exclue une modification du statut juridique d'une régie. En outre, les dispositions de l'article 23 interdisent à un distributeur non nationalisé d'étendre son activité. Dans une décision du 23 mars 1990, Commune de La Réole

---

[344] J. L'HUILLIER, « Gaz-Electricité », *Encyclopédie Dalloz*, p. 229
[345] E. Bordier et S. Degalire précité, p. 244
[346] Cette précision a été apportée par le ministre de l'Industrie et du Commerce palliant une omission du Conseil de la République à laquelle l'Assemblée Nationale n'avait pu remédier en deuxième lecture.

et autres contre GDF[348], le Conseil d'Etat a ainsi annulé la délibération d'un conseil municipal autorisant sa régie à étendre le périmètre de son activité à des communes voisines. Cette jurisprudence a, par la suite, été strictement appliquée par le juge administratif. A titre d'exemple, dans un jugement du 19 février 1991, GDF contre Régie municipale de Dreux, commune de Tréon et autres[349], le Tribunal Administratif d'Orléans a annulé les délibérations d'un conseil municipal décidant d'étendre sa régie de gaz à cinq communes voisines.
Participant de cette même logique de cristallisation, les distributeurs non nationalisés n'ont pas la possibilité de se voir ouvrir le champ des entreprises avec lesquelles ils peuvent conclure des contrats de concession.

Les dispositions de l'article 23 interdisent également aux distributeurs non nationalisés de diversifier leurs activités. Il leur est impossible de créer de nouveaux services quels qu'ils soient. En conséquence, un conseil municipal ne peut pas confier à sa régie municipale d'électricité, la distribution du gaz dans sa commune[350], cela reviendrait à leur permettre de concurrencer les services nationaux, or, l'objet même de la création d'un monopole était de limiter au maximum toute forme de concurrence.

180. Si la situation des distributeurs non nationalisés est figée par l'article 23, la cristallisation mise en place va plus loin en ce qu'elle interdit la création de nouveaux distributeurs non nationalisés.

2) L'impossibilité de créer de nouvelles entreprises locales de distribution

181. Il ressort indiscutablement des dispositions de l'article 23 de la loi de nationalisation du 8 avril 1946 qu'aucune entreprise ne peut être créée postérieurement à cette loi. En effet, cette dernière prévoyant que « Les sociétés de distribution à économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques possèdent la majorité, les régies ou services analogues constitués par des collectivités locales, les coopératives d'usagers et les sociétés d'intérêt collectif agricole sont maintenus dans leur situation actuelle », les distributeurs non nationalisés concernés ne peuvent qu'être des entreprises qui existaient

---

[347] Réponse de M. Louvel au député Masson publiée au J.O.-A.N., Questions réponses du 26 août 1984
[348] CE, 28 mars 1990, Commune de La Réole et autres contre G.D.F., *RFDA*, 1990, p. 627
[349] TA Orléans, 19 février 1991, G.D.F. contre régie municipale de Dreux, commune de Tréon et autres, *CJEG*, 1991, p. 162

avant la nationalisation. Aussi la création de nouveaux distributeurs non nationalisés semble-t-elle perçue comme une atteinte aux monopoles conférés par la loi à EDF et GDF Cette interprétation de l'article 23 de la loi de nationalisation est celle qu'a retenue le Conseil d'Etat. Dans une décision du 29 juin 1990, Commune de La Réole[351], ce dernier a, en effet, jugé que la création d'une exploitation gazière sur son territoire et son attribution à la régie d'une commune voisine était illégale, excluant ainsi toute possibilité pour les collectivités locale de créer de nouvelles régies de distribution de gaz et d'électricité.

182. La question de la création de nouvelles régies après l'entrée en vigueur de la loi de nationalisation avait été clairement posée lors de la discussion relative à la nationalisation. Les députés Herriot et Badie avaient, à ce sujet, proposé un amendement à l'article 23 prévoyant de permettre aux collectivités locales d'assurer l'exploitation de la distribution d'électricité ou de gaz sous forme de régie, soit à l'expiration de ces concessions, soit par rachat de ces concessions. Cet amendement sera repoussé par le gouvernement, par le rapporteur Ramadier puis sera, en conséquence, rejeté par l'Assemblée. Aussi, ne fait-il aucun doute que, dans sa rédaction initiale, l'article 23 de la loi de nationalisation entendait interdire la création de régie postérieurement à l'adoption de cette loi.

Il convient de noter que la rédaction initiale de l'article concernait les « sociétés de distribution à économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités locales possèdent la majorité des régies ou services analogues, constituées par les collectivités locales, des coopératives d'usagers et des sociétés d'intérêt collectif agricole (SICA) ». Si ces entreprises ne sont pas nommées dans la rédaction issue de la loi Armengaud, il ne s'agit que d'une maladresse et doivent encore être considérées comme des distributeurs non nationalisés. En conséquence, il est également impossible de créer de nouvelles SICA et coopératives d'usagers.

183. Alors que la cristallisation semblait immuable, force est de constater que la volonté des collectivités locales, et la jurisprudence du juge administratif ont contribué à faire évoluer, dans une certaine mesure, la situation des distributeurs non nationalisés.

---

[350] TA de Grenoble, 16 mai 1990 G.D.F. contre commune de Bonneville, *CJEG*, 1991, p. 211
[351] CE, 28 mars 1990, Commune de La Réole et autres contre G.D.F., *RFDA*, 1990, p. 627

B- Une cristallisation remise en cause

184. La situation des distributeurs non nationalisés n'est pas restée aussi figée que ce que la loi pouvait le laisser envisager. La cristallisation mise en place par la loi de 1946 puis confirmée par celle de 1949 ayant été contestée (1), certains distributeurs non nationalisés et, en particulier, les régies, ont réussi à évoluer grâce aux interventions du juge administratif et du législateur (2).

1) Une cristallisation contestée

185. Alors que l'article 23 de la loi de nationalisation le leur interdisait, « certaines communes n'ont cependant pas hésité […] à créer leurs propres exploitations de gaz postérieurement à la nationalisation »[352]. Le Juge administratif optant pour une application stricte de ces dispositions, les interventions des communes dans ce sens se trouvaient systématiquement annulées.

186. L'attitude particulièrement restrictive du juge administratif a été contestée par les collectivités locales et par certains auteurs. Tel est le cas de François Colly dans sa note relative à la décision commune de La Réole et autres contre GDF dans laquelle il énonce que le Conseil d'Etat « donne une interprétation tout à fait restrictive et très contestable, de la loi de nationalisation de l'électricité et du gaz du 8 avril 1946. »[353] Il considère en effet que le juge administratif n'a pas tenu compte du fait que les évolutions prévues par la loi de 1946, justifiant de telles restrictions n'ont pas eu lieu, et que, partant, elles n'étaient plus appropriées à la situation qui en était résulté. Il rappelle en premier lieu que la loi de 1946, s'agissant de la distribution, mettait en place une « gestion décentralisée en des zones régionales ». Le caractère décentralisateur de la loi de 1946 doit être fortement nuancé. Il ne fait en effet aucun doute que le système mis en place par le législateur de 1946 pouvait être caractérisé par son caractère centralisateur. Certes, des dispositions décentralisatrices existaient mais elles n'avaient aucune traduction concrète et la mise en place de chaque institution décentralisée avait été renvoyée à l'intervention de textes postérieurs ce qui avait engendré le scepticisme

---

[352] P. LOMBART, « Le monopole de la distribution publique du gaz », *CJEG*, 1990, p. 255

de la plupart des défenseurs de la décentralisation dans la nationalisation. La loi de 1946 n'est que le fruit d'un compromis entre partisans de la centralisation et partisans de la décentralisation, réalisé au détriment de cette dernière. Peut-être François Colly a-t-il vu, dans la loi de 1946, plus de décentralisation que ce qu'il en est réellement ressorti. Malgré cela il est loisible de considérer avec lui que « des événements nouveaux ont notablement modifié la situation de droit en ce qui concerne les régies »[354] permettant de formuler quelques doutes quant au devenir de cette stricte interprétation de l'article 23. Tout d'abord, les établissements publics régionaux de distribution n'ont jamais été créés, les distributeurs non nationalisés ont donc continué à assurer la distribution d'énergie dans la forme qui était la leur au moment de la nationalisation. En conséquence, ces distributeurs non nationalisés n'ont pas disparu, leur disparition étant, selon les termes de l'article 23, subordonnée à « l'organisation des services de distribution ». Ils ont même, semble-t-il, été pérennisés par la loi Armengaud du 2 août 1949 supprimant toute disposition relative à une quelconque disparition des distributeurs non nationalisés. Dès lors, ces derniers ne se bornent plus à subsister, leur existence est incontestablement reconnue et pérenne. François Colly va plus loin en considérant que le législateur, en 1949, a supprimé l'interdiction des sociétés d'économie mixte, des régies et des services locaux et que, dès lors, la création de nouvelles régies doit être permise. Ainsi, « la création de régies, service ou sociétés d'économie mixte locaux peut se présenter dans plusieurs circonstances : soit aucune distribution publique de gaz n'existait dans la ou les communes et les autorités locales décident d'en établir une et d'opter pour un mode de gestion type municipal ; soit la fin du contrat de concession de distribution dont était titulaire ou bien un concessionnaire privé pour les petites concessions ou bien Gaz de France. »[355]

Face à ces contestations émanant de la doctrine, au comportement quelque peu frondeur des collectivités territoriales, la situation des distributeurs non nationalisés a pu, dans une certaine mesure, évoluer, ceci faisant néanmoins figure d'exception.

2) L'exceptionnelle évolution des distributeurs non nationalisés

---

[353] F. COLLY, « La distribution du gaz et les régies et sociétés d'économie mixte locales », note sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 mars 1990 Commune de La Réole et autres contre G.D.F., *RFDA*, 1990, p. 628
[354] F. COLLY, précité, p. 631
[355] Ibidem

187. Tout d'abord, la cristallisation n'a pas empêché l'évolution des distributeurs non nationalisés dès lors que celle-ci concernaient leur régime juridique. Ensuite, l'attitude persistante des communes à vouloir étendre leur activité a conduit le législateur à leur reconnaître, à titre exceptionnel, cette possibilité. Enfin, la jurisprudence a reconnu aux distributeurs non nationalisés la possibilité de changer de statut dans la mesure où ils restaient dans la catégorie des organismes visés par l'article 23.

188. L'article 23 de la loi de nationalisation n'interdit pas l'évolution du régime juridique des distributeurs non nationalisés dès lors qu'une loi ou un règlement le prévoit. S'agissant des régies, tout d'abord, deux réformes sont intervenues postérieurement à la loi de nationalisation. La première est issue du décret n°55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique. Elle prévoit la possibilité, pour les communes de créer des régies dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ou de la seule autonomie financière[356]. La seconde résulte du décret n°88-621 du 6 mai 1988. Bien qu'elle ait conservé les deux grandes catégories de régies prévues par le décret de 1955, cette réforme a entièrement refondu la partie du code des communes relative aux régies afin de leur permettre d'améliorer leur gestion. Il convient de préciser que cette évolution reste cependant facultative, aucune évolution de leur régime juridique ne saurait être imposée aux distributeurs non nationalisés, créés, par définition, antérieurement à ces réformes.

189. S'agissant des sociétés d'économie mixte, une évolution a également eu lieu. Elle résulte de deux textes : le décret du 20 mai 1955 – ayant également réformé le régime juridique des régies – et la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales. Alors que le décret de 1955 s'était borné à porter la participation maximale des communes à 65 % du capital permettant aux collectivités de véritablement contrôler ces structures, la réforme de 1983 modifia profondément le statut de ces sociétés. La possibilité de recourir à la forme de la société anonyme leur est offerte ainsi que la prise de participation majoritaire de l'ensemble des collectivités locales ou de leurs groupements, l'allègement des règles financières et comptables, etc.…

---

[356] Le décret n°59-1225 du 19 octobre 1959 est venu préciser les règles administratives et financières applicables aux régies personnalisées prévues par le décret du 20 mai 1955.

190. Le statut des sociétés d'intérêt collectif agricole a également fait l'objet de plusieurs modifications. Le décret n°55-433 du 16 avril 1955 les a intégrés au code rural alors créé, le décret du 20 mai 1955 ayant modifié le statut des régies et des sociétés d'économie mixte a également apporté quelques modifications à celui des sociétés d'intérêt collectif agricole en prévoyant, notamment, une limitation à la participation des sociétaires non-agriculteurs. Divers textes sont intervenus entre 1961 et 1985 afin de faire évoluer leur statut dont le dernier, la loi du 12 juillet 1985 soumet les ces sociétés au statut coopératif.
Enfin, le statut des coopératives d'usagers n'a pas sensiblement évolué, cette forme de distribution ayant été largement abandonnée au profit des SICA.

191. La question s'est posée de savoir si un organisme visé par l'article 23 de la loi de 1946 pouvait changer de statut tout en restant soumis à ses dispositions. Elle s'est plus particulièrement posée s'agissant de la transformation des régies existantes en société d'économe mixte. Patrice Lombart considérait à propos des régies de distribution que « la transformation en société d'économie mixte de l'une d'entre elles changerait la nature juridique de cette régie et partant constituerait également une violation de l'article 23 de la loi de nationalisation. »[357] Il considérait en conséquence que le jugement d'un tribunal administratif[358] admettant une telle mutation juridique d'une régie au motif que « l'autonomie incontestable » accordée aux services municipaux « n'a pu avoir pour conséquence de figer, dans un statut juridique donné, les modalités de leur organisation » méconnaît les dispositions de l'article 23[359]. A l'appui de cette considération, Patrice Lombart relève que la loi n°83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte n'autorise pas la création d'une société chargée de la distribution du gaz. Il convient de compléter cette remarque en ajoutant que cette loi ne prévoit pas non plus la création de sociétés chargées de la distribution de l'électricité, dans la mesure où la loi dispose que les collectivités locales peuvent exploiter des services publics industriels et commerciaux « dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi ». Or, cette compétence leur est précisément refusée par la loi de nationalisation. Le Conseil d'Etat connaissant de l'appel formé à l'encontre de cette décision

---

[357] P. LOMART, « Le régime juridique du transport et de la distribution de gaz », *CJEG*, 1989, p. 7
[358] TA Grenoble, 12 février 1986, Syndicat du personnel des industries électriques et gazières de Grenoble et autres, req. n° 25 599
[359] Ibid.

n'est cependant pas allé dans le sens de l'auteur puisqu'il a jugé que la collectivité pouvait transformer une régie en société d'économie mixte locale[360]. Le Conseil d'Etat semble donc faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application de l'article 23 de la loi sans, pour autant, remettre en cause le contenu de cet article. Le constat ayant conduit à cette solution, à savoir « que cette modification de statut ne portait pas atteinte à l'appartenance de ces organismes au secteur public ni aux dispositions de la loi du 8 avril 1946 »[361] doit être nuancé car s'il est vrai que dans ce cas de figure, les organismes appartiennent toujours au secteur public – la collectivité locale étant majoritaire, il est porté atteinte aux dispositions de l'article 23 de la loi dans la mesure où la société d'économie mixte ainsi créée, ne pouvait pas exister au moment de la nationalisation et, la régie n'était pas, par conséquent, maintenue dans sa « situation actuelle ». En tout état de cause, le distributeur non nationalisé, restait, quoi qu'il arrive, dans la catégorie des établissements visés par l'article 23 de la loi de 1946. Allant plus loin, la Section des Travaux Publics du Conseil d'Etat, dans un avis du 28 janvier 1992[362], admet que plusieurs régies, situées sur des territoires mitoyens fusionnent pour ne faire qu'une seule société d'économie mixte, à la condition que cette fusion n'entraîne ni extension géographique des territoires regroupés ni extension de compétence.

192. Enfin, s'agissant de l'extension des distributeurs non nationalisés, des évolutions législatives sont intervenues afin de régulariser des situations aboutissant à une certaine remise en cause du monopole de GDF s'agissant de la distribution. L'article 8 de la loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'Administration territoriale de la République dispose : « Les services publics locaux de distribution de gaz en cours d'exploitation au 1er juillet 1991 peuvent poursuivre de plein droit leur activité dans les limites territoriales que celle-ci couvrait à cette date, nonobstant toutes les dispositions contraires, notamment celles de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz. » Il s'agit d'une régularisation exceptionnelle. Sept distributeurs non nationalisés ont ainsi été régularisés[363].

---

[360] CE, 28 juin 1989, Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble, *CJEG*, 1989, p. 369 note Delpirou.
[361] P. SABLIERE, précité, *CJEG*, p. 226
[362] Cet avis n'a pas été publié
[363] Ont ainsi été régularisées trois régies créées après 1946 dont celle de La Réole, deux extensions territoriales de régies et deux extensions d'activités de régies.

193. Un constat doit néanmoins être fait s'agissant de l'évolution des distributeurs non nationalisés : ni le juge administratif, ni le législateur n'ont remis en cause la cristallisation mis en place par l'article 23. Ces évolutions ont toutes un caractère exceptionnel mais témoignent toutefois de la volonté qu'ont les collectivités territoriales de recouvrer leurs anciennes compétences. En effet, le Conseil d'Etat n'entend pas modifier en profondeur la cristallisation mise en place par la loi de 1946. Il a ainsi jugé, dans une décision du 7 juin 1995 Lagourgue, Mme Mellier et comité mixte à la production de la société d'économie mixte locale gaz de Bordeaux[364], que le statut de distributeur non nationalisé pouvait être modifié, sous réserve que le changement de statut ne s'accompagne ni d'une extension de la zone d'intervention, ni d'un élargissement de son domaine d'activité.

[364] C.E., 7 juin 1995 Lagourgue, Mme Mellier et comité mixte à la production de la société d'économie mixte locale gaz de Bordeaux[364], *DA*, 1995 n°492

Conclusion du Titre 1er

194. La distribution d'électricité et de gaz était incontestablement un service public local à son origine. En effet, cette activité, assumée par les communes ou leurs groupements présentait les caractères d'une affaire locale et était organisée sous la forme de monopole ce qui a justifié une consécration textuelle de son caractère local. La distribution était alors organisée de deux façons dont la principale consistait en la passation de concessions de service public avec des entreprises chargées d'exploiter cette activité. De manière plus marginale, les collectivités territoriales compétentes pouvaient également choisir de gérer directement la distribution d'électricité et de gaz par le biais de régies.

Bien que l'organisation de la gestion de cette activité n'ait pas été remise en cause par la loi de nationalisation du 8 avril 1946, son caractère local a, dans les faits, été profondément altéré.

L'évolution majeure relative à la gestion de la distribution réside dans le changement de concessionnaire. Alors que jusque là, les collectivités concédantes étaient libres de choisir leur concessionnaire, elles se sont vues obligées de concéder la distribution à EDF et GDF, deux établissements publics de l'Etat créés à cette occasion. Ainsi, à compter de la nationalisation, non seulement ont-elles perdu l'un des attributs essentiels du pouvoir concédant : le choix du concessionnaire ; mais ont-elles également dû renoncer à la possibilité de choisir entre la concession et la régie. Désormais, le recours à la concession est la règle et la régie l'exception.

Dès lors qu'elles se trouvent tenues de concéder la distribution à deux établissements publics nationaux, titulaires de monopoles, elles ne peuvent plus se comporter comme de véritables autorités condédantes. Aussi, à compter de la loi de nationalisation du 8 avril 1946, est-il devenu particulièrement inopportun de continuer à parler de service public local s'agissant de la distribution dès lors que les éléments permettant de le qualifier comme tel étaient sensiblement remis en cause.

La nationalisation, comme sa dénomination le laisse entendre, s'est révélée être un véritable outil de centralisation du secteur énergétique, n'excluant pas la distribution. Cette situation ne devait pas nécessairement être définitive dans la mesure où pendant quelques temps, on a pu penser que le mouvement de libéralisation du secteur permettrait de donner un

nouvel élan au rôle des collectivités territoriales en la matière et rétablirait, de manière effective, une part de décentralisation.

Titre 2 : L'absence de renforcement du rôle des collectivités territoriales en matière de distribution par la libéralisation du secteur énergétique

195. L'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz est le résultat de deux directives européennes : la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité[365] et la directive 98/30/CE du 22 juin 1998 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel[366]. Elles ont été respectivement transposées par la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité[367] et par la loi du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie[368] qui organisent une ouverture progressive de la production et de la fourniture de l'électricité et du gaz[369].

S'agissant du marché de l'électricité, le décret n° 2000-458 du 29 mai 2000 relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité et portant application de l'article 22 de la loi du 10 février 2000 a retenu un seuil d'éligibilité de 16 gigawattheures. Dans un second temps, le décret n° 2003-100 du 5 février 2003 a abaissé ce seuil à 7 gigawattheures. Ensuite, le décret n° 2004-597 du 23 juin 2004 énonce que « tout consommateur final d'électricité est reconnu éligible sur un site de consommation dès lors que tout ou partie de l'électricité consommée sur ce site est destinée à un usage non résidentiel. » Enfin, le décret n°2007-1058 du 29 juin 2007 énonce que « tout consommateur final d'électricité est éligible pour chacun de ses sites de consommation d'électricité ».

Concernant le gaz, le décret 2003-302 du 1er avril 2003 relatif à l'éligibilité des consommateurs de gaz naturel et portant application de l'article 3 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 fixe le seuil d'éligibilité à 237 gigawattheures qui a été abaissé à 83

---

[365] JOCE, n° L. 24 du 30 janvier 1997
[366] JOCE, n°L.204 du 21 juillet 1998
[367] Loi n° 200-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité
[368] Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie
[369] les directives n'imposent pas la libéralisation du transport et de la distribution.

gigawattheures le 10 août 2003. Comme pour l'électricité, le décret n°2004-420 du 18 mai 2004 modifiant le décret n° 2003-302 du 1er avril 2003 relatif à l'éligibilité des consommateurs de gaz naturel énonce que « tout consommateur final de gaz est reconnu éligible sur un site de consommation dès lors que tout ou partie du gaz consommé sur ce site est destiné à un usage non résidentiel ». Enfin, le décret 2007-1057 du 29 juin 2007 indique que « tout consommateur final de gaz naturel est éligible pour chacun de ses sites de consommation de gaz naturel ».

196. Désormais, en application de ces différents textes, la production ainsi que la fourniture d'électricité et de gaz sont ouvertes à la concurrence tandis que les activités de transport et de distribution restent, parce qu'il s'agit de monopoles naturels, monopolistiques – ou quasi-monopolistiques. Cette différence d'organisation des activités a conduit à la création de filiales indépendantes d'EDF et de GDF, chargées de la distribution et du transport de l'électricité et du gaz. S'agissant tout particulièrement de la distribution d'électricité, ERDF, créée le 1er janvier 2008 a repris les contrats de concession d'EDF existants. S'agissant du gaz, c'est désormais GRDF qui est chargé de sa distribution en lieu et place de GDF.

Dès lors, il s'agit par la suite de s'interroger sur les contours du nouveau service public local dans le contexte de l'ouverture à la concurrence. Certains auteurs tels que Jean-François et Jean-Bernard Auby voyaient ainsi dans la libéralisation du secteur énergétique l'occasion pour les « communes de retrouver un véritable pouvoir concédant »[370]. En effet, la distribution, en tant que service public joue le rôle de pilier régulateur, d'amortisseur protégeant d'éventuelles dérives d'un secteur concurrentiel. Le secteur s'ouvrant à la concurrence, les collectivités territoriales devraient réellement avoir les moyens de jouer ce rôle de « pilier-amortisseur » ; or, la loi du 8 avril 1946 ne le leur permet pas. Les lois relatives à la libéralisation auraient ainsi pu être l'occasion de leur donner les moyens de remplir cette mission. Malgré cela, il apparaît que les pouvoirs des collectivités territoriales n'ont pas été renforcés à l'occasion de la libéralisation du secteur (Chapitre 1er) et que les perspectives d'évolution en ce sens sont pour le moins limitées (Chapitre 2nd).

[370] J.B et J.F. AUBY, *Droit des collectivités locales*, Paris, PUF, 1998, p. 144

Chapitre 1 : L'absence de réel renforcement des pouvoirs des collectivités territoriales par la libéralisation

197. Selon Michel Lapeyre, « les collectivités concédantes ont pris conscience du fait que s'accentuerait la tendance des concessionnaires à privilégier leur propre rentabilité au détriment, parfois, de certaines missions de service public. Elles ont, par conséquent, décidé de se réapproprier le pouvoir que la loi leur avait donné. La politique de décentralisation a beaucoup contribué à cette reprise en main »[371]. Ce constat est contestable car s'il est vrai que les collectivités concédantes semblent avoir pris toute la mesure de la nécessité de se réapproprier leur rôle dans un environnement devenu concurrentiel, ceci n'est pas le fruit de la politique de décentralisation qui n'a eu aucun impact effectif sur le rôle de ces dernières[372] mais la conséquence d'une politique économique qui, de façon indirecte, influe sur les compétences des collectivités décentralisées.

La distribution n'étant pas libéralisée, le rôle des collectivités territoriales ne devrait pas, a priori être considérablement modifié. Néanmoins, l'industrie énergétique étant une industrie de réseau, les évolutions propres à une activité ont nécessairement des implications sur les autres. Tel est particulièrement le cas s'agissant de la libéralisation de la fourniture d'électricité et de gaz dont le sort est intimement lié à celui de la distribution.

La libéralisation du secteur énergétique semblait ainsi être l'occasion de renforcer le rôle des collectivités territoriales dans deux domaines, compte tenu de leur statut d'autorités concédantes : la gestion et le fonctionnement de la distribution d'électricité et de gaz.

S'agissant de la gestion de la distribution d'électricité et de gaz, en tant qu'autorités concédantes, les collectivités territoriales auraient dû jouer un rôle central. En effet, la concession ne consiste pas en un abandon de l'activité au concessionnaire, l'autorité concédante conservant la gestion indirecte du service public. Concernant le fonctionnement de la distribution, là encore, leur statut d'autorités concédantes auraient dû leur permettre de disposer d'un réel pouvoir de contrôle et d'en faire les garantes du respect, par le

[371] M. LAPEYRE, « Electricité et gaz : la progression du rôle des collectivités locales », in *Les Collectivités locales et l'énergie*, précité, p. 128
[372] Voir supra chapitre 2nd

concessionnaire, des grandes lois du service public que sont l'égalité, la continuité et la mutabilité.

Alors que la libéralisation, parce qu'elle accentue les risques d'un dysfonctionnement du service public concerné, aurait dû être l'occasion, pour le législateur de redonner aux collectivités concédantes les prérogatives qu'il leur avait supprimées avec la loi de 1946, force est de constater que ceci ne s'est pas produit. S'agissant tant de la gestion du service public de la distribution (Section 1) que de son fonctionnement (Section 2), il apparaît qu'aucune disposition ne leur permet de se comporter comme les véritables responsables d'un service public dont le législateur ne cesse de réaffirmer le caractère local.

Section 1 : L'absence de renforcement du rôle des collectivités territoriales s'agissant de la gestion de la distribution d'énergie

198. Deux aspects de la gestion de la distribution doivent être envisagés : l'évolution du rôle des collectivités territoriales à travers leur statut d'autorités concédantes une fois encore réaffirmé et l'évolution des distributeurs non nationalisés, émanation, pour la plupart d'entre eux, des collectivités territoriales.

Concernant le premier point, il apparaît que « le maintien théorique de leur statut s'accompagne d'une dépossession effective du pouvoir concédant. »[373] (§1). En revanche, la situation des distributeurs non nationalisés semble, a première vue s'être largement améliorée, les récentes lois intervenues en matière énergétique ayant assoupli la cristallisation qui freinait jusqu'alors leur développement (§2).

§ 1 : La mutation du rôle de l'autorité concédante

199. Les lois relatives à la libéralisation du secteur énergétique n'ont pas remis en cause le système de la concession de distribution aux opérateurs historiques[374] ou aux distributeurs non nationalisés. Le schéma reste ainsi identique à celui qu'il était jusque là. Cependant, ces lois ont fait évoluer le rôle des collectivités territoriales. Une des conséquences de l'ouverture à la concurrence de la production et de la fourniture d'énergie est de faire sortir la fourniture du champ de compétence des collectivités territoriales (A). Le législateur a, en contrepartie, semblé leur confier une nouvelle mission : la régulation locale (B).

A- La perte d'une compétence : la fourniture

200. La perte de cette compétence est une conséquence directe de la libéralisation des activités de fourniture et de production. Il apparaît que la libéralisation, loin de renforcer les

---

[373] C. BOUROTTE, « La place des collectivités locales dans la nouvelle organisation du secteur de l'électricité », *Collectivités Territoriales – Intercommunalité*, décembre 2001, p. 4

[374] Dorénavant filiales des opérateurs historiques : ERDF, filiale d'EDF pour la distribution de l'électricité et GRDF, filiale de GDF-Suez s'agissant de la distribution de gaz.

prérogatives des collectivités territoriales en matière de distribution comme le prévoyaient certains auteurs a contribué à vider d'une partie de sa substance le contrat de concession. Cette perte de la « compétence fourniture » par les collectivités territoriales n'a pas été clairement annoncée. Cela s'est produit progressivement, de manière presque insidieuse (1) et a débouché sur la nécessaire disparition de cette activité des contrats de concession (2).

1) Une perte non clairement annoncée

201. Jusqu'à la libéralisation du secteur, les concessions de distribution englobaient l'activité de fourniture. La concession de distribution avait alors deux objets : une activité de réseau : la distribution proprement dite, c'est à dire l'acheminement de l'électricité et du gaz à travers les réseaux de distribution jusqu'aux consommateurs finals et, une activité commerciale : la fourniture, correspondant à la vente de l'énergie acheminée. L'ouverture à la concurrence remet en cause le contenu du contrat de concession dans la mesure où les deux activités qui en faisaient l'objet sont désormais soumises à un régime et se trouvent dans un environnement différent.

202. Les lois du 10 février 2000 et du 3 janvier 2003 ont mis en place une libéralisation progressive en recourant à la notion de « client éligible ». Les clients éligibles ont la possibilité de choisir librement leur fournisseur et ainsi, de faire jouer la concurrence entre les différents fournisseurs.

203. Pour ce qui concerne le secteur électrique, l'éligibilité a, dans un premier temps, été ouverte aux « plus gros consommateurs ». L'article 22 de la loi du 10 février 2000 avait identifié quatre catégories de clients éligibles. Tout d'abord, ont été reconnus clients éligibles les consommateurs finals, autres que les ménages dont la consommation annuelle d'électricité sur un site était supérieure à un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat[375]. En outre, ont été

[375] La loi précise que « Ce seuil est défini de manière à permettre une ouverture à la concurrence du marché de l'électricité. Ce même décret détermine la procédure de reconnaissance de l'éligibilité et les modalités d'application de ce seuil en fonction des variations des consommations annuelles d'électricité. Pour l'application du présent I aux entreprises exploitant des services de transport ferroviaire, l'éligibilité est fonction de la consommation annuelle totale d'électricité de traction sur le territoire national.» Le décret n°2000-458 du 29 mai 2000 relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité et portant application de l'article 22 de la loi du 10 février 2000 a retenu un seuil de 16 gigawattheures. Par la suite, l'éligibilité a été étendue. Tout d'abord, le décret n° 2003-100 du 5 février 2003 a abaissé le seuil à 7 gigawattheures puis, la directive n°2003/54 prévoyait

reconnus clients éligibles « sous réserve des dispositions du IV[376], les fournisseurs pour l'électricité qu'ils achètent pour la revendre à des clients éligibles ; les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée en vue de l'approvisionnement effectif des clients éligibles et non éligibles situés dans leur zone de desserte ainsi que pour les pertes d'électricité des réseaux qu'ils exploitent. Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions dans lesquelles ces distributeurs peuvent bénéficier des tarifs de cession mentionnés à l'article 4 de la présente loi. Les distributeurs non nationalisés effectuent la déclaration prévue au IV du présent article lorsqu'ils exercent, en tout ou partie, leurs droits à l'éligibilité. L'activité d'achat pour revente du distributeur est limitée à l'approvisionnement des clients éligibles et non éligibles situés dans leurs zones de desserte ; sans préjudice des dispositions du deuxième alinéa du I, les propriétaires ou les gestionnaires de réseaux ferroviaires ou de réseaux de transports collectifs urbains électriquement interconnectés en aval des points de livraison par Electricité de France ou par un distributeur non nationalisé mentionné à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée. » Dès lors, la fourniture ne pouvait plus rester un élément des contrats de concessions lorsqu'il s'agissait d'alimenter les clients éligibles. La fourniture « ne reste un service public que dans la mesure où elle est destinée aux clients « captifs », c'est-à-dire non éligibles sauf dans l'hypothèse où certains clients éligibles doivent bénéficier de certaines garanties d'alimentation ou de secours. Naturellement, plus l'éligibilité ira en s'élargissant, plus ce service public s'adressera à un nombre limité de clients, l'ouverture totale à la concurrence posant alors la question du passage possible d'un service public à un service universel. »[377] C'est en effet ce qui s'est produit, dès le 1er juillet 2004, date de l'ouverture du secteur à la concurrence pour les tous les clients non résidentiels, la fourniture ne faisait plus partie des contrats de concession ayant pour objet l'alimentation de ces clients.

Depuis le 1er juillet 2007, les clients jusqu'alors encore captifs sont devenus clients éligibles. En conséquence, la fourniture est, depuis cette date, totalement ouverte à la concurrence. Aussi, les activités de distribution et de fourniture doivent-elles être totalement dissociées. L'article 2 de la directive 96/92 du 26 juin 2003 indique que la distribution

---

que l'ensemble des clients « non résidentiels » devenait éligible. En conséquence, un décret du 23 juin 2004 est venu modifier le décret du 29 mai 2000 afin de le rendre compatible avec les objectifs de la directive. Son article 1 énonce que « tout consommateur final d'électricité est reconnu éligible sur un site de consommation dès lors que tout ou partie de l'électricité consommée sur ce site est destinée à un usage non résidentiel. »

[376] Cette disposition énonce que « *Les fournisseurs souhaitant exercer l'activité d'achat d'électricité pour revente aux clients éligibles adressent une déclaration au ministre chargé de l'énergie*. »

consiste dans « le transport d'électricité sur des réseaux de distribution à haute, moyenne et basse tension aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture ». Le schéma est donc le suivant : les consommateurs ont désormais « le droit de passer librement des contrats d'achat d'électricité avec les fournisseurs de leur choix aux conditions, du marché avec l'obligation pour les gestionnaires des réseaux de transport et de distribution d'assurer le transit de l'énergie de l'énergie de l'un à l'autre cocontractant (moyennant rémunération de ce service). »[378]

204. S'agissant du secteur gazier, le législateur a procédé de la même façon que dans le secteur électrique : seules la fourniture et la production ont été libéralisées par la loi du 3 janvier 2003. Le législateur a également organisé une libéralisation en deux temps, grâce au mécanisme de l'éligibilité. L'article 3 de la loi du 3 janvier 2003 reconnaît quatre catégories de clients éligibles : les consommateurs finals, à l'exception des ménages, les producteurs d'électricité à partir de gaz naturel, les distributeurs que sont EDF, GDF[379] et les distributeurs non nationalisés et enfin, les fournisseurs de gaz naturel[380]. Comme pour le secteur électrique, dès le 1er juillet 2004[381], les clients non résidentiels ont pu choisir leur fournisseur de gaz. Depuis le 1er juillet 2007[382], les ménages sont également des clients éligibles. En conséquence, depuis cette date, la fourniture de gaz est entièrement ouverte à la concurrence. Dès lors, le contenu des contrats de concession, qu'il s'agisse de la distribution d'électricité ou de la distribution du gaz, est réduit, la fourniture devant en être exclue.

2) La disparition de la fourniture des contrats de concession

205. Les lois relatives à la libéralisation du secteur énergétique imposent la séparation des activités de gestionnaire de réseau de celle de fournisseur. En dernier lieu, la loi du 7 décembre 2006 impose la séparation juridique des gestionnaires des réseaux de distribution

---

[377] P. SABLIERE, *Droit de l'électricité*, précité, p. 117
[378] J.Y. CHEROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, p. 847
[379] Devenus depuis lors respectivement ERDF et GRDF.
[380] Le décret 2003-302 du 1er avril 2003 relatif à l'éligibilité des consommateurs de gaz a fixé le seuil de l'éligibilité à 237 gigawattheures. Ce seuil a été abaissé à 83 gigawattheures à compter du 10 août de la même année.
[381] En vertu du décret 2004-420 du 18 mai 2004
[382] En vertu du décret 2007-1057 du 29 juin 2007

d'énergie. Cependant, comme toutes les lois relatives à la libéralisation du secteur énergétique, elle reste silencieuse quant aux conséquences d'une telle évolution sur les contrats de concession. Ces derniers vont cependant être modifiés en profondeur.

En effet, « il n'y a pas de concession sans service public ; la gestion du réseau de distribution et la fourniture aux clients captifs ont vocation à rester des services publics, mais il en va différemment de la fourniture aux clients éligibles, or, l'éligibilité sera dans l'avenir la règle, ce qui aura pour effet de ne laisser subsister dans le service public que la gestion technique du réseau ; la concession risque d'être peu à peu vidée d'une grande partie de sa substance pour se transformer en une sorte de concession de travaux publics. »[383] Depuis le 1er juillet 2007, tous les clients sont éligibles. Doit-on en conclure que la fourniture a perdu son caractère de service public ? « Comment qualifier de service public ce qui est une fourniture libéralisée et qui ne présente que de façon marginale les caractères d'un service public ? »[384]. Ce point de vue est largement partagé par la doctrine. Allant dans le même sens que Jean-François Auby et Laurent Richer, Jean-Yves Chérot indique qu'il faut désormais « dissocier l'activité de d'acheminement (qui reste un service public) de l'activité de fourniture (vente de l'électricité aux clients) qui ne sera un service public qu'à l'égard des clients domestiques. »[385] Il doit être précisé qu'il s'agit des clients domestiques, non éligibles.

206. Conformément aux dispositions de l'article 2 de la loi du 10 février 2000, ne demeure une activité de service public que la fourniture d'électricité aux clients non éligibles, la fourniture d'électricité de secours et la fourniture d'électricité de dernier recours aux consommateurs finals aux clients qui ont fait jouer l'éligibilité. En conséquence, la majeure partie de l'activité de fourniture n'est pas un service public et ne peut plus, à ce titre, figurer dans un contrat de concession de service public. La situation est similaire s'agissant de la fourniture du gaz.

En effet, comme le fait la loi du 10 février 2000, la loi du 3 janvier 2003, dans son article 16, précise le contenu des missions du service public du gaz naturel. Il en ressort que seule la fourniture de gaz de dernier recours aux clients non domestiques assurant des missions d'intérêt général est une mission de service public. L'activité de fourniture échappe ainsi à la compétence des collectivités territoriales, il appartient aux consommateurs de choisir

---

[383] L. RICHER, « Les collectivités locales et l'électricité après la loi du 10 décembre 2000 », précité, p. 390
[384] J.F. AUBY, « Les collectivités locales et le nouveau droit de l'énergie », *DA*, décembre 2003, p. 13
[385] J.Y. CHEROT, *Droit public économique*, précité, p. 864

leur fournisseur[386]. Désormais, le contrat de concession ne peut plus porter que sur l'activité de distribution au sens strict et sur l'activité de gestionnaire de réseau.

207. Par ailleurs, un second élément est venu exclure la fourniture des contrats de concession : la création d'entités spécialement chargées d'assurer cette activité, indépendantes des fournisseurs historiques : ERDF et GRDF, respectivement filiales de EDF et GDF-Suez[387]. Ainsi, les contrats de concession de distribution sont conclus avec ERDF, GRDF ou des distributeurs non nationalisés alors que les contrats de fourniture sont conclus avec EDF, GDF-Suez ou les fournisseurs concurrents. Dès lors qu'une même entité ne peut plus être simultanément distributeur et fournisseur, un seul et même contrat ne saurait englober la distribution et la fourniture.

208. Il ressort de ces considérations que la libéralisation du secteur énergétique a eu pour effet de faire disparaître des contrats de concession l'activité de fourniture et partant, de soustraire cette compétence aux collectivités territoriales en lui supprimant son caractère de service public. Elle a ainsi considérablement réduit le rôle des collectivités concédantes. Ceci aurait pu être compensé par une plus grande intervention des collectivités territoriales en matière de régulation mais une fois de plus, les espoirs placés dans cette nouvelle mission ont été déçus.

B- L'évolution ambiguë de la régulation dans le secteur énergétique

209. La loi du 10 février 2000, en ouvrant la fourniture à la concurrence implique de permettre aux différents fournisseurs d'électricité et de gaz de pouvoir accéder au réseau afin de permettre l'acheminement de leur produit jusqu'au consommateur final. La distribution n'ayant pas été libéralisée, elle demeure un quasi-monopole d'ERDF et GRDF. Par conséquent, une autorité doit veiller à ce que ces deux sociétés, ainsi que les distributeurs non nationalisés permettent à leurs concurrents en matière de fourniture de pouvoir accéder au

---

[386] « Les fournisseurs d'énergie peuvent être les producteurs électriques ou des commerçants qui achètent pour revendre et tentent de faire des profits en assumant le risque de changement du prix de vente et en tentant d'ajuster le prix aux contours de la consommation. » (J.Y. CHEROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, p. 845)

[387] Ces entités, avant d'être des filiales ont, dans un premier temps, été des services d'EDF et GDF, respectant l'obligation d'indépendance organisationnelle issue de l'article 13 de la loi du 9 août 2004. ERDF a été créée le 1er janvier 2008 et GRDF le 31 décembre 2007

réseau de distribution dont elles ont en charge la gestion. A cette fin, la loi organise l'accès au réseau public de distribution. Différentes mesures permettent de garantir cet accès au réseau. La loi du 10 février 2000 a créé une Commission de régulation de l'électricité devenue avec la loi du 3 janvier 2003 la commission de régulation de l'énergie (CRE). Cette commission n'est cependant pas la seule à être compétente pour assurer cette égalité d'accès au réseau de distribution. Les différentes lois intervenues en matière énergétique depuis 2000 ont, en effet, fait des collectivités concédantes les régulateurs locaux de la distribution d'électricité et de gaz, semblant ainsi leur confier une nouvelle mission. Celle-ci apparaît toutefois rapidement comme n'étant qu'un leurre (1). En outre, la consécration des collectivités concédantes en tant que régulateurs n'a pas remis en cause la régulation nationale venant fortement limiter l'impact de toute forme de régulation locale (2).

1) La régulation locale : un leurre

210. Les commentateurs de la loi du 10 février, tels Rémi Coin[388], considèrent que le rôle de régulateur des collectivités concédantes tient dans la rédaction de l'article 3 de cette loi, lequel énonce : « Le ministre chargé de l'énergie, le ministre chargé de l'économie, les autorités concédantes visées à l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, les collectivités locales ayant constitué un distributeur non nationalisé visé à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée et la Commission de régulation de l'énergie définie à l'article 28 de la présente loi veillent, chacun pour ce qui le concerne, au bon accomplissement de ces missions et au bon fonctionnement du marché de l'électricité. » Ainsi, les collectivités concédantes sont considérées comme régulateurs au même titre que le ministre en charge de l'énergie et la commission de régulation de l'énergie. La mission de régulation des collectivités territoriales n'est pas, en réalité, une nouvelle compétence mais la requalification, un nouvel aspect, de leur traditionnel pouvoir de contrôle. En effet les commentateurs, lorsqu'ils font état de cette mission, se bornent à faire référence aux articles mentionnant le pouvoir de contrôle des autorités concédantes. C'est ainsi que Rémy Coin, énonce qu'afin de contribuer à la régulation du secteur, « l'article 17 de la loi du 10 février 2000 crée un nouvel article L. 2224-31 au Code général des collectivités territoriales qui

[388] R. COIN, « Les instances de régulation dans la loi du 10 février 2000 », *CJEG*, 2001, p. 6

rappelle, les principes des articles 23 et 36 de la loi du 8 avril 1946 ainsi que ceux de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'électricité, et en particulier le rôle de contrôle qui leur est dévolu par les cahiers des charges de concession de distributions publiques applicables. »[389] Par ailleurs, il convient de voir dans ce rôle un second aspect de leur mission de garantes du respect du principe d'égalité. Non seulement sont-elles traditionnellement les garantes du respect du principe d'égalité au profit des « usagers-consommateurs »[390], mais elles le sont également s'agissant des « usagers-opérateurs ». Il s'agit là d'un aspect de cette compétence strictement lié à la libéralisation de la production et de la fourniture de l'électricité et du gaz.

Cependant, bien que la loi leur reconnaisse un rôle de régulatrices, les collectivités concédantes disposent-elles de moyens leur permettant de se comporter effectivement comme telles ? Comme le note Claire Bourotte, alors même qu'elle reconnaît aux collectivités locales une mission de régulatrices aux côtés du ministre de l'industrie et de la CRE, « l'étendue du rôle des collectivités locales n'est […] pas déterminé par cette disposition qui se contente finalement d'énoncer une participation de principe des collectivités locales à la surveillance du bon accomplissement et au bon fonctionnement du marché. »[391] Par ailleurs, elle indique que la « directive européenne ne donne pas de définition précise de la fonction de régulation »[392] mais qu'elle « permet cependant de distinguer deux composantes de celle-ci : une fonction traditionnelle de régulation qui a vocation à s'appliquer pour les activités qui restent monopolistiques (et c'est notamment le cas de la gestion du réseau de transport ainsi que de la distribution) et une fonction nouvelle 'concernant les conflits entre concurrents et les conflits entre le réseau et les utilisateurs' […] Cette composante nouvelle ne concerne pas, a priori, les collectivités locales mais bien les ministres et la commission de régulation de l'électricité »[393].

211. D'une manière générale, la mission de régulation du réseau de distribution fait partie des missions du gestionnaire de réseau. En effet, les gestionnaires du réseau de distribution que sont ERDF, GRDF et les distributeurs non nationalisés ont entre autres, pour

---

[389] R. COIN, « Les instances de régulation dans la loi du 10 février 2000 », précité, p. 20
[390] Voir section 2 de ce chapitre.
[391] C. BOUROTTE, « La place des collectivités locales dans la nouvelle organisation du secteur de l'électricité », *Collectivités Territoriales – Intercommunalité*, décembre 2001, p. 5
[392] Ibidem
[393] Ibidem

mission, de d'assurer l'accès des tiers au réseau[394]. A ce titre, il leur revient de permettre aux différents fournisseurs d'énergie d'accéder au réseau de distribution afin d'alimenter leurs clients. Ce sont donc des opérateurs qui vont assurer l'égalité d'accès au réseau d'opérateurs concurrents.

212. Le rôle des collectivités territoriales concédantes est donc ici relativement réduit : elles vont devoir vérifier que leur concessionnaire respecte le principe d'égalité des usagers devant le service public. Cependant, en cas de contentieux, seule la CRE sera compétente. Le rôle des collectivités territoriales au titre de la régulation apparaît ainsi fortement limité. Une régulation « locale » est, certes, mise en place mais il s'agit d'avantage d'une régulation au niveau local assurée par le gestionnaire du réseau de distribution que d'une véritable régulation décentralisée, assurée par les collectivités territoriales.

Claire Bourotte considère qu'en la matière, l'intervention des collectivités territoriales concerne « un type plus traditionnel de régulation qui se situe 'aux frontières de la détermination politique et la simple gestion'. »[395] Laurent Richer considère, quant à lui, qu' « en tant qu'autorités concédantes du service public de la distribution, les collectivités locales n'interviennent pas comme régulateurs ; elles répartissent des droits d'exclusivité pour une longue durée et, au surplus, n'ont pas le choix du titulaire. »[396]

Ces affirmations doivent toutefois être tempérées au regard des évolutions apportées au rôle des collectivités concédantes issues de la loi du 13 juillet 2005 faisant de ces dernières des autorités de conciliation. En effet, l'article 19 de la loi du 13 juillet 2005[397] a confié aux collectivités concédantes une nouvelle mission : le règlement des différends surgissant entre le fournisseur de dernier recours et le client éligible raccordé à son réseau de distribution ou le fournisseur dont le responsable d'équilibre est durablement défaillant. Il est cependant

---

[394] S'agissant de la distribution d'électricité, cela ressort de l'article 18 de la loi du 10 février 2000. Celui-ci dispose : « Electricité de France et les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée sont les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité. » S'agissant de la distribution de gaz, cela ressort de l'article 26 de la loi du 3 janvier 2003 qui par un renvoi à la loi du 8 avril 1946 énonce que les gestionnaires de réseaux publics de distribution de gaz sont les distributeurs non nationalisés ainsi que Gaz de France.

[395] Ibidem bourotte.

[396] L. RICHER, « La régulation et les collectivités locales : l'exemple de l'électricité », *CJEG*, 2004, p. 112

[397] La loi ajoute un nouvel alinéa à l'article L.2224-31 du CGCT qui dispose : « *L'autorité organisatrice d'un réseau public de distribution d'électricité et de gaz peut exercer des missions de conciliation en vue du règlement de différends relatifs à la fourniture d'énergie de dernier recours, mentionnée à l'article 15 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée et à l'article 16 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 précitée, qui lui seraient soumis par les consommateurs éligibles raccordés à son réseau ou leurs fournisseurs.* »

indispensable de relever que ce mode de règlement du litige est facultatif et ne concerne que la fourniture d'énergie de dernier recours, ce qui vient atténuer considérablement la portée de cette mission. La FNCCR semble toutefois voir dans cette mission, la traduction d'un « rôle actif » joué par les autorités organisatrices dans le domaine de la fourniture d'électricité et de gaz[398]. Elle propose un élargissement de cette mission « à l'ensemble des litiges de consommation[399] d'électricité et de gaz »[400]. Si cette proposition était suivie d'effet, les collectivités territoriales prendraient alors effectivement une part active dans la régulation de l'activité de distribution. Cela semble cependant peu probable dans la mesure où la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie a créé un médiateur national de l'énergie ayant une fonction similaire. Au titre de ses deux missions principales figurent la recommandation de solutions à certains litiges entre fournisseur d'électricité et de gaz naturel et consommateur et la participation à l'information des consommateurs sur leurs droits.

213. En attendant, la mission de conciliation reconnue aux collectivités concédantes n'est toutefois destinée qu'à revêtir une portée infiniment relative. En outre, les collectivités concédantes partagent cette mission de régulatrices avec des régulateurs « nationaux » et, en particulier, avec la Commission de régulation de l'énergie dont les compétences sont relativement étendues.

2) une régulation « nationale » limitant la régulation locale

214. S'agissant de la distribution d'énergie, les rôles des ministres en charge de l'économie et de l'énergie sont quelque peu limités bien que d'un point de vue global, la loi du 10 février 2000 en ait fait, selon Pierre Sablière, des organes relativement important en matière de régulation[401]. Ils interviennent conjointement afin d'arrêter les tarifs et plafonds sur

---

[398] FNCCR, « La défense des consommateurs et la promotion du développement durable par les autorités locales de l'électricité », Livre blanc pour le congrès de la FNCCR de Bordeaux, 12-15 septembre 2006, *Bulletin de la FNCCR*, n°226, Spécial Livre Blanc ; Mars 2007, p. 59.

[399] Les « litiges de consommation » sont des différents survenus entre un consommateur et un professionnel. S'agissant de la distribution et de la fourniture d'énergie, les principaux litiges concernent la surestimation des consommations, le remboursement tardif de trop-payés, les dysfonctionnements et fraudes du compteur et les démarches commerciales agressives parfois assimilables à des ventes forcées. Source : Premier rapport annuel du médiateur national de l'énergie, 2008, disponible le 16 octobre à l'adresse suivante : http://www.energie-mediateur.fr/actualites/detail-actualite/article/rapport-annuel-2008.html

[400] Ibidem.

[401] P. SABLIERE, Droit de l'électricité, précité, p. 1385 et s.

proposition de la Commission de régulation de l'énergie lorsque est en cause l'accès aux réseaux publics[402].

Malgré l'existence de divers organes intervenant en ce domaine, la principale instance de régulation est incontestablement la Commission de régulation de l'énergie. Cette commission a été créée par la loi du 10 février 2000 et ne concernant alors que le secteur électrique[403]. C'est avec la loi du 3 janvier 2003 qu'elle s'est ouverte au secteur gazier et a été rebaptisée « Commission de régulation de l'énergie ». L'article 28 de la loi du 10 février 2000 modifiée prévoit qu'elle est composée de « sept membres nommés pour une durée de six ans en raison de leur qualification dans les domaines juridique, économique et technique. Deux membres, dont le président, sont nommés par décret, deux membres sont nommés par le président de l'Assemblée nationale, deux membres sont nommés par le président du Sénat et un membre est nommé par le président du Conseil économique et social. » L'article 29 de cette loi énonce, quant à lui, qu' « un commissaire du Gouvernement auprès de la Commission de régulation de l'énergie, nommé par le ministre chargé de l'énergie, fait connaître les analyses du Gouvernement, en particulier en ce qui concerne la politique énergétique. Il ne peut être simultanément commissaire du Gouvernement auprès d'Electricité de France ou de Gaz de France. Il se retire lors des délibérations de la commission. » Les attributions de la Commission de régulation de l'énergie sont relativement nombreuses. La Commission de régulation de l'énergie comprend trois directions opérationnelles dont deux intéressent particulièrement la distribution : la direction de l'accès aux réseaux publics et la direction de la distribution, du service public et de la concurrence.

Les différentes attributions de la Commission de régulation de l'énergie ne seront pas toutes envisagées ici, une présentation trop exhaustive n'aurait qu'un intérêt limité au regard de la problématique de la distribution. En conséquence, nos développements seront consacrés à l'effet de certaines de ses attributions sur le rôle de régulatrices des collectivités concédantes.

---

[402] Le III° de l'article 4 de la loi du 10 février modifiée dispose : « Dans le cadre du décret pris en application du I du présent article, les propositions motivées de tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution sont transmises par la Commission de régulation de l'énergie aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie. La décision ministérielle est réputée acquise, sauf opposition de l'un des ministres dans un délai de deux mois suivant la réception des propositions de la commission. Les tarifs sont publiés au Journal officiel par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie. »

[403] L'article 28 de la loi du 10 février 2000 prévoyait l'existence d'une « commission de régulation de l'électricité ».

215. L'article 37 de la loi du 10 février 2000 a pour effet de limiter fortement la mission de régulation des collectivités territoriales. Il prévoit en effet que : « dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, la Commission de régulation de l'énergie précise, en tant que de besoin, par décision publiée au Journal officiel de la République française, les règles concernant : 1° Les missions des gestionnaires de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité en matière d'exploitation et de développement des réseaux, en application des articles 14 et 18 ; 2° Les conditions de raccordement aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, en application des articles 14 et 18 ; 3° Les conditions d'accès aux réseaux et de leur utilisation, en application de l'article 23 ; 4° La mise en oeuvre et l'ajustement des programmes d'appel, d'approvisionnement et de consommation, et la compensation financière des écarts, en application des articles 15 et 19 ; 5° La conclusion de contrats d'achat et de protocoles par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution, en application du III de l'article 15 ; 6° Les périmètres de chacune des activités comptablement séparées, les règles d'imputation comptable appliquées pour obtenir les comptes séparés et les principes déterminant les relations financières entre ces activités, conformément aux articles 25 et 26. » En conséquence, pour la majeure partie des éléments entrant dans le cadre des concessions de distribution, il revient non pas aux collectivités concédantes, mais à la Commission de régulation de l'énergie d'apporter des précisions.

216. Laurent Richer reconnaît néanmoins que les « autorités locales peuvent pratiquer la 'régulation'[404] et la régulation indirecte ; mais à partir du moment où, comme c'est le cas dans le secteur électrique, la régulation est liée à l'intervention d'une autorité de régulation à caractère national, des restrictions sont forcément imposées à l'initiative locale. » Afin d'illustrer son propos, l'auteur cite l'avis du Conseil économique et social du 24 avril 2001[405]. A la question de savoir s'il fallait mettre en place un régulateur spécialisé dans le domaine des

---

[404] Dans son article « La régulation des collectivités locales : l'exemple de l'électricité » (CJEG, 2004, p. 109), M. Richer opère une distinction entre deux types de régulation : la « régulation » et la régulation indirecte. La première consiste en « une forme de réglementation, qui se substitue à la concurrence et poursuit les mêmes objectifs qu'elle dans les secteurs où le marché ne fonctionne pas (monopoles naturels) ou ne fonctionne pas de manière suffisante (externalités). » La seconde consiste en un « pilotage visant à orienter les mécanismes de *feedback*. » Cet objectif implique la mise en place d'une autorité de régulation et de règles juridiques. « Le droit « Le droit de la régulation indirecte doit à la fois garantir la sécurité des transactions et être évolutif et il doit faire prévaloir l'objectif de préservation de la liberté, mais ne pas avoir un caractère 'téléocratique' ; bref c'est un droit de conciliation.»

[405] J.O.C.E.S., 3 mai 2001, p. 21

services publics urbains, l'avis répond de façon négative. Le conseil économique et social considère en effet que « cela reviendrait à déposséder largement les élus locaux de leur responsabilité politique dans la gestion de la ville, vis-à-vis tant de leurs administrés, électeurs et contribuables que des usagers des services publics qu'ils organisent, et qu'ils doivent donc maîtriser dans le cadre de la démocratie locale. » Si le régulateur spécialisé est de nature à déposséder les élus locaux de leur responsabilité politique dans le secteur des services publics urbains, il est certainement de nature à les déposséder de cette responsabilité dans les autres services publics locaux. Aussi, la mise en place d'un régulateur de niveau national compétent pour réguler la distribution publique d'énergie est-elle de nature à remettre en cause le rôle ou à confirmer la faiblesse du rôle des collectivités territoriales. En outre, la loi POPE su 13 juillet 2005, a accru les attributions de la Commission de régulation de l'énergie, déjà très larges. Christophe Barthélémy constate à ce propos qu' « elle se voit conférer officiellement des attributions qu'elle avait développées dans le vide des textes »[406] et qu'elle obtient également « des pouvoirs nouveaux, que parfois les juridictions lui avaient déniés sur le fondement des textes antérieurs. »[407]

217. Face à un régulateur toujours plus puissant, il est difficile pour les collectivités territoriales d'occuper la place qui leur revient en tant qu'autorités concédantes. Peut-être est-ce pour cette raison que Laurent Richer a écrit qu' « à terme ; il n'est pas exclu que le caractère local du service public soit remis en cause. C'est à ce titre que l'on peut constater avec Bertrand du Marais que le « réel effet pervers de la régulation n'est pas lié à ce nouveau type de relations entre échelon politique – le gouvernement – et échelon administratif, mais plutôt au caractère centralisé du nouveau modèle, dans un pays où les tentations centralisatrices et l'hégémonie de l'administration sur les politiques publiques est un phénomène constant. »[408] L'auteur parle ainsi de « jacobinisme régulateur »[409].

218. Ainsi, force est de reconnaître que les collectivités concédantes, bien que la loi l'énonce, ne disposent pas d'une réelle mission de régulation mais, qu'en outre, le législateur a confié aux autorités de régulation nationales des missions venant encadrer les collectivités

---

[406] C. BARTHELEMY, « La loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique et les collectivités locales », *JCP A*, 2005, p. 1352
[407] Ibidem
[408] B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004, p. 568

territoriales dans le cadre de leur rôle d'autorités concédantes et sinon limiter du moins encadrer leurs possibilités d'interventions en la matière.

§ 2 : Un certain regain de liberté par les distributeurs non nationalisés

219. Les lois des 10 février 2000 et 3 janvier 2003 ouvrant l'activité de fourniture à la concurrence, les distributeurs nationalisés devenaient des concurrents d'EDF et GDF en ce domaine. Cependant, l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 n'ayant pas été modifié, leur situation restait « cristallisée ». C'est avec la loi du 9 août 2004 créant un article 23 bis dans la loi du 8 avril 1946 que la situation des distributeurs non nationalisés a semblé se modifier dans la mesure où elle met fin, dans une certaine mesure à la cristallisation issue de la loi de nationalisation (A) restant toutefois, d'une portée limitée (B).

A- L'assouplissement de la cristallisation des distributeurs non nationalisés

220. Les atténuations apportées à la cristallisation des distributeurs non nationalisés ressortent de la loi du 9 août 2004 ayant cherché « à favoriser leur développement en apportant certains assouplissements à leur statut »[410]. Désormais, les distributeurs non nationalisés sont en mesure de faire évoluer leur structure (1) ainsi que champ territorial de leur compétence (2).

1) L'assouplissement de la cristallisation structurelle

221. L'article 23 bis de la loi du 8 avril 1946 énonce que les distributeurs non nationalisés « peuvent constituer entre eux des groupements d'intérêt économique ou participer à des groupements d'intérêt économique avec Electricité de France, Gaz de France ou ces deux entreprises dans les formes prévues au chapitre Ier du titre V du livre II du code de commerce ; / peuvent, même lorsque leurs zones de desserte ne sont pas limitrophes, fusionner au sein d'une régie, d'une société d'économie mixte locale ou d'une société d'intérêt collectif agricole d'électricité. / Les sociétés d'économie mixte locales concessionnaires de la distribution d'électricité ou de gaz ou celles qui assurent la fourniture

---

[409] Ibidem
[410] L. RICHER, « Une nouvelle conception de l'électricité et du gaz », *AJDA*, 2004, p. 2098

d'électricité ou de gaz pour le compte d'un distributeur non nationalisé et, par dérogation aux dispositions de l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales, les régies de distribution d'électricité ou de gaz dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière peuvent, à la condition de lui transférer l'ensemble de leurs contrats de fourniture d'électricité ou de gaz à des clients qui ont exercé leur droit à l'éligibilité, créer une société commerciale ou entrer dans le capital d'une société commerciale existante. L'objet statutaire de la société est limité aux activités de production et de fourniture d'électricité et de gaz et aux prestations complémentaires. » Ainsi, la loi du 9 août 2004 est venue limiter la portée du principe de territorialité lié à leur statut de distributeur non nationalisé. Ils peuvent désormais « construire des coopérations techniques »[411] dont l'intérêt est de « réduire les coûts tout en améliorant la qualité de l'exploitation. »[412]

En adoptant cette disposition, le législateur a consacré la position qu'avait adoptée le Conseil d'Etat dans son avis de 1992 admettant le regroupement volontaire de distributeurs non nationalisés dans la mesure où est désormais permise la fusion de plusieurs d'entre eux. Le législateur va tout de même plus loin puisqu'il autorise également cette fusion dans l'hypothèse où leurs zones de desserte ne sont pas contiguës.

222. Certains auteurs, tels que Gaël Bouquet, considèrent que ces évolutions n'ont d'intérêt que s'agissant des régies locales de distribution car s'agissant des sociétés d'économie mixte locales, « les textes comme la jurisprudence ne les soumettent à aucun principe de spécialité […] Si leur création doit être justifiée par un intérêt public local, il en va différemment de leur fonctionnement qui n'est régi par aucune contrainte juridique de territorialité ou de spécialité. »[413] Un tel raisonnement est maladroit dans la mesure où il ne prend pas en compte les dispositions de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946. Cet article enferme les sociétés d'économie mixte locales dans un carcan qui n'est en aucun cas la conséquence de leur structure mais celle de leur domaine d'intervention : l'électricité et le gaz. En d'autres termes, l'article 23 empêchait les sociétés d'économie mixte locales, malgré une structure leur permettant une certaine souplesse, de diversifier leurs activités et de s'étendre sur d'autres territoires que celui qui était le leur à la veille de la nationalisation. En

---

[411] C. BARTHELEMY, « L'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité et la transformation d'EDF », *DA*, octobre 2004, p.10
[412] Ibidem

conséquence, bien qu'étant constitués sous la forme de sociétés d'économie mixte locales, les distributeurs non nationalisés étaient dans une situation figée que seule une loi pouvait faire évoluer. C'est ce que permet l'article 23 bis de la loi de nationalisation issu de la loi du 9 août 2004.

Une autre nouveauté ressort de cet article. Elle réside dans la possibilité, pour les sociétés d'économie mixte locales qui assurent la fourniture d'électricité ou de gaz pour le compte d'un distributeur non nationalisé ainsi que pour les régies de distribution d'électricité ou de gaz dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, sous réserve de respecter certaines conditions, de créer une société commerciale ou d'entrer dans le capital d'une société commerciale existante. Elles pourront alors se comporter de la même façon que leurs concurrents, détenant des armes comparables. La création d'une société commerciale ou la possibilité d'en intégrer une était, jusqu'alors interdite aux collectivités territoriales. En effet, l'article L. 2253-1 du CGCT dispose que « sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'Etat, toutes participations d'une commune dans le capital d'une société commercial et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions prévues à l'article L. 2253-2 », cet article dispose, quant à lui que « les communes et leurs groupements peuvent, par délibération, acquérir ou recevoir des actions des sociétés d'économie mixte locales ».

223. La possibilité de créer ou d'intégrer des sociétés commerciales permet aux collectivités territoriales de se défaire du principe de territorialité attaché jusqu'alors au statut de distributeur non nationalisé et constitutif d'un véritable handicap pour les distributeurs non nationalisés dès lors qu'ils interviennent en milieu concurrentiel.

2) L'assouplissement de la cristallisation territoriale

224. L'objet de l'article 23 bis de la loi du 8 avril 1946 est, selon les termes de son rapporteur, Monsieur le sénateur Poniatowski « d'atténuer les contraintes qui résultent du principe de territorialité » auquel sont soumis les distributeurs non nationalisés afin de

---

[413] G. BOUQUET, « La fourniture d'électricité des entreprises locales de distribution hors de leur zone de desserte après la loi du 9 août 2004 », *AJDA*, 2005, p. 924

protéger leur viabilité[414]. La loi du 9 août 2004 déroge, en conséquence au principe de l'intérêt public local dans la mesure où, depuis cette loi, les régies municipales ainsi que les sociétés d'économie mixte locales ne voient plus leur compétence limitée aux affaires locales[415]. Il s'agit bien là d'une véritable innovation de la loi du 9 août 2004. En effet, si la loi du 7 juillet 1983 a permis aux sociétés d'économie mixte locales d'agir au profit de personnes publiques ou privées autres que les actionnaires, venant limiter, en la matière la portée de la limitation de la compétence des actions des collectivités territoriales *rationae loci*, les sociétés d'économie mixte locales concernées par cette disposition ne pouvaient pas en bénéficier. Les sociétés d'économie mixte locales ayant la qualité de distributeurs non nationalisés ont nécessairement été créées avant la loi du 8 avril 1946, alors qu'elles ne pouvaient intervenir que pour le compte des collectivités actionnaires de la société d'économie mixte locale. Par conséquent, elles se trouvaient encore soumises au principe de territorialité. L'action des régies se trouvait également bloquée par la cristallisation comme l'illustre l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 mars 1990 Commune de la Réole[416] dans lequel le juge administratif a annulé la délibération d'un conseil municipal autorisant sa régie à étendre son activité au périmètre des communes voisines.

225. Gaël Bouquet considère, quant à lui, que « contrairement à ce qu'avancent les travaux préparatoires de la loi du 9 août 2004, l'état du droit antérieur ne confinait pas les ELD[417] à leur zone de desserte pour la fourniture d'électricité et, par suite, ne postulait pas la levée de prétendues contraintes juridiques par l'introduction de dispositions législatives expresses. » Il fonde son raisonnement sur une décision du Conseil d'Etat du 7 juin 1995 Lagourgue, Mme Mellier et Comité mixte à la production de la société d'économie mixte locale Gaz de Bordeaux[418] dans laquelle il a été jugé que le changement de statut d'un distributeur non nationalisé pouvait être modifié sous réserve qu'il ne s'accompagnât ni d'une extension de la zone d'intervention, ni d'un élargissement de son domaine d'activité. Le Conseil d'Etat a cependant précisé que cette interprétation ne valait « que pour celles des

---

[414] L. PONIATOWSKI, *Rapport sur le projet de loi relatif au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, Sénat, n°386, p. 85

[415] C. BARTHELEMY, « L'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité et la transformation d'EDF », *DA*, octobre 2004, p.10

[416] Voir sur ce point chapitre 2, titre 1, §86.

[417] Entreprises locales de distribution.

[418] CE, 7 juin 1995 Lagourgue, Mme Mellier et Comité mixte à la production de la société d'économie mixte locale Gaz de Bordeaux, *précité*.

activités énumérées à l'article 1er, 2° [de la loi du 8 avril 1946] » et qui ont été nationalisées ; or, Gaël Bouquet se livrant à « une transposition de la présente espèce au secteur électrique »[419] en conclut que les activités auxquelles fait référence le Conseil d'Etat sont « la production, le transport et la distribution, l'importation et l'exportation d'électricité ». Il en déduit par conséquent que « [l]es activités de fourniture d'électricité aux clients éligibles, qui n'avaient naturellement pas été envisagées par le législateur de 1946, ne sont donc pas au nombre de celles visées au 1° de l'article 1er de la loi du 8 avril 1946. » Ce raisonnement nous paraît contestable dans la mesure où il revient à exclure l'existence même de l'activité de fourniture avant la loi du 10 février 2000 ; or, cette activité existait et était prise en charge par les collectivités territoriales, dans le cadre des concessions de distribution. En effet, comme l'énonce Géraldine Chavrier, « autrefois la distribution désignait tout à la fois l'acheminement et la commercialisation. Désormais et conformément à l'article 2 de la directive 96/92, au sein de la notion de distribution, il faut dissocier l'activité de cheminement de celle de fourniture, c'est à dire, la vente de l'électricité à des clients »[420]. Aussi, la distinction opérée par Gaël Bouquet ne reflète-t-elle pas l'état du droit antérieur au 10 février 2000, date à laquelle a été transposée la directive 96/92. Ainsi, la loi du 9 août 2004 a été l'occasion de faire évoluer en profondeur la réglementation applicable aux distributeurs non nationalisés.

226. Les distributeurs non nationalisés le souhaitant peuvent désormais modifier leur structure. Tel est le cas, par exemple du Syndicat intercommunal d'énergie des Deux-Sèvres qui, avec Electrabel et Energie du Rhône, a créé une société d'économie mixte de fourniture qui prenant en charge les activités commerciales tandis que la régie existante se concentre sur la gestion du réseau.

227. Mettre fin au principe de territorialité pour les activités ouvertes à la concurrence des distributeurs non nationalisés était nécessaire pour leur survie dans le nouveau marché. En effet, avant la loi du 9 août 2004, les opérateurs concurrentiels pouvaient fournir de l'énergie aux clients éligibles situés sur le territoire des distributeurs non nationalisés sans que ceux-ci puissent, en retour aller chercher des clients en dehors de leur zone de desserte. Désormais, les distributeurs non nationalisés vont pouvoir fournir de l'énergie au-delà de leur zone de

---

[419] G. BOUQUET, « La fourniture d'électricité des entreprises locales de distribution hors de leur zone de desserte après la loi du 9 août 2004 », précité, p. 922

[420] G. CHAVRIER, « Le service public de l'électricité est-il menacé ? », *Droit administratif*, 2002, octobre, p.11,

desserte « traditionnelle » et ainsi concurrencer EDF, GDF ainsi que les autres fournisseurs. Cette évolution des distributeurs non nationalisés, si elle est réellement destinée à produire des effets, n'a toutefois qu'une portée limitée.

B- Une évolution aux répercussions limitées

228. Au terme d'une brève étude des dispositions permettant aux distributeurs non nationalisés de faire évoluer leur structure et d'étendre leur champ territorial de compétence, il apparaît que ces évolutions sont par elles-mêmes relativement restreintes (1). En outre, si ces dispositions ont vocation à permettre la survie de ces acteurs en milieu concurrentiel, elles ne semblent permettre que cette survie. En d'autres termes, ils continueront à occuper la place marginale qui était la leur avant la libéralisation du secteur (2).

1) Une évolution intrinsèquement limitée

229. Si certaines évolutions statutaires peuvent concerner les distributeurs non nationalisés en charge de l'activité de distribution, les évolutions relatives au principe de territorialité ne concernent pas la distribution mais seulement la fourniture qui, depuis les lois du 10 février 2000 et du 3 janvier 2003, a été ouverte à la concurrence. Laurent Richer précise en effet que « les possibilités d'action des DNN ne sont pas étendues en matière de gestion des réseaux, puisque la loi ne comporte pas de disposition qui ouvre à la concurrence l'attribution des concessions de distribution »[421]. Cela semble ne faire l'objet d'aucun doute au regard de la rédaction de l'article 23 bis inséré dans la loi du 8 avril 1946. Cet article, met l'accent sur l'activité de fourniture : « les sociétés d'économie mixte locales concessionnaires de la distribution d'électricité ou de gaz ou celles qui assurent la fourniture d'électricité ou de gaz pour le compte d'un distributeur non nationalisé et, par dérogation aux dispositions de l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales, les régies de distribution d'électricité ou de gaz dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière peuvent, à la condition de lui transférer l'ensemble de leurs contrats de fourniture d'électricité ou de gaz à des clients qui ont exercé leur droit à l'éligibilité, créer une société commerciale ou entrer

[421] L. RICHER, « Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz », précité, p. 2099

dans le capital d'une société commerciale existante. L'objet statutaire de la société est limité aux activités de production et de fourniture d'énergies de réseau, notamment d'électricité ou de gaz et aux prestations complémentaires. » C'est en leur titre de fournisseur que les distributeurs non nationalisés vont pouvoir faire évoluer leur structure ainsi que, dans une certaine mesure, diversifier leur activité. La distribution semble, quant à elle, avoir vocation à rester relativement figée. Il semble que la seule évolution applicable à la distribution au sens strict consiste en la fusion de plusieurs distributeurs non nationalisés non limitrophes et la constitution de groupements d'intérêt économique. Les collectivités territoriales, ne pourront pas, en tant que distributeurs, créer ni même intégrer le capital de sociétés commerciales dans la mesure où l'article 23 bis de la loi du 8 avril 1946 prévoit que « l'objet statutaire de la société est limité aux activités de production et de fourniture d'électricité et de gaz et aux prestations complémentaires. »

230. Deux éléments nous conduisent à limiter la portée des évolutions nées, pour leur majorité, de la loi du 9 août 2004 : le caractère restrictif de l'article 23 bis de la loi du 8 avril 1946 et l'absence d'abrogation de son article 23. La cristallisation des distributeurs non nationalisés n'est donc pas remise en cause, elle n'est qu'atténuée, en particulier, lorsqu'est en cause l'activité de fourniture. Le principe demeure celui de la cristallisation des distributeurs non nationalisés. « Chacun sait […] que nombre des DNN et de collectivités locales directement concernées conduisent des réflexions sur l'avenir de ces opérateurs et que ces réflexions se heurtent moins à leur statut d'entreprises publiques qu'aux rigidités nées de l'article 23 de la loi du 21 avril lui-même. »[422]

D'une manière générale, la situation des distributeurs non nationalisés, n'a pas réellement évolué. Le législateur, sur ce point, n'a fait que consacrer les solutions dégagées par le juge administratif. L'organisation de l'activité de distribution reste ainsi fondamentalement inchangée.

L'activité de fourniture, quant à elle, semble « bénéficier » de ces nouvelles dispositions. Cependant, l'ampleur des évolutions est relativement faible. Dans son article relatif à « la fourniture d'électricité des entreprises locales de distribution hors de leur zone de

[422] C. BARTHELEMY, « La loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique et les collectivités locales », précité, p. 1353

desserte après la loi du 9 août 2004 »[423], Gaël Bouquet met en relief le caractère très limité des évolutions ayant affecté les distributeurs non nationalisés dans leur rôle de fournisseur. Il déplore que l'article 23 bis n'ait pas imposé « clairement le recours à la constitution d'une société commerciale ou à la participation dans le capital d'une telle société, dans le cas où une ELD souhaite exercer une activité de fourniture en dehors de sa zone de desserte. »[424] S'il est vrai qu'a priori, aucune autre possibilité ne semble permettre aux distributeurs non nationalisés entendant « lutter » contre leurs concurrents, il est loisible de se demander si la transformation de régies ou la fusion de plusieurs distributeurs non nationalisés en société d'économie mixte locale ne leur aurait pas permis de bénéficier du régime de ces dernières tel qu'il a été modifié par la loi du 7 juillet 1983 ainsi que par des lois postérieures. Ce cas de figure n'a pas été envisagé dans les rapports législatifs relatifs au projet de loi, cependant, l'on perçoit mal comment des régies ou des sociétés d'économie mixte locales pourraient fusionner ou changer de statut sans bénéficier des dispositions législatives l'ayant fait évoluer. Il apparaît ainsi que les distributeurs non nationalisés disposent d'une réelle liberté de choix s'agissant de la structure à adopter dans le cadre de la fourniture d'électricité ou de gaz. Le fait de choisir la forme de la société commerciale ne leur permettra pas, pour autant de se comporter comme des sociétés commerciales « traditionnelles » dans la mesure où l'article 23 bis de la loi du 8 avril 1946 encadre leur objet social. En effet, il dispose que « l'objet statutaire de la société est limité aux activités de production et de fourniture d'électricité et de gaz et aux prestations complémentaires. »

L'article 23 bis ne modifie pas considérablement la situation des distributeurs non nationalisés. Il semble leur permettre d'évoluer légèrement afin de ne pas disparaître du fait des contraintes extrêmement lourdes auxquelles ils sont soumis et de disposer ainsi, de quelques armes destinées à pouvoir prendre une place, qui restera certainement mineure, en matière de fourniture et de distribution.

2) La place résiduelle des distributeurs non nationalisés

231. La cristallisation des distributeurs non nationalisés faisait obstacle à leur développement, si l'atténuation apportée par la loi du 9 août 2004 au principe de territorialité

---

[423] G. BOUQUET, « La fourniture d'électricité des entreprises locales de distribution hors de leur zone de desserte après la loi du 9 août 2004 », précité, p. 922
[424] Ibidem

permet le développement en largeur de ces opérateurs en permettant leur fusion, la création de nouveaux distributeurs non nationalisés n'est pas envisagée. En conséquence, l'assouplissement de la cristallisation n'est pas une occasion pour les collectivités territoriales d'étendre leur intervention à travers eux.

Ceci est la conséquence du caractère mixte des distributeurs non nationalisés : ils assurent une mission de distribution et une mission de fourniture. La distribution n'ayant pas été ouverte à la concurrence le législateur n'avait aucune raison d'autoriser la création de nouveaux distributeurs. Il a, en revanche, prévu la création d'entreprises n'assurant qu'une activité de fourniture. Cependant, cela ne concernera absolument plus l'activité de distribution, ni le statut de distributeur non nationalisé.

En conséquence, la place mineure qu'occupent les distributeurs non nationalisés n'est pas, a priori, destinée à s'étendre[425]. En outre, dans la mesure où la loi du 9 août 2004 leur permet d'évoluer et de se transformer en société commerciale, le lien entre les collectivités territoriales et les distributeurs vont certainement être amenés à se distendre progressivement. En effet, les régies, formant un cadre relativement rigide vont, pour survivre dans un environnement concurrentiel certainement se transformer en sociétés d'économie mixte locales, au sein desquelles le poids des collectivités territoriales est moins important. Ces dernières, tout comme les régies auront peut-être la tentation, comme cela leur est désormais permis, de créer ou d'intégrer des sociétés commerciales. Dans ce cas, le lien avec la collectivité territoriale apparaîtra fortement diminué.

232. Jean-François Auby émet l'idée de mettre en place un service public local de la fourniture « c'est-à-dire d'établir un dialogue équilibré entre les consommateurs, les petits consommateurs en l'occurrence, et les fournisseurs qui seront en nombre réduit. »[426] Bien qu'il énonce que « la Commission européenne elle-même ne semble pas fermée à cette idée que l'on retrouve dans la directive 2003/54/CE »[427], le fait que les lois du 10 février 2000 et du 3 janvier 2003 aient, refusé le caractère de service public à la majeure partie de l'activité de fourniture, semblent faire obstacle à ce qu'il en soit fait à nouveau un service public local.

---

[425] Le ministère de l'écologie estime qu'il existe quelques 160 distributeurs non nationalisés qui assurent la distribution d'environ 5% de l'énergie électrique en France dans près de 2500 communes (source : http://www.developpement-durable.gouv.fr/Les-distributeurs.html)
[426] J.F. AUBY, « les collectivités locales et le nouveau droit de l'énergie », *précité*, p. 17
[427] ibidem.

Section 2 : La faible évolution des prérogatives traditionnelles des collectivités concédantes relatives au fonctionnement de la distribution d'énergie

233. Si le rôle des collectivités territoriales était appelé à évoluer alors même que la distribution d'énergie n'a pas été libéralisée, c'est parce qu'elles présentent un certain nombre de garanties conditionnant l'exercice des activités ouvertes à la concurrence. En conséquence, bien que les lois récemment intervenues en matière énergétique n'aient pas remis en cause les monopoles d'EDF et de GDF en matière de distribution, elles ont néanmoins apporté quelques modifications s'agissant du rôle des collectivités territoriales dans le cadre des concessions de distribution d'énergie. Ces modifications ont-elles été l'occasion de leur permettre de se comporter comme les véritables garantes du bon fonctionnent du service public de la distribution conformément aux dispositions de l'article 3 de la loi qui dispose : « « Le ministre chargé de l'énergie, le ministre chargé de l'économie, les autorités concédantes visées à l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, les collectivités locales ayant constitué un distributeur non nationalisé visé à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée et la Commission de régulation de l'énergie définie à l'article 28 de la présente loi veillent, chacun en ce qui le concerne, au bon accomplissement de ces missions et au bon fonctionnement du marché de l'électricité. » ?

234. L'apport des lois relatives à la libéralisation du secteur énergétique tient essentiellement en un renforcement du pouvoir de contrôle des collectivités concédantes résultant, en particulier de l'article 17 de la loi du 10 février 2000 insérant un nouvel article dans le code général des collectivités territoriales : l'article L. 2224-31-I. Celui-ci dispose : « Sans préjudice des dispositions de l'article 23 de la loi no 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité en application de l'article 6 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie et de l'article 36 de la loi no 46-628 du 8 avril 1946 précitée, négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions. » Le renouveau de leur pouvoir de contrôle aurait dû être

l'occasion de leur permettre de se réapproprier leurs compétences relatives au fonctionnement des services publics. En particulier il aurait été opportun qu'il leur permette enfin de se comporter véritablement en autorités concédantes, garantes du respect des principes d'égalité, de continuité et de mutabilité conformément aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 1er de la loi du 10 février 2000 énonçant que « le service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité, et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique, sociale et énergétique. » Bien qu'aucune formulation équivalente n'ait été reprise s'agissant du gaz, il ne fait aucun doute que ces dispositions doivent impérativement s'appliquer à la distribution de gaz, comme à celle de l'électricité.

Malgré cela, il apparaît que tant en ce qui concerne le principe d'égalité (§1) qu'en ce qui concerne les principes de continuité et de mutabilité (§2), le rôle des collectivités territoriales est globalement resté celui qu'il était avant la libéralisation.

§1 : L'évolution limitée de leur rôle de garantes du respect du principe d'égalité des « usagers-consommateurs »

235. Deux aspects du principe d'égalité en matière de distribution d'énergie sont susceptibles d'impliquer les collectivités territoriales : les questions liées à l'égalité dans l'accès au service (A), c'est à dire aux obligations relatives à la desserte en électricité et en gaz et les questions relatives à l'égalité en matière tarifaire (B), en particulier, les actions des collectivités territoriales ayant pour objet de permettre aux usagers en situation de précarité de bénéficier du service public de l'électricité et du gaz.

A- Les collectivités territoriales, techniquement garantes de l'égalité d'accès à l'électricité et au gaz

236. L'électricité et le gaz, ont la particularité d'être des industries de réseau. En conséquence, la possibilité des candidats-usagers d'avoir accès à l'électricité et au gaz est subordonnée à l'existence de réseaux permettant d'acheminer ces deux énergies jusqu'aux consommateurs finals. Les collectivités territoriales, en tant qu'autorités concédantes

propriétaires du réseau de distribution de l'électricité et du gaz ont ici, un rôle considérable à jouer. Elles sont responsables de la construction, de l'extension du réseau. Une distinction doit toutefois être opérée entre l'accès au gaz (2) et l'accès à l'électricité (1). En effet, seul le second est un service public obligatoire et impose que tous les usagers soient en mesure d'en être desservis.

1) L'égalité d'accès à l'électricité

237. En matière de distribution d'électricité, la question du droit d'accès est fondamentale pour deux raisons majeures : tout d'abord, l'électricité est un besoin de première nécessité – à tel point que le législateur de 2000 a créé à un droit à l'électricité pour tous. Ensuite, elle un moyen de développer le territoire.

La desserte en électricité « fait l'objet d'un consensus politique car l'énergie électrique concerne certains besoins ou certains usages pour lesquels il n'existe pas d'énergie ou de forme d'énergie ou de forme d'énergie alternative (pensons notamment à toutes les applications informatiques et électroniques, et à l'éclairage). Cette obligation d'universalité de desserte a été exprimée, sous diverses formes, dans les textes régissant le droit de l'électricité »[428]. Elle ressort tout d'abord implicitement de la loi du 15 juin 1906 qui prévoit que les communes ou leurs groupements sont compétents pour concéder la distribution d'électricité tout en instaurant une compétence subsidiaire de l'Etat « qui intervient pour garantir la pérennité de la desserte électrique, lorsque des circonstances exceptionnelles ne permettent pas à la collectivité locale de la prendre effectivement en charge »[429]. Cette compétence subsidiaire de l'Etat a clairement pour vocation d'instaurer un système garantissant le droit d'accès des usagers à ce service public. Malgré cette disposition, l'électrification était alors loin d'être répandue, en particulier, elle était extrêmement rare dans les communes rurales. « En effet, si les concessionnaires avaient, chacun dans leur zone de concession, un monopole de distribution, ils n'avaient pas pour autant, à l'origine, une obligation générale de desserte du territoire qui n'aurait été possible ni techniquement ni

---

[428] FNCCR, *Livre Blanc pour le congrès de la FNCCR de Bordeaux*, 12-15 septembre 2006 « La défen,se des consommateurs et la promotion du développement durable par les autorités locales d'électricité », *Bulletin de la FNCCR*, n° 226 Spécial Livre Blanc, mars 2007, p. 19

[429] Ibidem

financièrement. »[430] Aussi, les cahiers des charges des concessions limitaient-ils cette desserte aux zones urbaines ou les plus peuplées.

Le principe de l'égalité d'accès au service public semblait alors déjà permettre des discriminations fondées sur la situation géographique des candidats-usagers. Selon Jean-François Auby, « il va de soi qu'on ne peut introduire de discriminations autres que celles justifiées par l'intérêt du service dans l'accès des usagers au service public. On peut retarder ou refuser l'accès au service public si sa capacité ne le permet pas. »[431] Bien que de telles discriminations apparaissent effectivement justifiées, l'électrification de la France s'est tout de même progressivement développée. Cependant, aucun texte n'énonçait formellement le caractère obligatoire ou non de ce service public.

238. La loi du 10 février 2000 est venue mettre un terme à ce manque de clarté en énonçant dès son article premier que « le service public de l'électricité a pour objet de garantir l'approvisionnement en électricité sur tout l'ensemble du territoire national » et en reconnaissant l'existence d'un « droit à l'électricité pour tous ». En outre, l'article 3 de la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 fait de l'électricité un service universel. En conséquence, les usagers doivent être en mesure d'accéder à ce service ; or, la garantie du respect de l'égalité d'accès à la distribution d'électricité passe par la nécessaire construction de réseaux impliquant l'intervention des collectivités territoriales, qu'elles soient autorités concédantes ou qu'elles assurent directement cette activité. Dans ce dernier cas, il leur revient d'assurer la construction ainsi que l'exploitation, l'extension, et l'entretien du réseau. Dans le cadre des concessions, le rôle de la collectivité concédante est plus réduit quoi que relativement important. Dès 1937, la loi de finances du 31 décembre prévoyait le rôle moteur de la collectivité concédante s'agissant de l'extension du réseau afin de desservir de nouveaux abonnés. Son article 136 disposait : « Les concessionnaires des distributions publiques d'énergie électrique sont tenus, sous peine de déchéance, d'exploiter aux conditions du cahier des charges de leur concessionet d'incorporer au réseau concédé tous ouvrages accessoires, situés à l'intérieur du territoire concédé et établis sur l'initiative et en totalité ou en partie aux frais de l'autorité concédante, en vue d'étendre la distribution de l'énergie à de nouveaux abonnés. » La loi de nationalisation n'a pas remis en cause cette capacité des collectivités

---

[430] P. SABLIERE, *Droit de l'électricité*, précité, p. 881
[431] J.F. AUBY, *Les services publics locaux*, Paris, PUF, Collection Que sais-je ?, 1982, p. 110

concédantes puisqu'à son alinéa 4 – toujours en vigueur – elle énonce que « les collectivités locales concédantes conservent la faculté de faire exécuter en tout ou en partie à leur charge, les travaux de premier établissement, d'extension, de renforcement et de perfectionnement des ouvrages de distribution. »[432] En tant que maîtres d'ouvrage, les collectivités territoriales sont effectivement les pièces maîtresses de la configuration du réseau. C'est principalement à ce titre et parce qu'elles disposent en particulier d'un pouvoir de contrôle sur leur concessionnaire et qu'elles sont techniquement garantes de l'égalité d'accès au service public de l'électricité et du gaz.

Dès lors, il leur appartient de veiller à ce que le réseau évolue de façon à permettre à chaque candidat-usager d'y avoir accès. Afin de faciliter la construction ou l'extension de réseaux dans les zones rurales, la loi de finances du 31 décembre 1936 a institué le Fonds d'amortissement des charges en électrification (FACE) dont l'objet est « d'alléger les charges communales et départementales en électrification ». Il a été pérennisé par l'article 38 de la loi du 8 avril 1946 qui en a confié la gestion à EDF[433]. Le fait de lui confier la gestion d'un tel fonds peut s'avérer surprenant dans la mesure où l'électrification des zones rurales relève au moins autant de la compétence des collectivités territoriales concernées que de celle que du distributeur dès lors cela conditionne au premier chef l'aménagement de l'espace. Cela nous semble révélateur de la volonté législative de laisser aux mains de l'Etat toutes les problématiques stratégiques liées à l'électricité.

239. En tout état de cause, plus que le développement du réseau, le FACE va jouer un rôle important s'agissant de l'urbanisation des communes dès lors qu'un lien extrêmement fort existe entre la desserte en électricité et l'extension de l'urbanisation. Ceci ressort de l'article L.111-4 du code de l'urbanisme qui dispose : « Lorsque, compte tenu de la destination de la construction projetée, des travaux portant sur les réseaux publics de distribution d'eau, d'assainissement ou de distribution d'électricité sont nécessaires pour assurer la desserte de ladite construction, le permis de construire ne peut être accordé si l'autorité qui le délivre n'est pas en mesure d'indiquer dans quel délai et par quelle collectivité

---

[432] Le même droit existe pour les collectivités territoriales gérant le service public de la distribution par le biais de distributeurs non nationalisés.

[433] Ce régime de financement a été modifié à plusieurs reprises dont la dernière date de la loi du 3 janvier 2003. Les aides du FACE sont désormais financées par des contributions annuelles des gestionnaires de réseaux publics de distribution en fonction du nombre de kilowattheures distribués grâce à l'utilisation des ouvrages exploités en basse tension.

publique ou par quel concessionnaire de service public lesdits travaux doivent être exécutés. » En conséquence, il appartient à la commune de jouer son rôle de maître d'ouvrage en matière de réseau de distribution. Le concessionnaire est, quant à lui, tenu de raccorder au réseau tout demandeur.

Il convient toutefois de préciser que le droit de tous à l'électricité reste subordonné à la volonté de la commune d'étendre le réseau de distribution. En effet, les communes restent, en tout état de cause, maîtresses de leur développement et n'ont pas l'obligation d'étendre le réseau de distribution publique d'électricité si elles n'entendent pas accroître leur urbanisation[434]. En conséquence, le droit de tous à l'électricité ne semble pas imposer aux communes l'extension du réseau. Aucun demandeur de permis de construire ne saurait imposer à la commune l'extension du réseau nécessaire à la délivrance de son permis de construire.

Il ne saurait y avoir de contentieux concernant l'accès à l'électricité des propriétaires de bâtiments construits postérieurement à la loi n°75-1328 du 31 décembre 1975 ayant instauré l'obligation figurant à l'article L. 111-4 du code de l'urbanisme dans la mesure où l'existence d'un réseau permettant le futur raccordement est un préalable nécessaire à la délivrance du permis de construire. En revanche, il convient de s'interroger sur l'état du droit concernant les constructions postérieures à cette date et non encore raccordées au réseau en raison de son inexistence. Dans un tel cas de figure, les propriétaires de ces constructions sont-ils en mesure, au titre du droit de tous à l'électricité, d'imposer à l'autorité concédante ou à son concessionnaire, l'extension du réseau ? D'une manière générale, le Conseil d'Etat admet des différences de traitement fondées sur des différences de situation géographique. En l'absence d'exemple propre à l'électricité, il est néanmoins possible de citer un arrêt du Conseil d'Etat du 30 mai 1962 Parmentier dans lequel il reconnaît que le principe d'égalité n'est pas violé lorsque le réseau municipal d'alimentation en eau n'est pas prolongé jusqu'à un hameau séparé de l'agglomération[435]. Si cette solution, était parfaitement transposable à la matière énergétique en 1962, l'est-elle encore aujourd'hui, alors même que l'électricité est devenue un service universel et qu'il existe un droit à l'électricité pour tous ? La directive « Service universel » n° 2002/22/CE du 7 mars 2002 relative au service universel et aux droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques donne pour

---

[434] Il ressort de la réponse ministérielle n°39237 – JOAN, 26 juin 2000, p. 3842
[435] CE 30 mai 1962, Parmentier, rec. p. 912.

la première fois une définition générale du service universel. Il s'agit, selon les termes de cette directive d'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 Etat membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de la qualité spécifiée et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable ». A priori, faire de l'électricité un service public universel semble exclure toute discrimination fondée sur une différence de situation géographique. A ce propos, Stéphane Braconnier estime que le service universel va « très au-delà des seuls 'principes' du service public tels qu'ils sont connus en France. »[436] Le paragraphe 3 de l'article 3 de la seconde directive électricité dispose que : « Les Etats membres veillent à ce que au moins tous les clients résidentiels et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises […] aient le droit de bénéficier du service universel, c'est à dire du droit d'être approvisionné, sur leur territoire, en électricité d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents. » Cette disposition, conjuguée au droit à l'électricité pour tous consacré dans la loi du 10 février 2000 incite à penser que désormais, le critère de l'éloignement territorial ne devrait plus permettre de justifier une différence de traitement privant certains administrés de l'accès à l'électricité pour cause d'absence de réseau. Il revient en conséquence à l'autorité concédante de veiller à ce que chaque habitation soit desservie en électricité et, le cas échéant de commander la construction d'un réseau afin que nul ne soit privé de cette énergie. En tout état de cause, les constructions postérieures à la loi du 31 décembre 1975 devant nécessairement être desservies en électricité, cette situation a désormais vocation à être de plus en plus marginale.

240. Si la libéralisation du secteur énergétique fut l'occasion de reconnaître à droit de tous à l'électricité, un tel droit n'a pas été reconnu s'agissant du gaz.

2) L'égalité d'accès au gaz

241. « Si tout le monde reconnaît qu'une fois un petit consommateur équipé d'un chauffage ou d'une cuisinière au gaz, un approvisionnement sûr et à prix raisonnable doit pouvoir lui être garanti, personne n'exige la desserte de chaque commune française au

[436] S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, précité, p. 77

gaz. »[437] En effet, le gaz, étant, contrairement à l'électricité, une énergie « en concurrence sur l'ensemble des ses usages […] Il en résulte que l'universalité de desserte n'a jamais été imposée aux réseaux de distribution de gaz. »[438] En conséquence, les communes ne sont pas tenues d'organiser de desserte en gaz sur leur territoire. En revanche, dès lors qu'est fait le choix de l'organisation d'un service public facultatif, ce dernier doit fonctionner normalement et respecter le principe d'égalité. De la même façon que le principe d'égalité admet certaines discriminations lorsqu'est en cause un service public obligatoire, des discriminations peuvent, a priori, exister s'agissant de l'accès au service au service public facultatif. Ceci ressort de la jurisprudence Commune de Dreux[439] relative aux écoles de musique. Dans cette décision, la section du contentieux du Conseil d'Etat juge que « s'agissant d'un service public non obligatoire, créé par une commune, dont l'objet n'exclut pas que son accès puisse être réservé à certaines catégories d'usagers, le principe d'égalité des usagers du service public ne fait pas obstacle à ce que le conseil municipal limite l'accès à ce service en le réservant à des élèves ayant un lien particulier avec la commune et se trouvant de ce fait dans une situation différente de l'ensemble des autres usagers potentiels du service ; que toutefois, le conseil municipal de Dreux n'a pu légalement limiter, comme il l'a fait, l'accès de l'école de musique aux personnes domiciliées ou habitant à Dreux, en refusant d'accueillir des élèves qui, parce qu'ils ont à Dreux le lieu de leur travail, ou parce qu'ils sont scolarisés dans la commune, ont avec celle-ci un lien suffisant ». En conséquence, l'accès à un service public local facultatif peut être réservé à certaines catégories d'usagers mais uniquement lorsque l'objet du service ne l'exclut. Cette jurisprudence traduit la position du juge administratif s'agissant des discriminations relatives au droit d'accès : en l'espèce, le fait de ne pas habiter la commune ne doit pas être regardé comme empêchant systématiquement l'accès à l'école de musique.

242. S'agissant de l'accès au gaz, en revanche, il semble évident de reconnaître que le critère justifiant ou refusant l'accès au service ne peut être que celui de la résidence sur le territoire de la commune offrant ce service. Dès lors, les communes ou leurs groupements assurant la distribution du gaz semblent pouvoir en réserver l'accès à leurs seuls résidents. En revanche, dès lors qu'une commune ou qu'un groupement de communes prend en charge la

---

[437] R. LEBAN, « L'économie de la distribution d'énergie : en route vers le changement », *in Les collectivités locales et l'énergie, Economie et politique d'un nouveau service public*, Paris, FNCCR et Imprimerie Nationale Editions, 2001, p. 12

[438] FNCCR, *Livre Blanc pour le congrès de la FNCCR de Bordeaux*, p. 12

distribution de gaz, tous ses habitants devraient, en principe, pouvoir y accéder. Toutefois dans la mesure où il n'existe pas de « droit de tous au gaz », les concessionnaires de la distribution de gaz n'ont pas l'obligation de desserte. Cette dernière restant subordonnée à un seuil de rentabilité minimale. En effet, l'obligation de fourniture, si elle était appliquée « à la lettre, imposerait au GDF la desserte permanente des usagers, au détriment même de la rentabilité d'une opération » [440]. C'est pourquoi GDF n'est pas tenue de desservir les zones dans lesquelles des coûts d'investissement seraient trop importants au regard de la rentabilité de l'activité.

La question de la rentabilité est fondamentale en matière de gaz dans la mesure où il n'existe pas de fonds de péréquation comme il en existe un en matière d'électricité[441]. Dès lors, si une zone n'est pas suffisamment rentable, rien ne compensera le manque à gagner du distributeur. C'est également pour cette raison que la distribution du gaz est un service public facultatif.

Bien que le service public de la distribution de gaz soit un service public facultatif, il est indispensable de remarquer que les collectivités compétentes s'attachent de plus en plus à organiser la desserte en gaz sur leur territoire. La plupart du temps, les collectivités territoriales se sont fondées sur le plan de desserte gazière instauré par la loi du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier dont l'objet est précisément d'élargir « sensiblement le champ public de la distribution de gaz naturel. »[442] Les communes souhaitant être desservies en gaz naturel devaient demander au préfet leur inscription au plan de desserte gazière. Le plan établi par un arrêté du 3 avril 2000[443] fixe la liste des communes pour lesquelles GDF a l'obligation d'engager les travaux de desserte dans un délai maximum de trois ans. Avec 1169 communes inscrites, le plan de desserte a réellement été l'occasion pour les communes de développer le service public du gaz. Les communes non inscrites sur ce plan – soit parce qu'elles ne l'ont pas souhaité, soit parce qu'elles n'ont pas été retenues – peuvent tout de même organiser la desserte en gaz sur leur territoire en faisant appel au

---

[439] CE sect. 13 mai 1994, Commune de Dreux, rec. p. 233
[440] P. LOMBART, « Le régime juridique du transport et de la distribution du gaz », *CJEG*, 1989, p. 8
[441] L'article 33 de la loi du 8 avril 1946 prévoyait l'existence de deux fonds de péréquation : l'un s'agissant du gaz (alinéa 1er de l'article 33) l'autre pour l'électricité (alinéa 6 de ce même article). L'article 32 de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie a supprimé l'alinéa créant un fonds de péréquation du gaz qui n'a, dans les faits, jamais été mis en œuvre.
[442] P. GADONNEIX, « Les collectivités locales concédantes et gaz de France depuis 1994 », in *Les collectivités locales et l'énergie*, précité, p. 142
[443] Publié au J.O. du 11 avril p. 5518

concessionnaire de leur choix[444]. Les communes doivent donc se révéler rentables pour être desservies. A cette occasion peut alors s'engager un bras de fer entre le distributeur historique et la commune souhaitant être desservie en gaz. Même si une mise en concurrence est envisageable, la marge de manœuvre des collectivités territoriales est étroite.

243. Afin d'être susceptibles d'accéder aux services publics de l'électricité et du gaz, les usagers doivent être en mesure d'être raccordés au réseau mais là n'est pas la seule condition. Ils doivent s'acquitter d'un abonnement puis, payer la prestation en fonction de leur consommation d'électricité et de gaz ; or, certains d'entre eux, parce que leurs ressources ne le leur permettent pas, ne peuvent pas accéder financièrement aux services publics de l'électricité et du gaz. Le tarif du service public peut dès lors constituer une barrière aussi importante que celle de l'inexistence du réseau dans l'accès au service public de l'électricité et du gaz. Dans ce domaine les collectivités devraient en conséquence pouvoir jouer un rôle relativement important, ce qui, malgré la libéralisation du secteur et un besoin certain ne leur est pas encore permis.

B- L'absence de moyens permettant aux collectivités territoriales d'être socialement garantes de l'égalité d'accès à l'électricité et au gaz

244. L'accès au service public peut être soumis à des conditions juridiques particulières mais en vertu du principe d'égalité, ces conditions doivent être identiques pour chaque usager ou « candidat-usager »[445]. Le principe d'égalité ne doit pas être entendu comme impliquant un traitement identique de tous les usagers du service public. Comme cela a été énoncé en amont, il s'agit d'une égalité proportionnelle acceptant les différences de traitement en matière tarifaire comme l'a clairement énoncé le Conseil d'Etat dans sa décision Denoyez et Chorques du 10 mai 1974[446]. En revanche, tous les abonnés se trouvant « dans des conditions techniques équivalentes d'alimentation se voient appliquer les mêmes tarifs et les

---

[444] C'est ainsi que la loi du 2 juillet 1998 a été l'occasion d'élargir l'accès à la distribution de gaz mais également d'ouvrir, dans une certaine mesure, à la concurrence cette activité. La loi du 13 juillet 2005 a supprimé le plan de desserte gazière. Voir infra chapitre 2.

[445] Terminologie employée par G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI dans leur ouvrage *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 385

[446] CE, 10 mai 1974 Denoyez et Chorques, *AJDA* ,1974, p.298, chronique Franc et Boyon

mêmes conditions générales de desserte »[447]. Deux tarifs sont ici en cause : le tarif d'utilisation du réseau public de distribution d'une part, au sujet duquel leur rôle s'avère pour le moins restreint (1). Le tarif de fourniture d'électricité et de gaz dont les collectivités concédantes ne sont plus légitimes à connaître, ce qui emporte certaines conséquences sur le dispositif des personnes en situation de précarité (2).

1) Le rôle limité des collectivités territoriales s'agissant du tarif d'utilisation du réseau

245. « Au niveau local, la compétence pour déterminer les tarifs des services publics appartient, par principe, à la collectivité en charge du service et, plus précisément, à son organe délibérant. […] La compétence exclusive de l'organe délibérant de la collectivité locale ou de l'établissement public local pour déterminer le tarif des services publics dont elle ou il a la charge continue à s'appliquer lorsque le service est délégué à un tiers, public ou privé, sur le fondement d'une convention de délégation de service public. Il est de jurisprudence constante, en effet, que la détermination des tarifs du service public délégué ne figure pas au nombre des compétences qui peuvent être abandonnées au délégataire (CAA Lyon, 20 mai 1999, SA Comalait Industries : *AJDA*, 1999, p. 874). »[448]

246. L'une des particularités du contrat de concession de distribution d'électricité, comme pour celui du gaz, est que la tarification n'est pas fixée par l'autorité délégante mais par un tiers au contrat : l'Etat. Dans un premier temps, la CRE propose les tarifs d'utilisation des réseaux publics[449], qui sont ensuite approuvés[450] par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie[451]. Les collectivités concédantes ne son donc pas associées à la détermination des tarifs d'utilisation des réseaux public de distribution sauf à être consultées par la CRE si celle-ci l'estime utile[452].

---

[447] P. LOMBART, « Le régime juridique du transport et de la distribution du gaz », *CJEG*, 1989, p. 7
[448] S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, précité, p. 311
[449] Dits « TURP »
[450] La proposition de la CRE lie le gouvernement.
[451] Cela résulte des articles 4 de la loi du 10 février 2000 et 7 de la loi du 3 janvier 2003.
[452] L'alinéa 4 de l'article 7 de la loi du 3 janvier 2003 et l'alinéa 11 de l'article 4 de la loi du 10 février 2000 énoncent que la « Commission de régulation de l'énergie formule ses propositions et avis, qui doivent être motivés, après avoir procédé à toute consultation qu'elle estime utile des acteurs du marché de l'énergie. »

Or la distribution de l'électricité et du gaz sont, en théorie, des services publics locaux. Aussi, une contradiction existe-elle dans la mesure la distribution est toujours qualifiée de service public local par le législateur[453] alors même que l'autorité concédante n'est pas en mesure d'intervenir dans la détermination du tarif.

Elles peuvent toutefois intervenir, dans une moindre mesure, en matière tarifaire, les modèles de cahiers de charges reconnaissant que bien que l'établissement des barèmes nationaux incombe à l'Etat, « cette règle ne fait pas obstacle à une concertation préalable entre le concessionnaire et les collectivités concédantes par le truchement de leurs organisations les plus représentatives »[454]. En tout état de cause, les collectivités locales, en tant qu'autorités concédantes peuvent, par le biais de leur pouvoir de contrôle, vérifier le respect du principe d'égalité en matière tarifaire par leur concessionnaire. Cette dernière figure expressément dans les deux modèles de cahiers des charges[455] énonçant que les parties au contrat de concession adhèrent au principe d' « égalité de traitement : les usagers placés dans des conditions identiques devront bénéficier, pour des fournitures ayant les mêmes caractéristiques, des mêmes options et opportunités tarifaires. »[456] Si l'égalité de traitement, ne présente ici aucune difficulté entre des usagers placés dans des situations identiques, il convient de rechercher dans quelle mesure peuvent être admises des discriminations tarifaires lorsque les usagers sont placés dans des situations différentes, en particulier, s'agissant des usagers situés dans les zones rurales les plus reculées. Cette question se pose principalement s'agissant de l'électricité. Celle-ci devant être distribuée sur l'ensemble du territoire, il se peut que la distribution ne soit pas rentable dans certaines régions. Dès lors, sans l'application du principe d'égalité, les tarifs seraient amenés à varier considérablement d'une région à l'autre. En matière énergétique, une situation identique semble s'apprécier au regard de certains critères. Le principe d'égalité s'applique aux abonnés placés « dans les mêmes conditions de

---

[453] Cela contribue à la reconnaissance de l'absence de caractère effectivement local de la distribution d'électricité et de gaz.

[454] Il s'agit de la formulation figurant à l'article 26 du modèle de cahier des charges pour le service public de la distribution d'énergie électrique. Le cahier des charges pour la concession d'une distribution publique de gaz prévoit, quant à lui, à son article 27.1 que cette concertation préalable se fait par « l'intermédiaire de leurs organisations nationales les plus représentatives. » Il est toutefois probable qu'à l'occasion du renouvellement des concessions cette disposition disparaisse. En effet, la nouvelle organisation du marché permet difficilement de continuer à lier dans de tels contrats la distribution et la fourniture.

[455] Cela figure à l'article 26 du modèle de cahier des charges pour le service public de la distribution électrique et à l'article 27.1 du modèle de cahier des charges pour la concession d'une distribution publique de gaz.

[456] La fourniture ne faisant désormais plus partie des contrats de concession, il convient de limiter ces considérations à la seule distribution d'énergie électrique ou gazière.

puissance, d'horaire, d'utilisation, de consommation et de durée d'abonnement. »[457] Aussi, la situation géographique ne doit-elle pas, selon cette conception, justifier de discriminations tarifaires. La péréquation tarifaire instaurée par l'article 2 de la loi du 10 février 2000 confirme cette idée du principe d'égalité en matière électrique. Elle a pour objet de garantir « à l'abonné des régions les plus reculées de bénéficier des mêmes tarifs que les abonnés urbains ». [458] L'article 5 de la loi du 10 février 2000 modifiée dispose : « Dans le cadre du monopole de distribution, les charges qui découlent des missions mentionnées au II de l'article 2 en matière d'exploitation des réseaux publics sont réparties entre les organismes de distribution par le fonds de péréquation de l'électricité institué par l'article 33 de la loi no 46-628 du 8 avril 1946 précitée. /Ces charges comprennent : /1° Tout ou partie des coûts supportés par les organismes de distribution et qui, en raison des particularités des réseaux publics de distribution qu'ils exploitent ou de leur clientèle, ne sont pas couverts par la part relative à l'utilisation de ces réseaux dans les tarifs de vente aux clients non éligibles et par les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution ; / 2° (abrogé par l'article 38.3°de la loi n°2003-8 du 3 janvier 2003); / 3° Pour assurer la présence du service public de l'électricité, la participation à l'aménagement du territoire par la mise en oeuvre de moyens appropriés dans les zones définies à l'article 42 de la loi no 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. / III. - En cas de défaillance de paiement par un redevable des contributions prévues au I ou au II ci-dessus, le ministre chargé de l'énergie prononce une sanction administrative dans les conditions prévues par l'article 41 de la présente loi. » Il s'agit de l'instauration de tarifs nationaux dépendant uniquement de la puissance souscrite et de l'énergie injectée ou prélevée, indépendamment de la distance d'acheminement. C'est le modèle dit du « timbre poste ».

247. Les acteurs intervenant dans le domaine énergétique n'ont cependant pas attendu la loi du 10 février 2000 pour instituer cette exigence de péréquation tarifaire. Comme le fait remarquer Laurent Richer, « elle était pratiquée et on la trouvait inscrite à l'article 26 du modèle de cahier des charges de concession pour le service public de la distribution d'énergie électrique : ' […] les parties adhèrent aux principes suivants : péréquation géographique des tarifs sur le plan national ; le cas des îles non reliées électriquement au continent pouvant faire

[457] P. TESTE, « Un aspect particulier de la clause d'égalité de traitement des usagers des services publics d'Electricité et de Gaz », *CJEG*, 1955, p. 295
[458] P. SABLIERE, *Droit de l'électricité*, précité, p. 112

l'objet de dispositions spécifiques ' »[459]. Par ailleurs, bien qu'elle n'en donnât pas de détail, la loi de nationalisation du 8 avril 1946, prévoyait, à son article 33 la création d'un fonds de péréquation du gaz et de l'électricité dont l'objet était de compenser les déséquilibres existants entre distributeurs[460].

248. En théorie, la question de la péréquation tarifaire peut également se poser en matière gazière, cependant, la distribution du gaz étant soumise à une condition de rentabilité économique, « les communes fournies en gaz de réseau font, à quelques exceptions près, partie des grandes »[461] En conséquence, « les coûts de distribution du produit varient moins d'une région à l'autre que dans le cas de l'électricité, une manière de dire que la péréquation des tarifs constitue un enjeu économique et politique moins important »[462] qu'en matière électrique. Toutefois, alors que l'existence d'un tel fonds avait été prévue par l'article 33 de la loi du 8 avril 1946, celui-ci n'a jamais été créé. C'est finalement l'article 35 de la loi du 7 décembre 2006 qui l'a définitivement supprimé. En tout état de cause Patrice Lombart n'a pu que constater qu'en matière de principe d'égalité de traitement des usagers devant le service public, « peu de décisions ont été rendues en matière de transport ou de distribution de gaz. »[463]

2) Le rôle mineur des collectivités concédantes en matière d'aide aux personnes en situation de précarité

249. Si la distribution est, au moins en principe, un service public local, tel n'est plus le cas de la fourniture qui, dans une certaine mesure ne peut être intégralement considérée comme un service public[464].

---

[459] L. RICHER, « Etat de la transposition de la directive 96/92 en France », précité, p. 34
[460] Par un décret n° 56-941 du 18 septembre 1956, deux fonds distincts furent créés, l'un pour le gaz, l'autre pour l'électricité.
[461] R. LEBAN, « L'économie de la distribution d'énergie : en route vers le changement », in *Les collectivités locales et l'énergie*, précité, p. 12
[462] Ibidem.
[463] P. LOMBART, « Le régime juridique du transport et de la distribution du gaz », précité, p. 7
[464] LA fourniture d'électricité ou de gaz au tarif réglementé continue à être considérée comme un service public. Toutefois, ces tarifs ont, pour la plupart, vocation à disparaître. C'est ce qui ressort du projet de loi relatif à la nouvelle organisation du marché de l'électricité mettant en œuvre les principales propositions de la commission Champsaur.

D'une manière générale, la tarification de la fourniture d'électricité et de gaz faisant l'objet soit d'une réglementation nationale, soit est le résultat du prix du marché, le rôle des collectivités territoriales, malgré leur titre d'autorité concédante de la distribution, est infiniment réduit et ce, d'autant plus que désormais, ce sont deux entreprises différentes qui distribuent et fournissent l'énergie. Elles ne sont plus légitimes à intervenir sur les tarifs de fourniture. Elles n'ont donc pas de moyen direct de favoriser financièrement à la fourniture, des usagers-consommateurs se trouvant dans une situation de fragilité. Face au manque d'efficacité du dispositif existant, et parce qu'elles ont un rôle à jouer en matière de distribution d'électricité et de gaz, certaines d'entre elles ont choisi d'agir en recourant parfois à des moyens jugés illégaux. En tout état de cause, il apparaît clairement que sur ce point, plutôt que de renforcer le rôle des collectivités concédantes, la libéralisation du secteur l'a amoindri.

« En retenant la perception fondamentale du service public, il n'est pas […] possible d'admettre que celui qui ne pourrait s'acquitter de ce prix serait exclu de l'accès à l'ensemble des services que l'Etat met à la disposition de la population. »[465] Ceci est particulièrement vrai s'agissant de l'énergie et, en particulier, de l'électricité. Maryse Arditi[466] ne manque pas de faire remarquer, à son propos, qu'il ne s'agit pas « d'un produit comme un autre pour le consommateur. Il ne peut s'en passer et il n'existe pas de substitut. Comme l'eau, il s'agit d'un besoin fondamental qui doit être satisfait et, en ce sens, la libre concurrence n'est probablement pas le système le mieux adapté pour garantir l'accès à tous à un prix décent. »[467]

Ce constat fréquemment répandu a conduit le législateur à protéger le service public de l'électricité. Aussi, l'article 1er de la loi du 10 février 2000 dispose-t-il : « Le service public de l'électricité […] concourt à la cohésion sociale, en assurant le droit à l'électricité pour tous, à la lutte contre les exclusions, au développement équilibré du territoire […] ». Les collectivités territoriales, en tant qu'autorités concédantes de la distribution doivent, en conséquence, se montrer particulièrement vigilantes et utiliser au mieux leur pouvoir de contrôle afin de ne pas connaître de telles dérives. Elles sont les garantes du bon fonctionnement du service et doivent, à ce titre, tout mettre en œuvre pour que l'impératif de

---

[465] G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, précité, p. 475
[466] Commission des énergies vertes.
[467] M. ARDITI, « marché de l'électricité : les consommateurs et l'environnement vont payer », in L'Europe de l'électricité face au modèle français, Revue Politique et Parlementaire, PUF, 2004, p. 101

solidarité inhérent à tout service public ne connaisse aucune défaillance. Aussi, ont-elles recouru à des instruments non adaptés afin de tenter d'influer sur le service de la distribution et de permettre ainsi la fourniture d'énergie à tous les candidats-usagers.

250. Les pouvoirs des collectivités concédantes ayant largement décru suite à la loi de nationalisation, il leur est difficile d'exercer la moindre pression sur leur concessionnaire afin d'agir spécifiquement sur la situation des plus démunis.

La prise en compte de la précarité est, certes, prévue par les textes cependant, à en juger par l'attitude de certains élus locaux amenés à recourir à des moyens juridiquement contestables, ces dispositifs ne sont pas suffisants. Au titre des dispositions visant à lutter contre l'exclusion, doit en premier lieu être citée la loi contre la pauvreté et l'exclusion de 1988 qui a institué, s'agissant de la fourniture d'eau et d'énergie, un dispositif d'aide et de prévention. Celui-ci prévoit la garantie du maintien de la fourniture d'énergie et d'eau en cas de non-paiement des factures, jusqu'à l'intervention d'une aide financière attribuée dans le cadre de conventions départementales. En outre, en 1997, une convention ayant pour objet l'organisation du maintien de la fourniture d'énergie avait été conclue entre EDF, GDF et l'Etat. Ce système a été repris par l'article 2 de la loi du 10 février 2000 « mais en [en] faisant expressément un élément du service public, qui doit concourir à la cohésion sociale ' au moyen […] de la garantie de maintien temporaire de la fourniture d'électricité […] et en favorisant la maîtrise de la demande d'électricité ' »[468]. Les modalités de cette aide ont été définies par le décret n°2001-531 du 20 juin 2001 relatif à l'aide aux personnes en situation de précarité pour préserver ou garantir l'accès à l'électricité. Ce décret prévoit que les aides à la fourniture d'électricité sont attribuées par les commissions départementales mises en place dans le cadre des conventions départementales prévues par l'article L.261-4 du Code de l'action sociale et des familles. Ces commissions, ne sont pas des commissions locales ni même des émanations de collectivités territoriales. Il s'agit de commissions dans lesquelles, les collectivités territoriales, aux côtés du représentant de l'Etat, des représentants d'Electricité de France, de gaz de France déterminent les conditions d'application des conventions nationales et les actions préventives et éducatives en matière de maîtrise

[468] L. RICHER, « Etat de la transposition de la directive 96/92 en France », précité, p. 34

d'énergie[469]. La marge de manœuvre des collectivités concédantes apparaît, dans le cadre de ces commissions, relativement restreinte.

En outre la loi du 10 février 2000 a institué une tarification spéciale « produit de première nécessité » applicable aux personnes dont les ressources sont inférieures à un plafond fixé par décret. Ce dispositif a été transposé au gaz naturel par l'article 14 de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006. Les consommateurs bénéficiant de ce tarif spécial pour la fourniture d'électricité vont pouvoir bénéficier de ce tarif pour la fourniture de gaz naturel.

251. Il apparaît que pour certains maires, les dispositifs prévus par le code de l'action sociale et repris par la loi du 10 février 2000 ne sont pas suffisamment efficaces, ce qui a récemment conduit certains d'entre eux à intervenir directement sur la situation des usagers se trouvant dans l'impossibilité de payer leurs factures, en utilisant leur pouvoir de police[470].

Dès 2004 des arrêtés anti-coupure de gaz et d'électricité ont été pris afin de protéger les usagers en situation de précarité et de leur garantir un approvisionnement en énergie. Il semble que ces arrêtés aient été motivés par les incendies survenus durant l'été 2004 dans plusieurs logements et dont la cause résidait dans l'utilisation de bougies par les locataires privés d'électricité. Ces arrêtés ont, dans un premier temps, été déférés au juge administratif qui les a systématiquement suspendus en raison du doute sérieux pesant sur leur légalité[471].

Sur le fond, le recours à leur pouvoir de police par ces maires a fait l'objet d'un débat doctrinal, bien que juge administratif semble juger avec une extrême constance l'illégalité de ce procédé.

Au nombre des défenseurs du recours aux arrêtés anti-coupures figure Bruno Kern qui considère ce procédé légal au motif que les conditions nécessaires à la légalité d'une mesure de police sont réunies. Il énonce, dans un premier temps, que « l'exigence de circonstances particulières est couverte par l'existence de familles d'ores et déjà privées d'électricité et de gaz. »[472] Il considère en outre que ces mesures ne sont ni générales, « car elles ne s'adressent qu'à un public déterminé, le plus exposé aux coupures d'électricité et de gaz, à savoir, les familles dans des situations de grave précarité confrontées à des difficultés de paiement de

---

[469] Voir article L.261-4 du Code de l'action sociale.

[470] Pouvoir qu'ils détiennent en vertu des articles L. 2212 et suivant du code général des collectivités territoriales.

[471] A titre d'exemple peuvent être cités les arrêts du Conseil d'Etat du 11 mars 2005 Ministre de l'intérieur (req. n°271 161), CAA de Versailles du 3 décembre 2004 Commune de Tremblay-en-France (04VE03399).

[472] B. KERN, « Légalité des arrêtés anti-coupure EDF-GDF et renégociation des contrats de concession, *Revue Lamy des collectivités territoriales*, avril 2005, p. 53

leurs factures »[473], ni absolues puisque ces mesures « n'ont vocation à s'appliquer que si n'est pas justifié l'accomplissement par EDF et GDF des diligences nécessaires à la mise en œuvre des mesures de solidarité prévues par la loi pour maintenir le droit à la fourniture de ce produit de première nécessité que sont l'électricité et le gaz. »[474] Enfin, ces arrêtés ont, selon l'auteur, pour objet de préserver l'ordre public, des « risques d'incendie ou d'explosions résultant des coupures d'électricité et de gaz frappant en plein hiver des familles en difficulté économique et sociale » qui, pour se chauffer ou s'éclairer, se trouvent contraintes d'utiliser, des bougies, bouteilles de gaz ou de pétrole ou autres moyens de fortunes souvent cause de départs d'incendies. Allant plus loin, Bruno Kern considère que « ces mesures d'interdiction […] s'attachent à préserver la dignité humaine des personnes concernées ». Notons avec l'auteur que, dans ce cas de figure, « la jurisprudence n'exige pas que des circonstances particulières justifient le recours à la mesure de police »[475]. Le juge administratif, quant à lui, ne semble pas sensible à de tels arguments puisqu'il juge avec une régularité constante ces arrêtés illégaux. Il considère tout d'abord que « les menaces à l'ordre public, à la sécurité et à la salubrité publiques que constitueraient […] les coupures d'électricité et de gaz, pour les familles qui en font l'objet et leur voisinage ne sont pas, de par leur imprécision et leur éventualité, de nature à justifier le recours par le maire aux pouvoirs qu'il tient des dispositions précitées[476] pour interdire ces coupures sur le territoire de la commune. »[477] En effet, comme le démontre Stéphane Braconnier au sujet des arrêtés anti-coupure d'eau, « compte tenu du caractère restrictif que la jurisprudence administrative donne de ces éléments constitutifs de l'ordre public[478], les arrêtés anti-coupures d'eau ne peuvent légalement se rattacher à aucun d'entre eux. »[479] Stéphane Braconnier indique en outre que les arrêtés anti-coupures portent atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie en ce qu'ils « procèdent à une immixtion de la puissance publique dans la relation individuelle qui unit une entreprise industrielle et commerciale à ses clients ». Si une mesure de police peut porter

---

[473] Ibidem.
[474] Ibidem.
[475] Op. cit. p. 54
[476] Il s'agit, d'une part, de l'article L. 2212-1 du CGCT qui dispose : « Le maire est chargé […] de la police municipale […] et, d'autre part, de l'article L. 2212-2 en vertu duquel « [l]a police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ».
[477] CAA Douai, 29 décembre 2005, commune de Waziers, req. n° 05DA00726, BJCL, 2006, n°4, p. 263 avec conclusions Lepers p. 216
[478] L'auteur fait référence à la salubrité publique et au respect de la dignité humaine.
[479] S. BRACONNIER, « Les arrêtés anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », *AJDA*, 2005, p. 645

atteinte aux libertés, cette mesure, pour être légale doit être nécessaire et proportionnée. Le commissaire du gouvernement Lepers indique à ce titre que « la généralité des mesures prises pose problème, et l'impossibilité de traiter les difficultés par d'autres moyens n'est pas établie, par la seule invocation de l'indisponibilité de fonds destinés aux personnes en difficulté financière. »[480] Par ailleurs, le juge administratif, juge qu'aucun autre texte ne peut fonder juridiquement ces arrêtés. Ni les dispositions du préambule de la Constitution du 4 octobre 1946[481], ni « les règles et principes de valeur constitutionnelle que constituent la sauvegarde de la dignité de la personne humaine, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ou la promotion du logement des personnes défavorisées »[482] ne peuvent servir de fondement juridique à ces arrêtés dans la mesure où « l'effectivité de ces droits suppose l'intervention du législateur »[483]. De même, ni l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ni l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rédigées en des termes trop généraux, ne peuvent servir de fondement à ces arrêtés. Enfin, le juge administratif considère que ni les dispositions de la loi du 10 février 2000 selon lesquelles le service public de l'électricité « concourt à la cohésion sociale, en assurant le droit à l'électricité pour tous, à la lutte contre les exclusions, au développement équilibré du territoire, dans le respect de l'environnement, à la recherche et au progrès technologique, ainsi qu'à la défense et à la sécurité publique », ni les dispositions de l'article L. 115-2 du code de l'action sociale et des familles « ne sont, par elles-mêmes ou combinées entre elles et avec l'ensemble des règles susmentionnées, de nature à donner une base légale suffisante à l'arrêt attaqué »[484]. Il convient de remarquer que le refus du juge de considérer ces deux derniers textes comme fondements possibles des arrêtés anti-coupures n'est que très laconiquement justifié.

La jurisprudence des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, bien qu'elle soit dépourvue de toute ambiguïté s'agissant de la légalité de ces arrêtés anti-

---

[480] Conclusions Lepers sous l'arrêt de la CAA de Douai du 29 décembre 2005, commune de Waziers, précité, p. 263

[481] Les alinéas 10 et 11 disposent : « 10- La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. 11- Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de sa situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

[482] Conclusions Lepers, précitées, p. 263

[483] Ibidem.

[484] CAA de Douai du 29 décembre 2005, commune de Waziers, précité, p. 264

coupures n'a cependant pas découragé les maires qui, ont continué à prendre de tels arrêtés. Jacques Moreau dénombre 119 arrêtés et 27 délibérations interdisant les coupures d'électricité au cours du premier semestre de 2006[485]. Au cours de cette même période, la plupart des ces décisions ont été retirées, suspendues ou annulées. Le Conseil d'Etat est venu confirmer les décisions des tribunaux et des cours administratives d'appel, notamment par une décision du 11 mars 2005, Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales en jugeant « que le moyen tiré de ce que les mesures d'interdiction générale et absolue édictées par les arrêtés contestés ne sont pas justifiées par les troubles à l'ordre public, et notamment les risques d'incendie, invoqués par leurs auteurs est propre à créer un doute sérieux quant à leur légalité ; qu'il y a lieu, dès lors, de prononcer les suspensions demandées » par le préfet.

252. Il apparaît que s'agissant du respect du principe d'égalité, le rôle des collectivités territoriales n'a pas évolué avec les lois relatives à la libéralisation du secteur énergétique. Elles ne peuvent effectivement intervenir que s'agissant de la construction, du développement des réseaux. Alors que leur intervention semble légitime concernant le contrôle du respect des lois de Rolland par le concessionnaire, un constat semblable à celui caractérisant le principe d'égalité s'impose au sujet du respect des principes de continuité et de mutabilité : leur rôle est toujours secondaire.

§2 : Le statu quo de leur rôle de garantes du respect des principes de continuité et de mutabilité

253. Les collectivités territoriales interviennent de façon inégale s'agissant des principes de continuité et de mutabilité. Leur rôle semble, a priori plus important concernant le second principe. Cependant, malgré cette dissemblance, un élément les rapproche : les lois relatives à libéralisation du service public n'ont pas renforcé leurs pouvoirs. Aussi apparaît-il que le rôle des collectivités concédantes est toujours aussi réduit s'agissant du principe de continuité (A) et que concernant le principe de mutabilité, il n'a pas été renforcé (B).

---

[485] J. MOREAU, « Les problèmes juridiques soulevés par les arrêtés et délibérations anti-coupures », *RJEP*/CJEG, 2006, p. 97

A- Le statu quo du rôle des collectivités concédantes s'agissant du principe de continuité

254. Il est nécessaire, dans un premier temps, de présenter les implications de ce principe en matière électrique et gazière (1) avant d'envisager les deux aspects de ce principe impliquant, ou devant impliquer, au moins en théorie, les collectivités concédantes : la gestion locale des biens attachés au service (2) et la réglementation du droit de grève des personnels des industries électriques et gazières (3).

1) Les aspects généraux de ce principe en matière électrique et gazière

255. Le principe de continuité « signifie que les usagers disposent d'un droit au fonctionnement régulier et continu des services publics. »[486] Si, pour certains services publics, ce principe n'est en aucun cas synonyme de permanence, tel n'est pas le cas des services publics de l'énergie devant constamment fonctionner. Dans son rapport, Claude Mandil énonce que « le principe de continuité se traduit par trois exigences particulières : d'une part, du fait que l'électricité et le gaz ne sont pas – ou peu – stockables, il faut garantir l'alimentation permanente des réseaux ; d'autre part, il faut assurer la sécurité d'approvisionnement à long terme, qui implique une politique continue d'investissement, et aussi, dans le domaine gazier, une optimisation de notre système d'importation ; enfin, il faut répondre à une exigence prioritaire de qualité, notamment pour les utilisateurs professionnels. »[487] Aussi, l'exploitant ne peut-il pas, en principe, interrompre le service.

L'action « du pouvoir public local a notamment contribué à ce que, par exemple, dans le domaine de l'électricité, la durée nationale de coupure ait été divisée par deux en sept ans, après le lancement national des renégociations locales des concessions (passant ainsi de deux heures à une heure). De même, le pourcentage de lignes en souterrain[488] (ouvrages dont on a eu confirmation de l'intérêt pour la sûreté de la desserte, lors des tempêtes de décembre 1999) s'est accru dans le même temps de moitié en moyenne nationale (soit une progression de 20% à 30%). »[489] Ainsi que le fait remarquer sur un plan général Jean-François Auby, « lorsque l'exploitation est déléguée, ce principe légitime le fait que la collectivité puisse prendre des

---

[486] J.F. AUBY, *Les services publics locaux*, PUF, précité, p. 108
[487] Rapport Mandil sur la réforme de l'organisation électrique et gazière française, *CJEG*, 1994, p. 169
[488] il s'agit ici des lignes basse tension et HTA (haute tension A) soit le réseau de distribution.

mesures à l'encontre de l'exploitant – pénalités pour faute légère, mise en régie provisoire en cas de faute importante ou résiliation unilatérale du contrat en cas de faute grave – de manière à assurer la bonne marche du service. »[490] Dans le cadre des concessions, le principe de continuité du service public se révèle être à l'œuvre, selon Jacques Fialaire, à différents niveaux, en particulier, « dans les pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction revenant à l'administration contractante. L'interruption de la prestation de service est considérée comme la faute la plus grave dans l'exécution de tels contrats, justifiant l'application de sanctions coercitives »[491].

Le principe de continuité impose aux administrations compétentes de prendre les mesures nécessaires à la continuité du service. En conséquence, « le refus de prendre les mesures nécessaires à la continuité du service public est illégal (et peut donc être annulé par le juge de l'excès de pouvoir) et constitutif d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique. »[492]

256. Cette obligation, elle aussi figurant le plus souvent dans les cahiers des charges, implique une certaine rigueur dans la gestion des biens attachés au service public.

2) La gestion locale des biens attachés au service

257. Le principe de continuité implique tout d'abord l'obligation d'entretenir et renouveler le réseau de façon régulière. « Au quotidien, les obligations qui se rattachent au principe de continuité du service pèseront directement sur les gestionnaires des réseaux de transport et de distribution, qui doivent répondre en permanence à la demande des usagers. »[493]

Le modèle de cahier des charges de concession pour le service public de la distribution d'énergie électrique est, sur ce point, quelque peu surprenant dans la mesure où, dans son article 6, il énonce que « le concessionnaire aura seul le droit, en dehors de l'autorité concédante, d'étendre, de renforcer, de renouveler, d'entretenir ou de réparer, dans les limites

---

[489] M. LAPEYRE, « Electricité et gaz : la progression du rôle des collectivités locales », in *Les Collectivités locales et l'énergie*, précité, p. 129
[490] J.F. AUBY, *Les services publics locaux*, PUF, précité, p.109
[491] J. FIALAIRE, *Le droit des services publics locaux*, Paris, LGDJ, 1998, p.19
[492] Ibidem
[493] F. ROBBE, « L'ouverture du marché de l'électricité et l'adaptation du service public », *CJEG*, 2000, p. 226

territoriales de la concession, soit au-dessus, soit au-dessous des voies publiques et de leurs dépendances, tous ouvrages nécessaires à la distribution publique de l'énergie électrique. » En d'autres termes, il ressort de la rédaction de cet article que le renforcement, le renouvellement, l'entretien et la réparation du réseau sont des droits et non pas des obligations à la charge du concessionnaire. Or, le principe de continuité devrait conduire l'autorité concédante à inclure cette obligation dans le contrat. Dès lors, une question se pose : l'obligation d'assurer la continuité du service public par l'entretien du réseau, son renforcement… est-elle à la charge du concessionnaire ou de l'autorité concédante ? Cette dernière peut-elle contraindre son concessionnaire à entretenir le réseau ? Le quatrième alinéa de l'article 2 du modèle de cahier des charges nous donne un élément de réponse. Faisant implicitement référence à cette obligation, il énonce que « les circuits aériens d'éclairage public situés sur les supports du réseau concédé et les circuits souterrains inclus dans les câbles dudit réseau, ainsi que les branchements qui en sont issus font également partie des ouvrages concédés. Leur maintenance et leur renouvellement sont à la charge du concessionnaire ; leur établissement et leur renforcement sont à la charge de la collectivité intéressée. » Le dernier alinéa de l'article 6 précise, quant à lui, que « lorsqu'à l'initiative de la collectivité intéressée, le concessionnaire exécutera des travaux sur les ouvrages concédés visés au 4e alinéa de l'article 2, cette collectivité en supportera la charge financière. » Aussi, l'autorité concédante semble-t-elle se trouver en mesure d'imposer à son concessionnaire d'exécuter des travaux d'entretien et la de maintenance du réseau. Elle devra, en revanche, en assumer la charge. Les collectivités territoriales sont maîtres d'ouvrage des réseaux et, en particulier, de leur renforcement et de leur extension. Selon Jean-François Auby, c'est « dans les travaux, plus que dans la gestion, qu'elles exercent un certain pouvoir. »[494]

Certaines dispositions du cahier des charges permettent ainsi d'assurer la continuité du service public. Toutefois, cette obligation ne figure pas clairement dans le modèle de cahier des charges, les éléments permettant d'y satisfaire étant répartis entre l'autorité concédante et son concessionnaire. Le modèle de cahier des charges pour la concession d'une distribution publique de gaz, tout comme celui de la distribution d'électricité, ne fait pas explicitement référence au principe de continuité. Il prévoit, en revanche, une répartition des tâches entre le concessionnaire et l'autorité concédante s'agissant des travaux devant être réalisés sur le réseau. Au titre de l'article 12.1, le renforcement, le renouvellement, la maintenance et la mise

[494] J.F. AUBY, *Les services publics locaux*, PUF, précité, p. 84

en conformité avec les règles techniques sont à la charge du concessionnaire. A titre indicatif, le rapport Cour des comptes de 2001 relève qu'en matière électrique, « dans les communes dites urbaines, la maîtrise d'ouvrage de tous les travaux est assurée par le concessionnaire (EDF ou DNN), tandis que dans les communes dites rurales, elle reste confiée au concédant pour tous les travaux d'extension, de renforcement ou d'enfouissement du réseau. » Ces communes étant, à ce titre, éligibles aux aides du FACE.[495]

258. Les lois relatives à la libéralisation du secteur énergétique n'ont pas modifié les prérogatives des autorités concédantes s'agissant de la continuité du service public. Bien que le respect du principe de continuité soit réaffirmé au quatrième alinéa de l'article 1er de la loi du 10 février 2000, cette dernière ne contient aucune disposition propre à renforcer le pouvoir de l'autorité concédante au titre de son rôle de garante du respect du principe de continuité par le concessionnaire. La situation reste donc figée en ce qui concerne l'implication des collectivités concédantes s'agissant de la gestion des biens attachés au service.

259. Un second aspect du principe de continuité n'a absolument pas, lui non plus, évolué, il s'agit du rôle des collectivités concédantes s'agissant de l'organisation du droit de grève. Les récentes lois relatives au changement de statut et surtout, à la privatisation de Gaz de France aurait cependant pu en être l'occasion.

3) Un rôle effacé s'agissant de la réglementation du droit de grève

260. L'obligation de continuité implique la soumission du personnel à des astreintes mais elle doit également, comme pour tous les services publics, être conciliée avec l'exercice du droit de grève. La décision Dehaene du Conseil d'Etat indique qu'il revient en principe au législateur de concilier ces deux exigences en réglementant le droit de grève[496]. Aussi, comme la plupart des agents du service public, les personnels des industries électriques et gazières disposent-ils du droit de grève. Il convient dès lors de rechercher si, en leur titre d'autorités concédantes, les collectivités locales peuvent être compétentes pour réglementer ce droit. La

[495] Rapport de la Cour des Comptes, 2001, p ; 730
[496] CE 7 juillet 1950, Dehaene, *GAJA*, 15ème édition, n°65

privatisation imminente de Gaz de France impose d'envisager séparément la réglementation du droit de grève dans le secteur électrique et dans le secteur gazier.

a. Considérations d'ordre général

261. En matière électrique et gazière, il existe un statut particulier du personnel de ces industries[497] d'application très large puisque y sont soumis l'ensemble des personnels de « l'industrie électrique et gazière », qu'ils concourent aux activités de production, de transport et de distribution[498] et ce, quelle que soit l'entreprise à laquelle ils appartiennent. En d'autres termes, ce statut s'applique aux personnels d'EDF et de GDF[499] mais également à celui des régies et autres distributeurs non nationalisés. Cependant, ce statut ne prévoit pas de réglementation du droit de grève dans le secteur énergétique. Il est, en conséquence, nécessaire de rechercher dans d'autres textes s'il existe une réglementation du droit de grève dans le secteur énergétique.

262. Il apparaît tout d'abord qu'au titre du droit de grève dans les services publics, le droit de grève des agents de distribution est réglementé par certaines dispositions législatives du code du travail. Il ressort des dispositions des articles L.521-2 et L.521-3 dudit code que les agents publics, les personnels des organismes chargés de la gestion d'un service public, lorsqu'ils font usage du droit de grève, la cessation concertée du travail doit être précédée d'un préavis de cinq jours francs avant le déclenchement de la grève dans lequel sont précisés les motifs du recours à la grève. En dehors de ces dispositions d'ordre général, il apparaît qu'aucune disposition législative ne vient encadrer le droit de grève des agents du secteur énergétique et, en particulier des agents chargés de la distribution. Pour autant, ce droit de grève doit impérativement être réglementé. Dans le cas contraire, si son exercice venait contrarier le principe de continuité, la responsabilité de l'administration pourrait être

[497] Issu du décret n°46-1541 du 22 juin 1946 approuvant le statut national du personnel des industries électriques et gazières.
[498] La fourniture entrait incontestablement, jusqu'à sa libéralisation, dans le champ d'application de ce statut. En effet, avant l'ouverture du secteur à la concurrence, cette activité faisait partie de la distribution, elle en est maintenant indépendante.
[499] La loi du 10 février 2000 n'a pas remis en cause ce statut. En conséquence les opérateurs privés y étant soumis, la récente privatisation de G.D.F. ne semble pas avoir une quelconque incidence sur l'application de ce statut.

engagée[500]. L'administration responsable étant la collectivité concédante, cette dernière peut-elle se substituer au législateur afin de le réglementer ? Il ressort de l'arrêt Dehaene que le législateur n'est pas le seul à pouvoir intervenir puisqu'en l'absence de loi il énonce qu'il « appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations. » Cette compétence supplétive du pouvoir réglementaire a été élargie par le Conseil d'Etat qui a successivement admis qu'interviennent pour réglementer le droit de grève dans les services publics les ministres pour leur service[501], les responsables des services publics personnalisés[502], les chefs de services[503] ainsi que les directeurs sectoriels pour les mesures d'organisation propres à leurs services[504]. D'une manière générale, la doctrine semble considérer que la jurisprudence Dehaene a reconnu « aux autorités hiérarchiques la possibilité de limiter la grève de leurs personnels »[505]. En conséquence, c'est à juste titre que Jacques Fialaire considère que « cette prérogative revient donc aux autorités locales et aux directeurs d'établissement public qui détiennent un pouvoir réglementaire d'organisation de leur service. »[506] Tel est, en effet, ce qui ressort de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 juillet 1965 Pouzenc[507] . Cependant, cette jurisprudence n'est pas, en tout état de cause, transposable au service public de la distribution d'énergie dans la mesure où le schéma mis en place par la loi de 1946 implique à la fois une autorité locale et un établissement public national. En conséquence, jusqu'à la loi du 9 août 2004, deux autorités concurrentes étaient, en théorie, compétentes pour réglementer le droit de grève. EDF et GDF ayant changé de statut[508], doit-on en déduire que ce conflit n'a plus lieu d'être et qu'il revient de facto à l'autorité concédante de réglementer le droit de grève ? Peut-il être sérieusement envisagé qu'une commune puisse intervenir sur le statut des agents d'EDF et de GDF ? Selon Stéphane Braconnier, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat du 21 décembre 1906, Syndicat

---

[500] Voir sur ce point CE, ass. 13 février 1942 Commune de Sarlat, rec. p. 49
[501] CE 18 mars 1956, Hublin, *AJDA*, 1956, II, 222, chronique de MM. Fournier et Braibant
[502] CE 7 janvier 1976, CHR d'Orléans, *AJDA*, 1976, p. 576
[503] CE 19 janvier 1962, Bernardet, *Dalloz*, 1962, p. 202 note G. Leclercq
[504] CE 17 mars 1997, Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière, *CJEG*, 1997, p. 264, Conclusions du Commissaire du gouvernement Combrexelle
[505] J.M. AUBY, J.B. AUBY, D. JEAN-PIERRE et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 2002, p. 524
[506] J. FIALAIRE, *Le droit des services publics locaux*, précité, p. 21
[507] CE 9 juillet 1965, Pouzenc, rec. p. 421
[508] En application du décret 2004-1224 du 17 novembre 2004, EDF est effectivement devenue une société anonyme le 20 novembre 2004. c'est en application du décret 2004-1223 du 17 novembre 2004 que GDF est également devenue une société anonyme.

des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Séguey-Tivoli que « lorsque le service public est géré sous la forme d'une délégation de service public, l'usager est […] fondé à demander à l'autorité délégante qu'elle exige de son délégataire le respect de la continuité du service public ». Cela implique-t-il de reconnaître à l'autorité délégante un pouvoir de réglementation du droit de grève au sein de l'entreprise délégataire ? Andrée Coudevylle considère qu'il ressort des arrêts Bernadet[509] et Dehaene[510] que « l'Etat, par voie réglementaire ou par voie de circulaire ministérielle et le chef de service c'est-à-dire en l'espèce le concessionnaire, peuvent interdire la grève à certaines catégories d'agents occupant des emplois indispensables à la continuité du service. »[511] Son interprétation de ces jurisprudences ne correspond pas à celle du Conseil d'Etat qui nuance sa position et opère une distinction selon que le service public est délégué à une personne publique ou à une personne privée. En effet, les sections des travaux publics et sociale réunies du Conseil d'Etat, ont, dans un avis du 22 juin 1978[512], affirmé que « sauf disposition législative particulière, l'autorité compétente pour fixer ces limitations est celle qui a le pouvoir de réglementer l'organisation du service en vue d'en assurer le fonctionnement régulier. Lorsque ce service est concédé […] à une entreprise privée, ce pouvoir appartient, sauf texte particulier, à l'autorité concédante. » Il est, par conséquent, nécessaire de distinguer le cas des personnels appartenant à des entreprises publiques de ceux des personnels appartenant à des entreprises privées.

b. La réglementation du droit de grève des agents de la distribution au sein des entreprises publiques

263. Malgré son changement de statut, Electricité de France demeure une entreprise publique dans la mesure où 84, 40% de son capital est détenu par l'Etat. En conséquence, la solution issue l'avis du Conseil d'Etat du 22 juin 1978 ne peut s'appliquer à la réglementation du droit de grève au sein de cette entreprise. L'électricité étant un bien nécessaire, plusieurs textes sont intervenus, réglementant indirectement l'exercice du droit de grève au sein de l'industrie électrique. Tout d'abord, l'arrêté du 5 juillet 1990 du ministre de l'industrie et de l'aménagement du territoire fixant les consignes générales de délestages sur les réseaux

[509] CE 19 janvier 1962, Bernadet, rec. p. 426
[510] CE 7 juillet 1950, Dehaene, *RDP*, 1950, p. 691, Conclusions Gazier, note Waline.
[511] A. COUDEVYLLE, *Les concessions de service public des collectivités locales*, Paris, Sirey, 1986 p. 105
[512] Avis n° 322931 publié sur le site du Conseil d'Etat

électriques prévoit que « lorsqu'il apparaît que l'alimentation en électricité est de nature à être compromise […] la satisfaction des besoins essentiels de la nation est assurée par le maintien d'un service prioritaire, compte tenu des obligations résultant des accords entre réseaux… »[513]. Cet arrêté prévoit que son exécution revient au directeur du gaz, de l'électricité et du charbon. Cependant, il ne doit pas, selon le Conseil d'Etat, être entendu comme réservant la compétence de la réglementation du droit de grève au ministre de l'industrie dans la mesure où « cet arrêté ministériel ne constitue pas une réglementation du droit de grève des agents d'Electricité de France, mais se borne à définir le service minimum qui s'impose à l'établissement public en toute circonstance »[514] c'est-à-dire essentiellement mais pas exclusivement en cas de grève. Aussi, le commissaire du gouvernement Combrexelle considère-t-il qu' « en cela, ces arrêtés n'ont ni pour objet, ni pour effet de dessaisir les dirigeants d'EDF de leurs compétences en matière de définition des modalités d'exercice du droit de grève. »[515] En conséquence, dans son arrêt du 17 mars 1997 Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière, le Conseil d'Etat a jugé que « le directeur de la direction ' EDF-GDF services ' en agissant par délégation du directeur général d'EDF, pouvait, sans excéder sa compétence, édicter des règles applicables en cas de grève, aux agents placés sous son autorité. »[516] Aussi ressort-il nettement de cette décision que l'autorité compétente pour réglementer le droit de grève au sein d'EDF est son Président directeur général[517] et, le cas échéant un directeur de service de cette entreprise. Cependant, EDF n'étant plus un établissement public, mais une société anonyme, cette jurisprudence peut-elle continuer à s'appliquer ? Dans leur ouvrage Grands services publics, Claudie Boiteau, Hélène Pauliat et Jean-François Lachaume écrivent à propos de la décision Dehaene, que « Cette solution est audacieuse, mais […] est réaliste, car ce sont les autorités qui sont placées au plus près de la grève et des grévistes qui sont les plus aptes à la concilier avec le principe de continuité. » Dans le cas de la distribution d'électricité,

---

[513] L'arrêté fixe une liste des usagers devant bénéficier de ce service prioritaire. Doivent ainsi être alimentés au titre de ce service prioritaire diverses structures au nombre desquelles comptent, les hôpitaux, les cliniques, certains laboratoires, certaines installations de signalisation et d'éclairage de la voie publique…

[514] CE 17 mars 1997 Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière, *CJEG*, 1997, p. 271

[515] Conclusions du commissaire du gouvernement Combrexelle sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 mars 1997 Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière, *CJEG*, 1997, p. 266

[516] CE 17 mars 1997 Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière, *CJEG*, 1997, p. 271

[517] EDF compte actuellement à sa tête un Président directeur général, trois directeurs généraux délégués et sept directeurs généraux adjoints.

qui doit, dès lors, être considéré comme l'autorité la plus proche des agents ? Le chef de service ou l'autorité concédante ? A priori le chef de service. Cependant, ce dernier n'a qu'une compétence subsidiaire, il ne s'agit que de pouvoir de substitution. Si cette conception est en accord avec la jurisprudence Pouzenc[518] selon laquelle la possibilité de limiter le droit de grève des personnels des industries électriques et gazières revient aux autorités locales et aux directeurs d'établissements publics qui détiennent un pouvoir réglementaire d'organisation de leur service, il est essentiel de ne pas oublier qu'elle ne lui était conforme que dans la mesure où Electricité de France était encore un établissement public.

En outre, aucune disposition relative aux agents des entreprises de distribution quelles qu'elles soient ne figure dans le modèle de cahier des charges de la distribution publique d'électricité et de gaz.

264. En tout état de cause, dans la mesure où la distribution d'énergie électrique demeure un monopole d'ERDF[519], il semble pertinent de ne pas bouleverser le mode d'organisation du secteur. En outre, un minimum d'unité s'agissant de la réglementation du droit de grève dans le cadre du service public de la distribution d'électricité doit être respecté ce qui ne saurait être le cas si les agents d'EDF ou de GDF – c'est-à-dire d'une même entreprise – étaient soumis à une réglementation différente selon la commune dans la quelle ils interviennent.

Dès lors, s'il ressort de ces considérations que la collectivité concédante de la distribution d'électricité n'occupe qu'une place relativement restreinte s'agissant de la conciliation du principe de continuité et du droit de grève, il en ressort également qu'il pourrait difficilement en être autrement. Il est, en effet, opportun de réserver cette compétence au pouvoir réglementaire de dirigeants de l'entreprise publique chargée de la gestion d'un SPIC afin d'assurer une certaine cohérence.

265. Quoi qu'il en soit, « dans le cas où la grève met en péril l'ordre public, ou la sécurité des personnes ou des biens, les maires disposent également, sur la base des pouvoirs généraux de police qui leurs sont reconnus par l'article L. 2212-2 5° du Code général des collectivités territoriales de la possibilité de réquisitionner les grévistes. »[520] Attention

[518] CE 9 juillet 1965, Pouzenc, rec. p. 421
[519] Filiale à 100% d'EDF.
[520] J.M. AUBY, J.B. AUBY, D. JEAN-PIERRE et A. TAILLEFAIT, précité, p. 525

cependant, dans le cadre d'une délégation, le pouvoir de police ne doit pas être utilisé de façon telle que le délégant se substitue en réalité au délégataire. C'est ce qu'a indiqué le Conseil d'Etat dans une décision du 30 juin 1905, Compagnie des tramways de Paris et du département de la Seine[521].

266. Alors qu'EDF est encore, une entreprise publique GDF, est devenue, suite à sa fusion avec Suez, une entreprise privée[522]. Il apparaît par conséquent nécessaire d'envisager séparément la réglementation du droit de grève en son sein et de rechercher si le caractère privé de l'entreprise est de nature à modifier le rôle de l'autorité concédante en la matière.

c- La réglementation du droit de grève des agents de la distribution au sein des entreprises privées

267. Andrée Coudevylle considère que le personnel d'une concession « dépend d'une personne privée chargée d'exécuter un service public. Il est donc soumis au droit commun du travail (Code du Travail et lois sociales) même lorsque ce personnel bénéficie d'un statut annexé au cahier des charges. En effet, nous savons que les personnels de certaines grandes concessions sont soumis par les pouvoirs publics à un statut réglementaire. »[523] Et Andrée Coudevylle, de citer l'exemple d'EDF et de GDF. Dès lors que GDF devra être considérée comme une entreprise privée « classique » , la solution des sections des travaux publics et sociale devrait trouver à s'appliquer s'agissant de la distribution du gaz, d'autant plus que le plan de desserte gazière a vocation à ouvrir quelque peu la distribution du gaz à la concurrence. A priori, cependant, cet avis ne connaît pas d'application concrète.

268. Dans les entreprises chargées de la gestion d'un service public le droit de grève peut être réglementé par tout chef de service, y compris le chef de service au sein d'une entreprise privée. C'est ce qui semble ressortir de la décision de section du Conseil d'Etat du

---

[521] CE 30 juin 1905, Compagnie des tramways de Paris et du département de la Seine, rec. p. 608. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a annulé un acte du préfet de police de Paris agissant en sa qualité d'autorité de police, non en sa qualité d'autorité délégante au motif que « si les textes […] donnent au préfet de police le droit de prescrire aux concessionnaires de tramways de réduire la durée du stationnement de leurs voitures sur la voie publique eu temps strictement nécessaire pour les besoins du service, aucune disposition de loi ou de règlement ne l'autorisait à se substituer à la Compagnie requérante pour arrêter les dispositions propres à assurer l'exécution d'une prescription de cette nature ».

[522] La fusion a eu lieu le 22 juillet 2008.

19 janvier 1962 Bernardet[524]. L'application combinée des jurisprudences Dehaene et Magnier[525] va dans ce sens. En effet, en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat Magnier du 13 janvier 1961, les organes dirigeants d'une entreprise privée disposent d'un pouvoir réglementaire dans le cadre de l'organisation du service public industriel et commercial dont ils ont la charge. La combinaison de cette jurisprudence avec la jurisprudence Dehaene nous conduit à confirmer qu'en cas d'absence de réglementation par le législateur, il revient au chef de service de réglementer le droit de grève en son sein.

269. Si les collectivités concédantes sont amenées à jouer un rôle extrêmement variable s'agissant de la protection du principe de continuité, leur pouvoir de modification unilatérale du contrat leur permet, en revanche, de s'impliquer efficacement s'agissant du respect du principe de mutabilité, bien que les lois relatives à la libéralisation du secteur n'aient pas modifié l'état du droit existant.

B- Le statu quo du rôle des collectivités concédantes s'agissant du principe de mutabilité

270. Le principe de mutabilité[526] du service public s'analyse « en la nécessité de faire évoluer les services publics, dans leur organisation et leur fonctionnement, de telle façon, qu'à tout moment, ils se rapprochent de la satisfaction de l'intérêt général, d'une efficacité maximum dans le respect du droit en vigueur. »[527] Il « exige de la part du gestionnaire du service public qu'il recherche la fourniture du meilleur service qui, dans le domaine industriel,

---

[523] A. COUDEVYLLE, *Les concessions de service public des collectivités locales*, précité, p. 103
[524] CE 19 janvier 1962 Bernardet, *D*. 1962, p. 202
[525] CE sect. 13 janvier 1961 Magnier, RDP 1961, p. 155, conclusions Fournier
[526] Ce principe connaît une dénomination différente selon les auteurs : certains parlent de principe d'adaptation constante, de principe d'adaptabilité, de principe de fonctionnement efficace, termes dont il semble opportun de les considérer comme des synonymes. Il convient néanmoins de préciser que certains auteurs tels que J.P. Markus dans son article « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers » (*RFDA* 2001, p. 589) opèrent une distinction entre principe de mutabilité et principe d'adaptabilité. Il considère en effet que le principe d'adaptabilité désigne « la prérogative administrative tendant à modifier le fonctionnement du service public et à priver l'usager de tout droit acquis au maintien des services publics en l'Etat » alors que le principe d'adaptabilité constitue « l'autre versant » du principe, « tendant à conférer à l'usager, dans certains cas, un droit à des services publics de qualité, c'est-à-dire répondant à l'évolution des techniques et des modes de vie. » Il nous semble plus pertinent de considérer que ce même principe, quelle qu'en soit sa dénomination comprend ces deux aspects animés par une finalité identique : la satisfaction de l'intérêt général.
[527] J.F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, *Grands services publics*, précité, p. 310

bénéficie des progrès de la technique ». En conséquence, le principe de mutabilité peut « être opposé aux exploitants du service public pour qu'eux-mêmes s'adaptent aux évolutions, ou aux usagers qui ne peuvent se prévaloir d'une quelconque intangibilité du service public. »[528] Selon Jacques Fialaire[529], la collectivité concédante dispose d'un réel pouvoir dans la mesure où elle peut modifier elle-même certaines dispositions réglementaires relatives à l'organisation du service public, qu'il s'agisse de la modification d'actes administratifs unilatéraux ou des clauses réglementaires des contrats de gestion du service public[530]. Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration contractante peut, en conséquence, pleinement jouer, tant, sur le plan technique et technologique (2), que sur le plan de la réglementation du service (1).

1) Mutabilité dans la réglementation du service public de la distribution d'énergie

271. Si la suppression d'un service public est une des conséquences de l'application du principe de mutabilité, ses implications « positives » ne doivent pas être ignorées. En effet, « parfois, le montant des prestations prévues à l'origine par le cahier des charges s'avère insuffisant par suite de l'augmentation du nombre des usagers. La question se pose alors au juge de savoir si l'autorité concédante a ou non le droit d'exiger de son concessionnaire la fourniture de prestations nouvelles pour faire face aux besoins accrus du public. »[531] Il se peut qu'une telle évolution ait été prévue dans le contrat de concession. Dans ce cas, le concessionnaire ne pourra s'opposer à une augmentation de sa charge. Cependant, la difficulté vient de l'exécution de contrats de concession dans lesquels une telle évolution n'a pas été envisagée puisque, dans ce cas, l'autorité concédante ne peut se fonder sur aucune disposition contractuelle pour imposer une augmentation du volume de ses prestations à son concessionnaire. A priori, la jurisprudence Compagnie générale française des tramways semble reconnaître le droit, à l'autorité concédante, de modifier unilatéralement un contrat de concession afin d'alourdir les charges du concessionnaire. En effet, dans cette espèce, le Conseil d'Etat, a jugé que le préfet avait pu, sans outrepasser la limite de ses pouvoirs,

---

[528] Y. DELAIRE, *La délégation des services publics locaux*, précité, p. 54
[529] J. FIALAIRE, *Le droit des services publics locaux*, précité p. 24
[530] Voir sur ce point CE, 11 juillet 1941, Hôpital de Chauny rec. p. 129
[531] J. DUFAU, *Les concessions de service public*, précité, p. 125

modifier unilatéralement une disposition contractuelle et augmenter le nombre de rames en service. Il doit cependant être précisé que si aucune disposition contractuelle ne prévoyait une telle évolution, le règlement d'administration publique du 6 août 1881 énonçait le droit de l'administration « non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires, pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service. » Ainsi, le Conseil d'Etat reconnaissait ici pour la première fois de façon explicite le pouvoir de modification unilatérale d'un contrat par l'Administration mais le doute restait permis quant aux conditions d'exercice de ce pouvoir. Devait-il nécessairement être fondé sur un texte ? Le Conseil d'Etat n'a pas immédiatement tranché cette question. Il ressort de plusieurs décisions relatives à la distribution d'électricité qu'en l'absence de texte ou de stipulation contractuelle le permettant, l'autorité concédante, ne pouvait imposer un alourdissement des prestions à la charge du concessionnaire. Ainsi, dans une décision du 26 mars 1926, Société d'électricité de la Vallée du Rhône[532], il a refusé le droit à l'autorité concédante d'augmenter unilatéralement le volume des prestations à la charge du concessionnaire. En l'espèce, dans le contrat de concession, le concessionnaire s'engageait à alimenter « jusqu'à concurrence de 800 lampes et 16 bougies à toute demande qui lui serait adressée par les particuliers sur le parcours du réseau de distribution. » Alors que l'autorité concédante lui avait demandé de desservir de nouveaux usagers, le Conseil d'Etat a jugé que le concessionnaire n'était pas tenu d'admettre de nouveaux abonnés dans la mesure où il avait déjà mis en service un nombre de lampes égal et même supérieur à celui prévu dans le contrat et qui constituait la limite de ses obligations.

272. Le Conseil a continué à juger ce type de litiges en ce sens et refusait les augmentations unilatérales des charges du concessionnaire décidées par l'autorité concédante semblant ainsi exclure définitivement tout pouvoir de modification unilatérale de l'administration contractante en l'absence de disposition textuelle[533]. Cette jurisprudence relativement constante à conduit certains auteurs à considérer que le pouvoir de modification unilatérale de l'administration ne pouvait être exercé qu'en vertu de textes spéciaux[534]. Le

---

[532] CE 26 mars 1926, Société d'électricité de la Vallée du Rhône, rec. p. 37

[533] Dans un arrêt du 21 mai 1930, Société d'études et d'exploitation des Forces motrices de la Montagne Noire (rec. p. 529), le Conseil d'Etat a jugé que les obligations du concessionnaire étaient limitées à ce qui avait été prévu par le contrat de concession.

[534] Tel est le cas de M. L'Huillier, (*Dalloz* 1953, chr. P. 87) et M. Bénoit (*JCP* 1963, I, 1775). Allant dans le même sens, M. Dufau considère que le pouvoir de modification unilatérale de l'administration est conditionné par une « habilitation spéciale résultant d'un texte ou du contrat » (*Les concessions de service public*, Paris, Le Moniteur 1979, p. 125 s.).

doute n'est cependant plus permis. En effet, dans sa décision du 2 février 1983 Union des transports publics urbains et régionaux[535], le Conseil d'Etat a permis à l'autorité concédante d' « apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services publics et à leurs modalités d'exploitation » et a considéré que l'administration s'était bornée « à faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs ». Il ressort de cette jurisprudence que le pouvoir de modification unilatérale de l'Administration peut s'appliquer même sans texte le prévoyant, à condition toutefois, de l'utiliser dans l'intérêt du public. Ce dernier n'est en aucun cas synonyme de maintien de l'activité. En effet, comme cela a déjà été évoqué, le principe de mutabilité peut fonder la suppression d'un service public. Dans ce cas, le principe de mutabilité ne sera pas perçu comme une garantie du bon fonctionnement des services publics. De telles modifications ne peuvent néanmoins être décidées que dans la mesure où elles sont motivées par des considérations d'intérêt général.

Sur ce point, l'ouverture du secteur à la concurrence n'a pas été à l'origine d'une quelconque évolution du rôle des collectivités concédantes. Le principe de mutabilité est réaffirmé par la loi du 10 février 2000 mais cette réaffirmation n'a pas modifié le rôle de l'autorité concédante en la matière.

273. Le second aspect du principe de mutabilité présente, pour les usagers, la garantie d'un service public performant. Il réside, en règle générale dans ce que nous avons dénommé « mutabilité technique et technologique ». Le même constat s'impose encore une fois : les lois relatives à la libéralisation du secteur n'ont pas renforcé le rôle des autorités concédantes.

2) Mutabilité technique et technologique de la distribution d'énergie

274. Jean Dufau considère que « l'autorité concédante ne peut pas imposer à son concessionnaire, par voie de décision unilatérale, des modifications dans les conditions d'organisation ou de fonctionnement du service concédé en prescrivant, par exemple, à son partenaire d'utiliser des techniques nouvelles, mieux adaptées aux besoins du public. »[536] Force est néanmoins de constater que le Conseil d'Etat a reconnu à l'autorité concédante de véritables prérogatives lui permettant de contraindre le concessionnaire à adapter le service

---

[535] CE, 2 février 1983 Union des transports publics urbains et régionaux, *RDP*, 1984, p. 212, note J.M. AUBY.
[536] J. DUFAU, *Les concessions de service public*, précité, p. 127

public conformément à ses exigences. C'est en effet ce qui ressort de la décision du Conseil d'Etat Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen : sans faire référence au principe de modification unilatérale de l'Administration[537], le Conseil d'Etat a élaboré une jurisprudence ayant « pour effet d'obliger le concessionnaire à adapter le service. »[538] Dans cette décision, conformément à ce qu'affirme Jean Dufau, le Conseil d'Etat ne reconnaît pas à l'autorité concédante le pouvoir d'imposer directement à son concessionnaire d'assurer l'éclairage au moyen de l'électricité. Il énonce cependant que la première peut concéder le service à un tiers « dans le cas où la compagnie requérante dûment mise en demeure refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier. » En d'autres termes, le concessionnaire ne dispose que du droit de se conformer aux exigences de l'autorité concédante au risque de perdre la concession du service public en cause en cas de refus.

275. Il importe néanmoins de remarquer que le pouvoir dont dispose l'autorité concédante comporte certaines limites. En effet, si en 1902 le Conseil d'Etat a reconnu à l'autorité concédante la possibilité d'imposer à son concessionnaire de passer de l'éclairage au gaz à l'éclairage à l'électricité, il n'en a pas jugé ainsi en 1910 dans une affaire relativement similaire. Il a considéré que lorsque le contrat de concession avait été passé à une époque où la substitution de l'électricité au gaz ne pouvait être raisonnablement envisagée, les parties avaient prévu que le seul procédé d'éclairage utilisé en cours de concession serait le gaz et qu'en conséquence, l'autorité concédante ne pouvait imposer l'éclairage à l'électricité[539]. Selon Jean Dufau cette différence de jurisprudence repose sur une distinction opérée par le Conseil d'Etat selon que le contrat de concession avait été conclu à une époque où « il n'était pas encore possible de transporter de l'énergie électrique à longue distance » ou à une époque où « l'électricité avait reçu des applications assez nombreuses et assez importantes pour qu'elle dût entrer dans les prévisions communes des parties »[540]. C'est seulement dans cas de figure que l'autorité concédante se trouvait en mesure d'imposer un passage du gaz à l'électricité à son concessionnaire.

---

[537] Ce principe ne sera expressément consacré qu'en 1910 par l'arrêt Compagnie générale française des tramways.
[538] Observations *GAJA*, 15ème édition, n°9, §2
[539] CE 11 novembre 1910 Cie du gaz de Longwy, rec. p. 766
[540] J. DUFAU, *Les concessions de service public*, précité, p. 128

276. D'une manière générale, la prise en compte des « progrès de la science » est un élément clé des concessions puisqu'elle peut justifier le non-renouvellement de la concession ou encore la résiliation de la concession avant la date normale d'expiration. Pierre Sablière note que « Cette solution est encore aujourd'hui consacrée par les traités de concession ». L'article 31.2 du modèle de cahier des charges prévoit en effet que « l'autorité concédante a la faculté de ne pas renouveler la concession si le maintien du service ne présente plus d'intérêt, soit par suite de circonstances économiques ou techniques de caractère permanent, soit parce que l'autorité concédante juge préférable d'organiser un service nouveau tenant compte des progrès de la science. L'autorité concédante doit notifier son intention de ne pas renouveler la concession un an au moins avant son expiration. L'autorité concédante pourra également, pour les mêmes motifs mettre fin à la concession avant la date normale d'expiration. Dans ce cas, elle devra procéder au rachat de la concession. »

277. Si la « querelle de l'électricité et du gaz » ayant caractérisé le début du XXe siècle est, depuis longtemps révolue, le principe de mutabilité trouve encore à s'appliquer sur un plan technique. L'enfouissement des lignes électriques en constitue une implication actuelle, très largement engagée sous l'impulsion des collectivités concédantes. Le concessionnaire, tout comme l'autorité concédante ne doit pas perdre de vue que « le droit commun en matière gazière est la prise en compte des intérêts des abonnés »[541]. Il ne peut en aller différemment en matière électrique. Or, l'enfouissement des lignes électriques est un facteur de robustesse, donc de sécurité et d'efficacité des réseaux – même s'il présente certains inconvénients tels qu'une accessibilité difficile en cas de dysfonctionnement ou une grande vulnérabilité aux glissements de terrain.

Depuis quelques années, le gouvernement a engagé une action en faveur de l'enfouissement des lignes électriques. Ainsi, il a été décidé de créer une section dédiée à la sécurisation au sein du fonds d'amortissement des charges d'électrification, dotée de 52 millions d'euros en 2006. En outre, le contrat de service public conclu le 24 octobre 2005 entre le Gouvernement et EDF prévoit qu'EDF identifiera les zones de fragilité sur les réseaux publics de distribution et proposera un programme adapté de traitement de ces zones. Il est,

[541] P. LOMBART, « Le régime juridique du transport et de la distribution du gaz », *CJEG*, 1989, p. 8

une fois de plus, surprenant de constater que le contrat de service public[542] conclu entre EDF et l'Etat se préoccupe de la distribution, comme si ce dernier était le garant de son bon fonctionnement[543]. Il se substitue ici, clairement aux autorités concédantes de la distribution. Il est ainsi regrettable qu'elles n'aient pas été associées à la conclusion d'un tel contrat. Un contrat comparable a été signé le 10 juin 2005 entre l'Etat et GDF.

278. Il ne fait aucun doute que si les collectivités territoriales ne sont pas les seules à veiller au respect des lois de Rolland, leur rôle devrait être fondamental, leur proximité les rendant particulièrement réactives et être les véritables garantes du bon fonctionnement des services publics offerts aux usagers. Force est toutefois de constater que l'ouverture du secteur à la concurrence n'a pas été l'occasion de renouveler le rôle des collectivités territoriales en la matière. Leurs prérogatives n'ont pas intrinsèquement changé. En revanche, certaines modifications du secteur énergétique ont eu des répercussions sur le rôle des collectivités territoriales en ce domaine, le respect du principe d'égalité en est l'exemple le plus caractéristique. Il convient toutefois de préciser que ces évolutions sont d'une ampleur relativement faible. En la matière, il apparaît que le garant des lois de Rolland n'est pas nécessairement l'autorité concédante, proche de l'usager mais l'autorité ayant commandé la passation de concessions, plus proche des entreprises concessionnaires.

279. Alors que s'agissant des prérogatives traditionnelles le rôle des collectivités concédantes n'a que très faiblement évolué, un renouveau du rôle des collectivités territoriales était attendu concernant l'organisation même du secteur énergétique. Le résultat s'avère finalement être relativement décevant quant au rôle que le législateur a effectivement entendu leur confier.

---

[542] Ce contrat de service public conclu le 24 octobre 2005 entre l'Etat et EDF en application de la loi du 9 août 2004 est consultable à l'adresse suivante : http://www.developpement-durable.gouv.fr/energie/electric/csp-contrat.pdf

[543] Le titre 2 du contrat est en effet conclu avec EDR Réseau Distribution et est intégralement consacré à la question de la distribution d'électricité.

Chapitre 2 : Des perspectives d'évolution limitées

280. De la même façon que les lois relatives à la libéralisation du secteur énergétique n'ont pas permis aux collectivités territoriales de recouvrer les prérogatives qui étaient les leurs avant la loi de nationalisation, les évolutions actuellement en cours ne nous laissent guère envisager de changement en ce sens. En effet, un mouvement en faveur d'une remise en cause des monopoles d'ERDF et de GRDF en matière de distribution se dessine (Section 1), laissant ainsi entrevoir le retour à un choix du concessionnaire par l'autorité concédante. Toutefois, l'environnement dans lequel il s'inscrit vient limiter considérablement la portée de cette mutation laissant ainsi difficilement entrevoir les possibilités d'un renforcement à venir du rôle des collectivités territoriales (Section 2).

Section 1 : Un mouvement en faveur d'une remise en cause des monopoles nationaux des distributeurs

281. Deux éléments vont dans le sens d'un assouplissement des monopoles d'ERDF et de GRDF. D'une part, le mouvement général de libéralisation du secteur énergétique susceptible, à terme de déboucher directement sur une libéralisation de la distribution (§1). D'autre part, depuis quelques temps, les juges communautaires et nationaux imposent la mise en concurrence des contrats de concession de distribution ce qui devrait aboutir, indirectement à une remise en cause des monopoles de ERDF et de GRDF (§2).

§1 : La place grandissante de la concurrence dans le secteur énergétique

282. Si la libéralisation de la distribution d'énergie nous paraît, à terme, pouvoir être envisagée, c'est tout d'abord, parce qu'elle s'inscrirait dans le cadre de la libéralisation du secteur énergétique commandée par le droit communautaire (A). Ensuite, la libéralisation de la distribution d'énergie nous paraît pouvoir être l'aboutissement du mouvement d'ouverture à la concurrence de la distribution de gaz, qui, bien qu'encore limité, est voué à évoluer (B).

A- Le mouvement de libéralisation du secteur énergétique

283. Il semble que le mouvement de libéralisation du secteur énergétique s'inscrive dans le cadre plus large de démantèlement des monopoles impulsé par le droit communautaire (1). Toutefois, ce mouvement n'impose pas la libéralisation de la totalité du secteur énergétique, le droit communautaire reconnaissant un certain nombre de dérogations à cette exigence globale de libre concurrence (2).

1) Une condamnation des monopoles par le droit communautaire

284. Les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) consacrent le principe de libre concurrence. Ainsi, l'article 106§1[544] énonce que les Etats membres doivent respecter la libre concurrence y compris « dans les domaines où ils pourraient être tentés d'y porter le plus atteinte »[545] et que « les Etats membres en ce qui concerne les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 18 et aux articles 101 à 109 inclus ». Il s'agit là de règles d'une portée très large dont l'application pouvait prêter à discussion, en particulier s'agissant des secteurs de l'électricité et du gaz. Ainsi, comme le remarque Christophe Lemaire, « aucune des règles relatives aux libertés de circulation, de prestation de services ou d'établissement, ou encore de celles relatives à la concurrence ne fut véritablement appliquée dans les secteurs concernés. Il est vrai qu'à l'époque des débats subsistaient, notamment sur la qualification de l'électricité et du gaz au regard des dispositions du traité. »[546] La question était alors de déterminer si l'électricité et le gaz étaient des marchandises au sens du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ce qui, en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes Costa contre Enel du 15 juillet 1965[547], impliquait l'application ou non de l'article 37 du traité[548]. Cette interrogation était d'autant plus justifiée que, dans un premier temps, la rédaction d'un chapitre consacré à l'énergie avait été envisagée sans,

---

[544] Ex-article 86§1 du Traité instituant la Communauté européenne
[545] J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, p. 130
[546] Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Tome 1, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p.29
[547] CJCE, 15 juillet 1965, Costa c. ENEL, aff. 6/64, Rec. p. 1141.
[548] Devenu article 43 du TFUE.

toutefois, aboutir. La commission a, par la suite, énoncé clairement que l'électricité était soumise aux dispositions du TFUE dans une décision du 16 janvier 1991[549], Ijssel Centrale. Dans cette affaire, elle a condamné les restrictions contractuelles d'export passées entre des sociétés d'électricité néerlandaises au motif qu'elles étaient excessives au regard de leur mission d'intérêt général. Par la suite, la directive n°93/38 du 14 juin 1993 relative aux « marchés de fourniture – secteurs classiques » est venue consacrer cette soumission de l'électricité et du gaz aux règles communautaires de la concurrence en faisant de la « fourniture d'énergie » une marchandise au sens du TFUE.

285. Selon Thierry Tuot, « l'adoption des premières directives, sur l'électricité et le gaz en 1996 et 1998, était l'application d'une stratégie claire, énoncée par l'Acte Unique de 1986 : l'achèvement du marché commun, concrétisé par un marché sur lequel pouvait s'exercer une concurrence pure et parfaite, passait par la fin des monopoles (autres que 'naturels', concernant les infrastructures) institués par les Etats aux temps héroïques du développement industriel, ceux des industries de réseaux, électricité et gaz, chemins de fer, télécommunications et services postaux. »[550] Par la suite, le Traité de Maastricht a renforcé les obligations liées au respect de la libre concurrence et a introduit un nouveau titre XII (devenu titre XV) relatif aux « réseaux transeuropéens » qui devait « contribuer à l'établissement et au développement de réseaux transeuropréens, notamment dans le secteur de l'énergie, en favorisant 'dans le cadre d'un système de marchés ouverts et concurrentiels […] l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux ainsi que l'accès à ces réseaux'.»[551]

Ainsi, l'électricité et le gaz ne font pas l'objet d'un régime dérogatoire et sont soumis aux règles communautaires de la concurrence ce qui semble, a priori, exclure la justification d'un maintien des monopoles dont jouissent EDF et GDF. Le droit communautaire reconnaît toutefois qu'il est possible, dans une certaine mesure, de déroger à cette règle.

2) L'existence de dérogations

---

[549] Dec. IV/32.732, JOCE n°L28, 2 février 1991, p. 32

[550] T. TUOT, « Les barricades mystérieuses : Quelques réflexions critiques sur l'ouverture à la concurrence des marchés du gaz et de l'électricité en France », CJEG, 2003, p. 607

286. La possibilité de déroger aux règles communautaires de la concurrence figure à l'article 106§2[552] du TFUE qui admet que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. » C'est sur le fondement de cet article que la Cour de justice des communautés européennes a jugé, dans une décision du 23 octobre 1997 Commission contre France[553] que le maintien des droits exclusifs reconnus à EDF et GDF en matière d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz étaient constitutifs d'une discrimination prohibée par l'article 37 du traité CE[554]. Condamnant, dans un premier temps l'existence d'un monopole, la Cour a reconnu, dans un second temps, que ces droits exclusifs entraient dans le champ de la dérogation de l'article 86§2 du traité CE. Une réserve doit toutefois être apportée, c'est en effet parce que la Commission n'a pas démontré en quoi les dispositions de l'article 86§2[555] n'étaient pas applicables aux monopoles d'EDF et de GDF que la Cour de justice a rendu un arrêt rejetant la requête de celle-ci. Ainsi, la Cour de justice n'a pas eu à se prononcer sur la licéité des droits exclusifs contestés. Il n'en demeure pas moins que dans cet arrêt, la Cour a condamné ces monopoles tout en reconnaissant la spécificité de la mission de service public confiée à EDF et GDF. Ainsi, le principe reste celui de l'interdiction des monopoles.

287. Le droit communautaire ne saurait cependant imposer un abandon systématique de tous les monopoles. En effet, les monopoles de réseaux peuvent difficilement être libéralisés[556]. Ainsi, la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996[557] a permis une libéralisation « ciblée » du secteur électrique. Par cette directive, le droit communautaire a imposé aux Etats membres la libéralisation des seules activités de production et de fourniture d'électricité ainsi que des monopoles d'importation et d'exportation. Une seconde directive relative à la

---

[551] Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Tome 1, précité, p. 30
[552] Ancien art. 86§2 du traité sur la Communauté européenne
[553] Affaire n° C-159/94
[554] Devenu article 43 du TFUE.
[555] Devenu article 106§2 du TFUE.
[556] Voir supra Titre 1, chapitre 1, n°45 et suivants.
[557] JOCE n° L. 27 du 30 janvier 1997

libéralisation du secteur gazier fut adoptée le 22 juin 1998[558] et a, de la même façon, libéralisé les activités de production et de fourniture de gaz naturel et démantelé les monopoles d'importation et d'exportation. En effet, comme le rappelle Francis Hamon, les monopoles naturels ne sont pas matériellement susceptibles d'être ouverts à la concurrence[559]. Or, le transport et la distribution de l'électricité et du gaz constituent de tels monopoles. « Dans le cadre d'une région ou d'une agglomération, le réseau, par l'intermédiaire duquel s'effectue l'essentiel de ces opérations doit normalement être unique, car son dédoublement pèserait lourdement sur les prix de revient, porterait atteinte à la qualité de l'environnement et poserait des problèmes de sécurité. »[560] Ainsi, la directive 96/92/CE n'impose pas la libéralisation de la distribution d'électricité. Elle organise cependant un accès des tiers au réseau destiné à permettre aux différents opérateurs et clients finals d'exercer les droits qui sont désormais les leurs. A la différence de la directive électricité, la directive 98/30/CE a ouvert, « par principe l'activité de distribution à la concurrence »[561] mais « autorise toutefois les Etats membres, répondant à un souhait de la France, à en limiter l'ouverture dans la mesure où cette exception est justifiée par l'accomplissement des obligations imposées dans un intérêt économique général »[562]. La France a ainsi choisi de ne pas libéraliser le transport et la distribution d'électricité et de gaz. Il apparaît toutefois de manière certaine que ces monopoles s'ils doivent subsister, devront, à terme, être conciliés avec une certaine introduction de concurrence dans les secteurs de la distribution, celle-ci ayant déjà connu quelques applications en matière gazière.

B- L'introduction de concurrence dans la distribution de gaz

288. Cette ouverture, bien qu'encore relativement limitée, s'est opérée en deux temps. Tout d'abord, l'élaboration d'un plan de desserte gazière a permis l'insertion d'une dose de concurrence dans le cadre de la passation des contrats de concession par certaines communes ne disposant pas encore de réseau de distribution (1). Ce plan de desserte a ensuite été

---

[558] Directive 98/30/CE du 22 juin 1998, JOCE, n°L.204 du 21 juillet 1998, p. 1
[559] F. HAMON, « Le marché intérieur de l'énergie : les directives électricité et gaz naturel », *précité*, p. 851
[560] F. HAMON, « Le marché intérieur de l'énergie : les directives électricité et gaz naturel », *précité*, p. 851
[561] S. NICINSKI et P. PINTAT, « La libéralisation du secteur gazier », *AJDA*, 2003, p. 224
[562] Ibidem

supprimé ce qui a eu pour conséquence d'étendre encore la mise en concurrence déjà existante (2).

1) Le plan de desserte gazière

289. La loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier a permis aux communes non encore desservies en gaz de recourir au distributeur de leur choix. Cette loi dont l'objet était de favoriser l'émergence de nouveaux distributeurs de gaz est le résultat d'une mise en demeure adressée à la France par la Commission européenne le 9 juin 1995 et dans laquelle elle énonçait que la loi de 1946 conduisait GDF à commettre des abus de position dominante dans la mesure où même si l'opérateur historique n'était pas en mesure de satisfaire la demande que présentait le marché pour des raisons de rentabilité, la loi empêchait d'autres opérateurs d'y répondre[563]. La loi de nationalisation du 8 avril 1946 plaçait ainsi GDF dans une situation contraire aux exigences l'article 106 du TFUE[564].

290. Dès 1994, le rapport Mandil[565] propose de « prévoir la faculté pour les communes ne disposant pas (et n'ayant jamais disposé) de distribution publique de gaz, de choisir, après consultation, entre GDF, une SEM, une régie voisine, ou la constitution d'une nouvelle régie. » Ainsi, « le choix du concédant potentiel pourrait donc se porter sur l'opérateur potentiel le mieux disant dans un souci d'utilisation optimale des moyens de la collectivité. La création de nouvelles régies serait ainsi légalisée. » Par la suite, une première disposition tente de mettre un terme à la contradiction existant entre le droit communautaire et le droit interne mais elle restera sans effet. Il s'agit de l'article 97 de la loi n° 96-314 du 12

---

[563] Cette mise en demeure énonce que la situation issue de la loi de 1946 « amène GDF a commettre des abus de position dominante, dès lors que l'établissement public n'est pas en mesure de satisfaire la demande, soit parce que les conditions de rentabilité pour GDF ne sont pas remplies, soit que GDF se propose de satisfaire la demande qu'à une échéance lointaine incompatible avec les souhaits exprimés par les communes, soit parce que l'établissement public n'est susceptible de procéder à un raccordement qu'à des conditions économiquement plus onéreuses, soit parce que techniquement, la solution est moins avantageuse et peut présenter des inconvénients pour les consommateurs et pour l'environnement. Or, il existe des opérateurs indépendants qui seraient techniquement et financièrement en mesure de répondre à la demande existante, mais qui ne peuvent le faire qu'en contrevenant à la législation française ». Cette mise en demeure est citée par M. Migaud dans le rapport n°781 du 25 mars 1998 relatif au projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, p.297

[564] Ex article 86 du TCE.

[565] Rapport sur la réforme de l'organisation électrique et gazière française, *CJEG*, 1994, p. 173

avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier énonçant que le monopole de distribution accordé à GDF n'interdit ni aux régies ni aux sociétés mixtes d'étendre leur activité aux communes connexes, dès lors que ces dernières ne disposent pas de réseau de gaz et que la rentabilité de l'investissement était suffisante. La détermination du seuil de rentabilité devait faire l'objet d'un décret en Conseil d'Etat qui ne fut jamais pris. En conséquence, cette disposition ne connaîtra pas d'application.

291. C'est finalement la loi du 2 juillet 1998 qui, par son article 50, permet l'instauration d'une légère concurrence dans le secteur de la distribution de gaz. Le plan de desserte a eu pour conséquence de permettre aux communes non encore alimentées en gaz de choisir leur concessionnaire de distribution de gaz dès lors que GDF n'était pas en mesure de les desservir. Ce plan était largement élaboré par le préfet puisqu'il lui appartenait – à la suite d'une instruction de leur demande réalisée par les Centres EDF GDF Services – de déterminer et de communiquer au ministre chargé de l'énergie la liste des communes répondant aux conditions de rentabilité fixées par le décret du 12 avril 1999 portant application de la loi du 2 juillet 1998[566] afin d'autoriser ou non leur inscription au plan de desserte gazière. Conformément aux dispositions de l'article 50 de la loi du 2 juillet 1998, le ministre chargé de l'énergie arrêtait le plan « au vu d'une étude d'incidence énergétique, après avoir vérifié sa cohérence avec les objectifs nationaux de politique énergétique, à savoir le respect des conditions de la concurrence entre énergies et le développement des énergies renouvelables ». Ce plan devait faire l'objet d'une révision tous les trois ans.

292. Ce n'est pas le plan de desserte gazière en lui-même qui a permis une certaine ouverture à la concurrence dans le secteur de la distribution de gaz mais les règles s'appliquant aux communes ne figurant pas dans ce plan. Ces dernières, tout comme celles n'ayant pas été desservies par GDF dans les trois ans se trouvaient alors libres de concéder la distribution de gaz à toute entreprise ou société d'économie mixte régulièrement agréée par le ministre chargé de l'énergie. Patrice Lombart[567], considérait alors que ce dispositif avait une double portée. En effet, il confirmait le monopole de GDF pour les concessions existantes

---

[566] JO n° 87 du 14 avril 1999 page 5483. Selon les termes de ce décret, « seules les communes dont l'étude de rentabilité fait apparaître un ratio au moins égal à zéro peuvent figurer dans le projet de plan de desserte gazière du département. »

[567] P. LOMBART, « Le service public du gaz sous les feux de l'actualité juridique », *AJDA*, 1998, p. 873

dans la mesure où les communes déjà desservies en gaz naturel ne pouvaient pas faire appel à un autre distributeur que lui lors du renouvellement des concessions. Ceci préservant, selon lui, l'essentiel du service public. Mais, d'autre part, il relevait qu'une ouverture était prévue, ce qui était ainsi de nature à satisfaire les instances communautaires. Ainsi, pour reprendre la distinction opérée par Christophe Lemaire[568], il était alors possible de distinguer quatre catégories de communes ayant le choix de l'opérateur avec lequel elles souhaitaient contracter. Tout d'abord, pouvaient choisir leur concessionnaire, les communes ayant délibérément refusé leur inscription au plan de desserte gazière, ensuite, les communes dont l'inscription au plan avait été refusée dans la mesure où elles ne remplissaient le critère de rentabilité, puis, les communes inscrites au plan dès lors que GDF n'avait pas engagé les travaux de desserte dans les trois ans. Enfin, une quatrième catégorie de communes pouvant choisir leur concessionnaire n'a jamais vu le jour. L'absence de publication du plan de desserte dans un délai d'un an à compter de la publication du décret du 10 avril 1999 « aurait rendu libres les communes de s'adresser au distributeur de leur choix »[569]. Cependant, cette situation ne s'est pas réalisée dans la mesure où le premier plan a été arrêté le 3 avril 2000 et publié le 11 avril de la même année.

La loi du 2 juillet 1998 a ainsi limité la portée du quasi-monopole dont bénéficiait GDF depuis la loi de nationalisation de 1946. Elle encadrait tout de même extrêmement strictement cette « entorse » au monopole de GDF dans la mesure où, si les communes non desservies étaient en mesure de choisir leur concessionnaire, elles ne pouvaient le faire que parmi les opérateurs agréés ; or, selon les termes de l'article 50 de la loi du 2 juillet 1998, « Pour être agréées comme opérateur de distribution, les sociétés concernées devront satisfaire aux conditions prévues par le quatrième alinéa de l'article 8 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée. » En conséquence, une participation de l'Etat ou d'un établissement public à hauteur de 30% dans l'entreprise était nécessaire pour que celle-ci obtienne l'agrément leur permettant de concurrencer GDF. Cette condition ayant pour effet de réduire singulièrement le nombre d'opérateurs susceptibles d'obtenir l'agrément ministériel a été largement critiquée. Christophe Lemaire[570] note deux séries de critiques à cette condition. Tout d'abord, était dénoncé « le caractère superfétatoire de l'obligation de participation publique, dans la mesure

---

[568] Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Tome 1, précité, p. 93
[569] Op. Cit., p. 94

où la procédure d'agrément était de nature à offrir des garanties suffisantes »[571], condition qui, en outre, rendait plus « délicate la desserte des communes par des sociétés étrangères possédant des canalisations à proximité de la frontière française »[572], celles-ci devant, dès lors, s'associer à l'Etat ou à un établissement public français. Etait également dénoncé le caractère limitatif des personnes susceptibles de participer à hauteur de 30% dans ces entreprises. En effet, seul l'Etat et les établissements publics étaient visés. Une participation de collectivités territoriales n'était pas, en conséquence, de nature à remplir la condition exigée pour l'obtention du précieux sésame. Ainsi, si certains distributeurs non nationalisés remplissaient les conditions exigées par l'article 8 de la loi de 1946, les régies municipales et les SICAE ne pouvaient prétendre à son obtention. Enfin, une dernière critique, tenant au renvoi même à l'article 8 de la loi de nationalisation, peut être formulée à l'encontre de cette condition. Cet article ne visait pas l'activité de distribution mais celle de production. Dès lors, il est pour le moins délicat de justifier cette volonté du législateur qui a, de cette façon, entendu soumettre les distributeurs à des conditions régissant le domaine de la production. Il aurait été plus cohérent d'opérer un renvoi – bien que celui-ci fut loin de s'avérer nécessaire – à l'article 23 de cette loi qui lui, visait expressément et uniquement la distribution d'électricité et de gaz et définissait le champ des distributeurs non nationalisés. Trop critiquée, cette condition a finalement vu sa portée largement limitée par l'article 4 de la loi MURCEF[573] qui en a supprimé l'obligation pour « les nouvelles distribution de gaz combustible hors réseau de transport ».

293. Ce dispositif permettant d'introduire une dose de concurrence en matière de distribution a été abrogé par la loi de programme fixant les orientations de la politique du 13 juillet 2005[574] – dite loi POPE –. Le principe du libre choix du concessionnaire n'a toutefois pas été remis en cause.

---

[570] Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Tome 1, précité, p. 94
[571] Ibidem
[572] Ibidem
[573] Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JO 12 décembre 2001, p. 19703
[574] Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005.

2) *La fin du plan de desserte gazière : le principe de la mise en concurrence des nouveaux contrats de concession*

294. La loi POPE du 13 juillet 2005 abrogeant l'article 50 de la loi du 2 juillet 1998 a modifié l'article 25-1 de la loi du 3 janvier 2003 qui dispose désormais : « Les communes ou leurs établissements publics de coopération qui ne disposent pas d'un réseau public de distribution de gaz naturel ou dont les travaux de desserte ne sont pas en cours de réalisation peuvent concéder la distribution publique de gaz à toute entreprise agréée à cet effet par le ministre chargé de l'énergie. Ces communes et ces établissements peuvent créer une régie agréée par le ministre chargé de l'énergie, avoir recours à un établissement de ce type existant ou participer à une société d'économie mixte existante. » La situation reste globalement identique dans ses conséquences, la seule différence notable étant que, désormais, le principe est plus simple à appliquer. Les communes ne disposant pas encore d'un réseau de distribution de gaz, sont toutes, par principe, en mesure de choisir leur concessionnaire.

Cette mise en concurrence des contrats de concession est néanmoins d'une mise en œuvre délicate. D'une part, les communes ont pris l'habitude, depuis 1946, de confier à l'opérateur historique les activités relatives au gaz. D'autre part, les dispositions législatives mettant en oeuvre cette ouverture à la concurrence sont empreintes d'une certaine ambiguïté. Désormais, il ressort en effet de l'article 25-1 de la loi du 3 janvier 2003 que les communes non encore desservies « peuvent concéder la distribution publique de gaz à toute entreprise agréée à cet effet par le ministre chargé de l'énergie. » Il semble s'agir d'une possibilité, non d'une obligation. Le doute reste toutefois permis. Dans une circulaire du 2 mai 2002 relative à l'extension de la desserte gazière dans les communes non encore desservies en gaz combustible[575], le ministre de l'Intérieur et le ministre de l'Economie, des Finances et de l'industrie ont indiqué aux préfets de département et aux Directions régionales de l'industrie, de la recherche et de l'environnement que « ces nouvelles modalités n'excluaient pas l'intervention de Gaz de France ou des distributeurs non nationalisés historiques sur les territoires des communes non encore desservies par un réseau public de distribution de gaz combustible. » Ils leur indiquaient cependant, de demander « même dans ce cas, de recourir à la procédure de publicité prévue par les dispositions de l'article L.1411-1 du CGCT. » Dans un jugement relativement frileux du Tribunal administratif de Caen Préfet de l'Orne contre

[575] http://www.industrie.gouv.fr/energie/gaz/pdf/circ_020502.pdf

Commune de Landisacq du 15 novembre 2005[576], le juge administratif a maladroitement appliqué cette circulaire en soumettant la passation de ces concessions aux règles énoncées aux articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

Dans cette espèce, une commune avait conclu une convention relative à la concession d'une distribution de gaz avec GDF le 15 novembre 2004 sans avoir procédé à une quelconque mesure de publicité ou de mise en concurrence préalable. Dans la mesure où, à cette date, GDF était encore un établissement public, les cocontractants pouvaient-ils se prévaloir de l'article L. 1411-12 du Code général des collectivités territoriales prévoyant une dérogation aux règles de passation des délégations de service public issues de la loi Sapin[577] ? Le Tribunal de Caen a considéré que « ces dispositions législatives ne pouvaient fonder l'octroi sans mise en concurrence d'une concession de distribution de gaz, sur le fondement du III de l'article L. 2224-31 du codé général des collectivités territoriales[578], dès lors que […] ces dispositions étaient devenues incompatibles avec les objectifs de non-discrimination de la directive du 26 juin 2003 ». Le tribunal administratif a ainsi considéré que l'illégalité résultait de la méconnaissance des obligations et des règles de mise en concurrence fixées par les articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales[579]. Ce jugement est critiquable en ce qu'il impose une soumission des passations de concession de service public aux règles de la loi Sapin alors que la directive du 26 juin 2003[580], si elle impose une mise en

---

[576] Tribunal administratif de Caen du 15 novembre 2005 préfet de l'Orne contre Commune de Landisacq, *BJCP*, 2006, n°45, p. 145 avec conclusions de Frédéric CHEYLAN.

[577] Ces dispositions actuellement codifiées à l'article L. 1411-1 du CGCT énoncent : « *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, […]Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat* ». L'article L.1411-12 dispose, quant à lui : « *Les dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-11 ne s'appliquent pas aux délégations de service public […] Lorsque ce service est confié à un établissement public et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement* ».

[578] Cet article disposait, dans sa rédaction alors applicable : « *Les communes qui ne disposent pas d'un réseau public de gaz naturel et qui ne figurent pas dans le plan prévu par l'article 50 de la loi n°98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ou dont les travaux de desserte n'ont pas été engagés dans le délai de trois ans, ou les établissement publics de coopération éventuellement compétents au titre de ces communes, peuvent concéder leur service public du gaz à toute entreprise ou société d'économie mixe régulièrement agrée* » .

[579] Le commissaire du gouvernement était allé encore plus loin dans la mesure où il considérait que l'illégalité résultait simplement de « l'absence de publicité et de mise en concurrence » imposée par la directive du 26 juin 2003. Cf. Conclusions de Frédéric CHEYLAN, sous le jugement du tribunal administratif de Caen du 15 novembre 2005 préfet de l'Orne contre Commune de Landisacq, *BJCP*, 2006, n°45, p. 145

[580] Alors même que cette directive n'avait pas encore fait l'objet d'une transposition.

concurrence des contrats de concession, n'impose pas le respect des règles de passation prévues par la loi Sapin.

295. La distribution de gaz, connaît ainsi une nette évolution. Cependant, la portée de ce mécanisme de mise en concurrence reste relativement faible dans la mesure où elle ne concerne que les cas d'établissement d'un réseau de distribution de gaz. En effet, il n'est prévu aucune mesure de mise en concurrence lors du renouvellement des concessions de distribution de gaz octroyées à GRDF. Le jugement du tribunal administratif de Caen s'inscrit toutefois dans le prolongement d'une jurisprudence communautaire qui, sans exiger clairement la libéralisation de la distribution d'énergie, semble imposer le respect de publicité et de mise en concurrence lors de la passation des contrats de concession.

§2 : Le développement de la soumission des contrats de concession aux règles de la concurrence

296. Malgré le dispositif mis en place par l'article 25-1 de la loi du 3 janvier 2003, le principe reste largement le maintien des monopoles – ou quasi-monopoles – de GRDF et de ERDF en matière de distribution. Cependant, si le législateur a légèrement infléchi sa position en la matière, l'absence de remise en cause du système actuel, ne nous semble plus justifiable au regard des règles relatives à la passation des délégations de service public de la loi Sapin (A). En outre, cette absence de remise en cause de la législation française pourrait se heurter à la jurisprudence communautaire qui, si elle admet l'existence de monopoles naturels, tend à imposer une certaine mise en concurrence lors de la conclusion des contrats de délégation de ce type de services publics (B) ce qui devrait naturellement conduire à une remettre en cause les droits des opérateurs historiques. La libéralisation du secteur ne saurait toutefois être totale. La distribution d'électricité comme celle du gaz étant un monopole naturel, une forme de monopole local devra nécessairement subsister (C).

A- La délicate justification des dérogations aux règles de passation des délégations de service public

297. Jusqu'alors, la protection des monopoles d'EDF et de GDF[581] venait de l'application des dérogations aux règles de passation des délégations de service public issues de la loi Sapin et permettant un renouvellement systématique des concessions au profit des opérateurs historiques. Cependant, depuis quelques temps, se pose la question légalité de l'application des telles dérogations. D'une part, depuis le 17 novembre 2004[582], GDF et EDF ont perdu leur qualité d'établissements publics ce qui empêche ainsi toute dérogation aux règles de passation des délégations de service public fondées sur ce motif. En outre, il n'est pas évident de considérer que ces entreprises bénéficient d'un monopole au titre de l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales[583].

298. Tout d'abord, la jurisprudence n'a pas précisé ce qu'il convenait d'entendre par ce terme. Il est en conséquence extrêmement délicat de savoir si ERDF et GRDF entrent dans cette catégorie. Ensuite, la notion de monopole au sens de cet article n'est pas non plus clairement définie par la doctrine. Certes, la majorité des auteurs parle de monopoles de la distribution d'électricité et de gaz, cependant, il serait incorrect de faire état d'un consensus à ce sujet. Ainsi, Laurent Richer écrit, à propos de la distribution d'électricité, que « depuis longtemps, la question de savoir si ce monopole en amont était conforme au droit communautaire était posée »[584]. En 2002, allant dans le même sens Martine Long écrivait :

---

[581] Depuis lors Devenus respectivement ERDF et GRDF

[582] Deux décrets en date du 17 novembre 2004 pris en application de la loi du 9 août 2004ont transformé EDF et GDF en sociétés anonymes en application de la loi du 9 août 2004. Il s'agit des décrets n°2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Electricité de France et n°2004-1223 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Gaz de France.

[583] L'article L. 1411-12 du CGCT dispose : « Les dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-11 ne s'appliquent pas aux délégations de service public :
a) Lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise ;
b) lorsque ce service est confié à un établissement public sur lequel la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ;
c) Lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par an. Toutefois, dans ce cas, le projet de délégation est soumis à une publicité préalable ainsi qu'aux dispositions de l'article L. 1411-2. Les modalités de cette publicité sont fixées par décret en Conseil d'Etat. »

[584] L. RICHER, « La distribution d'électricité dans le droit des concessions 1906-2006 », *précité*, p. 750

« Le secteur du gaz présente une particularité certaine. Le monopole du gaz ne concerne que le transport, le stockage et la distribution, l'importation et l'exportation »[585]. Cependant, certains auteurs ne reconnaissent pas la réalité de tels monopoles en matière de distribution. A titre d'exemple, Christophe Lemaire considère, au sujet de la distribution, que « bien que ne bénéficiant pas d'un monopole national, EDF et GDF dominent largement cette activité »[586]. Paul Lignières et Ruxandra Lazar estiment, quant à eux, que « le monopole sur la distribution dont bénéficient actuellement Gaz de France et les DNN pour les installations existantes est […] maintenu. »[587] Cette dernière acception du terme monopole nous semble ici maladroite dans la mesure où par définition, le terme ne peut viser qu'un seul opérateur. En effet, dès lors que plusieurs opérateurs se partagent un marché, il n'y a pas de monopole. Tout au plus y a-t-il oligopole.

299. Face à ses divergences, il nous semble nécessaire de rechercher si le terme « monopole » doit s'entendre strictement et ainsi n'être réservé qu'aux situations dans lesquelles un et un seul opérateur intervient sur un marché ou, plus souplement conformément à la définition qu'en donnait Eustache Pilon en 1898. Ce dernier considérait alors qu'un monopole existait « même dans le cas où la concurrence est simplement limitée. »[588] Dans son rapport relatif au secteur de l'énergie, Hervé Novelli a écrit – reprenant sur ce point un avis du Conseil d'Etat du 11 mai 2006 : « Le monopole de la distribution est théoriquement encore en vigueur, mais il est assorti de nombreuses exceptions, notamment au profit des distributeurs non nationalisés. »[589]. Quelques lignes plus loin, il concluait de cette façon : « Gaz de France n'exploite donc pas un monopole de fait au sens du Préambule de 1946. » Ainsi, il semble possible de considérer que le législateur français adopte une conception souple de la notion de monopole. Cependant, la conception qu'a Hervé Novelli du monopole est particulièrement ambiguë puisqu'elle fait référence à un monopole « assorti de nombreuses exceptions ». A partir de quel moment, la quantité d'exceptions est-elle telle qu'elle empêche la qualification de « monopole » ? Le législateur ne le dit pas. Cette

---

[585] Martine LONG, « Gaz », *Jurisclasseur Administratif*, fasc. 153, §26

[586] Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Tome 1, précité, p. 79

[587] P. LIGNIERE et R. LAZAR, « L'énergie en France qu 1er juillet 2007, hésitations autour de la délibération et de la privatisation », *DA*, 2007, Août-septembre, p.12

[588] E. PILON, *Les monopoles communaux, Eclairage au gaz et à l'électricité, distribution d'eau et de force motrice, omnibus-tramways*, Caen, Imprimerie Charles Valin, 1898, p. 13

[589] Rapport Novelli, AN, n°3277, p. 38

conception s'oppose toutefois à la doctrine communautaire qui adopte une vision stricte de cette notion. En effet, dans son glossaire élaboré par les services de la direction générale « Concurrence », la Commission européenne donne la définition suivante du terme « monopole » : « Situation d'un marché sur lequel il n'existe qu'un seul vendeur (monopoleur) qui, étant donné l'absence de concurrence, possède un pouvoir de marché extrêmement fort, équivalent à l'existence d'une position dominante.»[590] Une contradiction existe alors entre la conception française et la conception européenne. Selon la définition communautaire, ERDF et GRDF ne disposent pas de monopoles alors que selon le législateur français, GRDF – et par conséquent, ERDF se trouvant à ce titre dans une situation comparable – est considérée comme bénéficiant d'un monopole « assortit de nombreuses exceptions ».

300. Jusqu'à présent, nous avons utilisé ce terme conformément à une acception souple de la notion. Toutefois, il est nécessaire de rechercher la nature exacte des situations respectives d'ERDF et de GRDF. Depuis 1946, le nombre de distributeurs non nationalisés n'a pu augmenter dans la mesure où l'interdiction de création de nouvelles structures en charge de la distribution n'a jamais été remise en cause. Ainsi, si l'on considérait que EDF et GDF jouissaient de monopoles au lendemain de la loi de nationalisation, il serait logique, afin de rester cohérent de considérer qu'à l'heure actuelle, et dans la mesure où le nombre des concurrents d'ERDF et de GRDF en matière de distribution n'a pas évolué, ces monopoles perdurent. Il convient cependant, afin de constater l'existence ou non d'un monopole, de nuancer cette remarque au regard des perspectives d'évolution du marché de la distribution d'électricité et de gaz.

301. En matière gazière, une certaine concurrence existe d'ores et déjà[591] qui, si elle ne permet pas d'augmenter le nombre de distributeurs non nationalisés, est toutefois de nature à entraîner une limitation de la place qu'occupe GRDF sur ce marché. En effet, dès lors que les collectivités territoriales souhaitant se doter d'un réseau de distribution de gaz peuvent faire appel à un distributeur autre que l'opérateur historique pour assurer ce service, il devient difficile de continuer à parler de monopole à son sujet. En outre, les dernières tendances jurisprudentielles, qu'elles soient communautaires ou internes vont, si elles sont confirmées,

---

[590] Définition en ligne le 4 février 2008 sur le site europa.eu : http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/m_fr.html#t91

[591] Voir supra n°11 et suivants.

être de nature à diminuer le nombre de contrats de concession conclus avec l'opérateur historique. Ainsi, si la mise en concurrence s'impose lors du renouvellement des concessions, les collectivités concédantes vont être en mesure de ne pas renouveler les contrats de GRDF et ainsi de réduire la place qu'il occupe actuellement sur le marché de la distribution. La situation devrait être comparable s'agissant de l'électricité. Si le juge condamne l'absence de mise en concurrence lors du renouvellement des concessions de gaz, il sera certainement amené à agir de la même façon lorsqu'il sera question, devant lui, de distribution d'électricité. Dès lors, le terme « monopole » ne nous semble pas refléter la réalité du marché.

En conséquence, les dérogations aux règles de publicité et de mise en concurrence relatives à la passation des délégations de service public prévues par l'article L. 1411-12 du Code général des collectivités territoriales ne nous semblent plus pouvoir être appliquées lors de la conclusion ou du renouvellement de contrats de concession de distribution d'électricité et de gaz.

302. Dès lors que le droit français ne permet plus de déroger aux règles de passation des délégations de service public, il convient de rechercher si le droit communautaire permet de telles dérogations ayant pour effet de protéger les droits d'ERDF et de GRDF.

B- L'obligation de mise en concurrence des contrats de concession par le juge communautaire

303. Dans un arrêt du 21 juillet 2005 Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Commune di Cingia de'Botti[592], la Cour de justice des communautés européennes a clairement énoncé que lors du renouvellement des contrats de concession de distribution de gaz, une certaine mise en concurrence devait être assurée (1). La répercussion de cette jurisprudence sur le droit interne pourrait aboutir à une remise en cause des droits que détiennent EDF et GDF en matière de distribution (2).

1) La jurisprudence Coname

[592] CJCE, 21 juillet 2005, Aff. C-231/03, Consorzio Aziende Metano contre Comune di Cingia de'Botti

304. La jurisprudence communautaire considère traditionnellement que la « directive Services »[593] du 18 juin 1992 – soumettant la passation de marchés de services à une procédure d'adjudication – et que la directive « Secteurs spéciaux »[594] du 14 juin 1993 – imposant une procédure d'adjudication s'agissant de la passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications – ne s'appliquent pas aux concessions de service public. Ceci ressort de deux arrêts de la Cour de justice des communautés européennes.

Dans l'arrêt Telaustria et Telefonadress du 7 décembre 2000[595], la Cour a jugé que le contrat de concession conclu entre « d'une part une entreprise qui est spécifiquement chargée par la législation d'un Etat membre d'exploiter un service de télécommunication et dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics de cet Etat membre et, d'autre part, une entreprise privée, lorsque par ce contrat la première entreprise confie à la seconde la fabrication et la publication en vue de la diffusion au public de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique » est visé par la directive secteurs spéciaux. Un tel contrat est toutefois « exclu, au stade actuel du droit communautaire, du champ d'application de cette dernière, en raison du fait, notamment que la contre-prestation fournie par la première entreprise à la seconde consiste en ce que cette dernière obtient le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation. » La Cour de justice a néanmoins indiqué que cette exclusion du champ d'application de la directive secteurs spéciaux ne remettait pas en cause le respect du principe de non-discrimination affirmé par le TCE[596] « impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. » Ainsi, comme le note Pierre-Alain Jeanenney, « dans la mesure où une concession de services peut intéresser également une entreprise située dans un autre Etat membre, l'attribution, par une commune, sans transparence de cette concession à une entreprise située dans son Etat membre constitue une différence de traitement d'entreprises situées dans d'autres Etats membres qui ne disposent

[593] Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.
[594] Directive 93/38/CEE du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.
[595] CJCE 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH, *AJDA*, 2001, p. 106, suivi d'une note de L. RICHER.
[596] Devenu TFUE.

d'aucune possibilité réelle de manifester leur intérêt pour obtenir ladite concession »[597]. Par la suite, dans un arrêt du 30 mai 2002 Buchhändler[598], la Cour de justice, a repris sa jurisprudence Telaustria et l'a étendue à la directive Services excluant ainsi les délégations de service public des règles de passation des marchés. Cependant, ces jurisprudences n'avaient pas vocation à exclure ce type de contrat de toute obligation de concurrence.

305. S'agissant précisément des contrats de délégation de service public en matière énergétique, la Cour de justice des communautés européennes a clairement confirmé l'existence de cette obligation de mise en concurrence dans un arrêt du 21 juillet 2005 Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de'Botti[599]. En l'espèce, le Coname avait conclu avec une commune un contrat pour l'attribution du service portant sur l'entretien, la direction et la surveillance du réseau de gaz méthane pour la période allant du 1er janvier 1999 au 31 décembre 2000. Par une délibération du 21 décembre 1999, la commune avait décidé de ne pas renouveler le contrat de son concessionnaire et d'attribuer directement le service portant sur la gestion, la distribution et l'entretien des installations de distribution de gaz méthane à une société à capitaux majoritairement publics[600] pour une période allant du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2005. Il s'agissait d'une attribution directe, aucun appel d'offre n'ayant été lancé pour la conclusion de ce contrat. Le Coname ainsi privé de la possibilité de se porter candidat à l'attribution de cette concession a saisi le juge italien qui a posé à la Cour de justice des communautés européennes deux questions préjudicielles. Tout d'abord, le juge italien a cherché à savoir si les articles 43 et 49 du TCE[601] interdisant respectivement les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, s'opposaient à l'attribution directe de la gestion déléguée du service public de la distribution du gaz à une société à participation publique chaque fois que la participation était telle qu'elle ne permettait aucun contrôle direct sur la gestion elle-même.

---

[597] P.A. JEANENNEY, note sous l'arrêt de la CJCE du 21 juillet 2005 Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de'Botti, *AJDA*, 2005, p. 2381

[598] CJCE 30 mai 2002, Buchhändler – Vereingung GmbH et Saur Verlag GmbH&Co, *Contrats et marchés publics*, Septembre 2002, p. 32

[599] CJCE, 21 juillet 2005, Aff. C-231/03, Consorzio Aziende Metano contre Comune di Cingia de'Botti, *Contrats et marchés publics*, Novembre 2005, p. 17

[600] Les capitaux étaient majoritairement détenus par les communes de la province dont celle de Cingia de'Botti à hauteur de 0,97%.

[601] Devenus respectivement articles 49 et 56 du TFUE.

306. La Cour de justice a considéré que l'attribution d'une telle concession n'était régie par aucune des directives « marché », et que, par conséquent, c'était « à la lumière du droit primaire et, plus particulièrement, des libertés fondamentales prévues par le traité que [devaient] être examinées les conséquences du droit communautaire relatives à l'attribution de telles concessions. ». Dans un premier temps, la Cour de justice a repris sa jurisprudence Telaustria et a rappelé que dès lors que la concession était susceptible d'intéresser une entreprise située dans un autre Etat membre, son attribution directe, en dehors de toute transparence était constitutive d'une différence de traitement au détriment de l'entreprise située dans l'autre Etat membre. Elle a ajouté qu'il s'agissait d'une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite par les articles 43 et 49 du TCE[602]. La Cour de justice a toutefois reconnu une exception : la justification de l'attribution directe par des circonstances objectives. En l'espèce, le fait pour la commune concédante de détenir 0,97% de la société avec laquelle elle avait passé le contrat de concession ne constituait pas « à lui seul, une de ces circonstances objectives ». En effet, la Cour a considéré que « à supposer que la nécessité pour une commune d'exercer un contrôle sur le concessionnaire gérant un service public puisse constituer une circonstance objective de nature à justifier une éventuelle différence de traitement, il convient de relever qu'une participation de 0,97% est tellement faible qu'elle n'est pas de nature à permettre un tel contrôle ». Dès lors, la Cour de justice a recherché si sa jurisprudence relative aux contrats *in house* était susceptible de s'appliquer. Elle considère, en effet, qu'une collectivité territoriale peut, sans respecter la procédure de mise en concurrence, conclure un contrat avec une société sur laquelle elle exerce un contrôle analogue à celui qu'elle opère sur ses propres services et si l'activité de cette société est exercée, pour l'essentiel, pour la collectivité qui la détient[603]. Cette possibilité de se soustraire à une procédure de mise en concurrence est toutefois exclue lorsqu'une fraction, même minoritaire, du capital est détenue par des actionnaires privés[604].

Est-il possible d'affirmer que lorsque la participation publique est égale à 0,97% les caractéristiques de la gestion *in house* sont présentes ? Dans l'espèce Coname, la Cour de justice des communautés européennes a accepté d'appliquer sa jurisprudence relative aux contrats *in house* à une concession de service public. Elle a néanmoins, jugé que la société concessionnaire - Padania - ne pouvait pas être considérée comme une structure de gestion

---

[602] Devenus respectivement articles 49 et 56 du TFUE.
[603] CJCE 18 novembre 1999 Teckal Srl et Comune di Viano AGAC di Reggio Emilia, C-107/98, Rec. p. I-812.
[604] CJCE 11 janvier 2005 Stadt Halle, *AJDA*, 2005 p.898

interne d'un service public dans la mesure où elle était ouverte, au moins en partie, au capital privé. Ainsi, les critères d'identification du contrat *in house* n'étaient pas réunis et le respect des règles de transparence, obligatoire.

307. En conséquence, la Cour de justice a jugé qu'aucune circonstance objective n'avait, en l'espèce, justifié l'attribution directe de la concession et que les articles 43 et 49 du TCE[605] s'opposaient « à l'attribution directe par une commune d'une concession relative à la gestion du service public de distribution du gaz à une société à capitaux majoritairement publics […] si cette attribution ne [répondait] pas à des exigences de transparence qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, [étaient], notamment, de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un Etat membre autre que celui de ladite commune puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession. » Dès lors, il appartenait au juge national de vérifier si l'attribution d'une concession avait respecté les exigences de transparence posées par le juge communautaire.

308. Dans cette décision, le juge communautaire, s'il a cherché à développer les exigences communautaires en matière de concurrence, a limité leur caractère contraignant dans la mesure où il n'a posé qu'une obligation de transparence, une obligation d'information. La Cour n'a toutefois pas précisé la portée de cette obligation d'information. Elle semble toutefois être de nature à remettre en cause les situations d'ERDF et de GRDF en matière de distribution.

2) Une jurisprudence susceptible d'entraîner la suppression des « monopoles » nationaux de distribution

309. Le seul moyen de limiter la portée de la jurisprudence Coname est d'envisager l'application de la dérogation aux règles de la concurrence prévue par l'article 106§2 du TFUE[606] rappelées aux articles 3§3 de chacune des directives électricité et gaz de 1996 et

[605] Devenus respectivement articles 49 et 56 du TFUE.
[606] Ex-article 86§2 du TCE.

1998 et réitérées dans les celles de 2003. Ces articles énoncent que « les Etats membres peuvent décider de ne pas appliquer les dispositions des articles 5[607], 6, 17, 18 et 21[608] dans la mesure où l'application de ces dispositions entraverait l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations imposées aux entreprises d'électricité dans l'intérêt économique général et dans la mesure où le développement des échanges n'en serait pas affecté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt de la Communauté. L'intérêt de la Communauté comprend, entre autres, la concurrence en ce qui concerne les clients éligibles conformément à la présente directive et à l'article 90[609] du traité. » Christophe Lemaire remarque à propos de cette disposition que « la possibilité d'écarter l'application de certaines règles de droit dérivé dans l'intérêt économique général fait figure ici de principe et non d'exception »[610] ; or, comme le remarque Laurent Richer, la Cour de Justice, dans son arrêt Coname, n'a pas cherché à savoir si la dérogation de l'article 86§2[611] était applicable. Ceci est relativement surprenant d'autant plus que dans ses conclusions[612], Christine Stix-Hackl avait évoqué ce point même si, comme le rappelle Laurent Richer, elle ne l'avait pas « tranché »[613].

L'article 106§2 du TFUE dispose : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. » Afin de bénéficier de cette dérogation, il est nécessaire de démontrer au préalable que l'application des règles de la concurrence est de nature à faire échec à l'accomplissement de la mission impartie au concessionnaire. La Cour de justice a reconnu que tel était le cas lorsque l'entreprise concessionnaire « [devait] assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des

---

[607] Remplacé par l'article 5 du TUE.
[608] Respectivement devenus articles 11, 20, 21 et 24 du TFUE.
[609] Devenu article 110 du TFUE.
[610] Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Tome 1, précité, p. 231
[611] Devenu article 106§2 du TFUE
[612] Ch. STIX-HACKL « A quelles règles communautaires de transparence sont soumises les concessions ? », Conclusions sous CJCE, 21 juillet 2005 Coname, *BJCP*, 2005, p. 446

conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients. »[614] Dans cette espèce, elle a estimé qu'il fallait « tenir compte des conditions économiques dans lesquelles [était] placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle [devait] supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elles [étaient] soumises. » De même, dans son arrêt du 23 octobre 1997, Commission contre République française, la Cour de Justice a jugé que « le droit exclusif conféré à Gaz de France n'affectait pas les échanges directs entre producteurs et consommateurs, dès lors que ceux-ci n'avaient pas d'accès aux réseaux et que la Commission ne contestait pas l'existence de droits exclusifs en matière de transport et de distribution »[615]. Selon Pierre-Alain Jeanneney, il ressort de cette jurisprudence que « l'atteinte aux règles de la concurrence résultant des droits exclusifs qui sont conférés aux gestionnaires locaux des réseaux de distribution du gaz semble être justifiée par les obligations de service public qui pèsent sur les distributeurs et qui, comme l'a rappelé le législateur […] sont prévues par les cahiers des charges des concessions ou les règlements des régies. »[616] Il ajoute cependant que l'arrêt Coname paraît « sauf à de rares exceptions, imposer aux communes, lors de l'attribution ou du renouvellement des concessions, le respect des exigences de transparence. »[617] Dès lors, il est nécessaire de rechercher si les obligations de service public incombant à ERDF et GRDF relèvent d'une mission particulière qui leur serait impartie au titre de la gestion du service public de la distribution d'électricité et de gaz justifiant ainsi, des dérogations aux règles communautaires de la concurrence.

310. Les directives relatives à l'électricité et au gaz reconnaissent toutes la possibilité, pour les Etats membres, de prévoir des obligations de service public. L'article 3§2 de la directive de 2003/54/CE énonce : « En tenant pleinement compte des dispositions pertinentes du traité, en particulier de son article 86[618], les États membres peuvent 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

---

[613] L. RICHER, « La distribution d'électricité dans le droit des concessions (1906-2006), in *les Mélanges Labetoulle*, précité, p. 750
[614] CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo et autres, N° C-393/92
[615] P.A. JEANNENEY, note sous l'arrêt de la CJCE du 21 juillet 2005 Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de'Botti, précitée, p. 2382
[616] Ibidem
[617] Ibidem
[618] Devenu article 106 du TFUE.

régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat. Ces obligations sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises d'électricité de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux. En matière de sécurité d'approvisionnement et d'efficacité énergétique/gestion de la demande, ainsi que pour atteindre les objectifs environnementaux, comme indiqué dans le présent paragraphe, les États membres peuvent mettre en œuvre une planification à long terme, en tenant compte du fait que des tiers pourraient vouloir accéder au réseau. » [619] Bien que « ni la mise en œuvre, ni le financement éventuel de ces obligations, ne [fassent] l'objet d'un encadrement »[620], le législateur a mis en place des obligations de service public relative à la distribution de l'électricité et à celle du gaz.

La liste des obligations du service public de la distribution d'électricité figure aux articles 1er et 2 de la loi du 10 février 2000. La première d'entre elles est certainement la desserte en électricité sur l'ensemble du territoire national. Concernant le service public du gaz, les obligations sont énumérées à l'article 16 de la loi du 3 janvier 2003. En matière de distribution l'obligation consiste en la desserte en gaz sur tout le territoire desservi. Dès lors, il est pertinent de s'interroger sur le financement de ces obligations de service public. Celui-ci justifie-t-il l'application des dérogations prévues par l'article 106 du TFUE ?

Dans un souci de clarté, il apparaît nécessaire de distinguer le financement des obligations du service public de la distribution d'électricité de celui des obligations du service public de la distribution du gaz.

a- En matière de distribution d'électricité

311. ERDF est soumise à une obligation de desserte en électricité sur l'ensemble du territoire national. Par conséquent, toutes les zones du territoire doivent être desservies en électricité, y compris les zones non rentables. Jusqu'à la libéralisation du secteur énergétique, le financement de cette obligation ne posait pas de difficulté particulière. En effet, EDF jouissant d'un monopole sur l'ensemble du territoire national, une compensation était, de fait,

---

[619] La directive 2003/55/CE reprend cette disposition dans son article 3§2. Les directives 96/92/CE et 98/30/CE contenaient, elles aussi, une telle disposition, toujours située à l'article 3§2.

[620] Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Tome 1, précité, p. 237

opérée entre les secteurs rentables et les secteurs non rentables. Le dispositif alors en place consistait en une péréquation, mécanisme pouvant être rapproché « de la définition du service public à la française. Les services publics en réseaux sont confiés à des monopoles publics, le plus souvent nationaux. […] La satisfaction des obligations de service public est assurée par la mise en place du monopole, l'exclusion de la concurrence étant entendue comme un moyen permettant de dégager des ressources suffisantes pour financer le service public. »[621] Ainsi, le quasi-monopole d'ERDF semble, à la lecture de cette définition, constituer la contrepartie nécessaire du financement de ses obligations de service public. Malgré cela, le recours à ce mécanisme n'est pas encouragé par la Cour de justice qui lui préfère celui de la compensation consistant « à identifier précisément des obligations de service public et à affecter des ressources équivalentes à l'opérateur qui en a la charge. »[622]

La péréquation n'a pas, pour autant, fait l'objet d'une remise en cause totale dans la mesure où l'application de tarifs réglementés reste la règle. La péréquation tarifaire « permet d'établir, sur le territoire national, une moyenne des coûts de distribution entre les coûts élevés et les coûts faibles existants selon les régions. [Elle] répond ainsi à une logique d'aménagement du territoire. »[623] La loi du 10 février 2000 a laissé subsister ce mécanisme permettant à EDF et aux distributeurs non nationalisés d'opérer une péréquation nationale des tarifs. Il résulte de l'article 4, I de la loi du 10 février 2000 que : « les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1er de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence[624] s'appliquent aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles, aux tarifs de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée et aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution. » Le II de ce même article précise que « les tarifs mentionnés au premier alinéa du I du présent article sont définis en fonction de catégories fondées sur les caractéristiques intrinsèques des fournitures, en fonction des coûts

---

[621] P. LIGNIERES et P. LIMOUSIN, « Mécanismes de financement des obligations de service public », *DA*, février 2002, p. 40
[622] Ibidem
[623] Rapport Mandil, *CJEG*, 1994, p. 186
[624] Le premier alinéa de l'article 1er dispose : « L'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. » Le deuxième, quant à lui, énonce : « Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence. »

liés à ces fournitures ; les tarifs d'utilisation du réseau public de transport et des réseaux publics de distribution applicables aux utilisateurs sont calculés de manière non discriminatoire, afin de couvrir l'ensemble des coûts supportés par les gestionnaires de ces réseaux, y compris les coûts résultant de l'exécution des missions et des contrats de service public. »

312. Ce système de péréquation nationale profite essentiellement à l'opérateur historique. Les distributeurs non nationalisés en bénéficient également cependant, il se révèle largement insuffisant. Tel est, en particulier, le cas lorsqu'ils sont tenus de desservir les zones rurales dans la mesure où, malgré le dispositif mis en place, il leur est difficile d'équilibrer le financement de cette obligation avec la desserte de zones rentables. Aussi, la loi du 10 février 2000, tout en maintenant le principe de la péréquation des tarifs, a-t-elle renforcé le mécanisme de compensation prévu par la loi du 8 avril 1946 destiné à financer les obligations de service public des distributeurs intervenant sur le marché de l'électricité. Il ressort du II de l'article 5 de la loi du 10 février 2000 que « Dans le cadre du monopole de distribution, les charges qui découlent des missions mentionnées au II de l'article 2 en matière d'exploitation des réseaux publics sont réparties entre les organismes de distribution par le fonds de péréquation de l'électricité institué par l'article 33 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée. Ces charges comprennent : 1° Tout ou partie des coûts supportés par les organismes de distribution et qui, en raison des particularités des réseaux publics de distribution qu'ils exploitent ou de leur clientèle, ne sont pas couverts par la part relative à l'utilisation de ces réseaux dans les tarifs de vente aux clients non éligibles et par les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution ; 2° (alinéa supprimé) ; 3° Pour assurer la présence du service public de l'électricité, la participation à l'aménagement du territoire par la mise en oeuvre de moyens appropriés dans les zones définies à l'article 42 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. » Ainsi, il apparaît que le choix de la France s'est également porté sur le mécanisme de la compensation. D'une part, le FACE a été spécialement créé pour compenser le problème causé par la disparité géographique des charges d'investissement, d'autre part, le Fonds de péréquation d'électricité (FPE) compense « les charges de fonctionnement et qui pourrait connaître une certaine expansion, en raison des dispositions le concernant contenues dans la loi du 10 février

2000. »[625] S'agissant tout particulièrement de la distribution d'électricité, seul le FACE intervient dans la mesure où son objet vise exclusivement les distributeurs.

Par conséquent, le financement des obligations de service public est, pour une large partie, indépendant du monopole dont bénéficie ERDF – ou devrait l'être si le système fonctionnait correctement. Celui-ci ne paraît plus nécessaire et sa remise en cause est ainsi envisageable dès lors que le mécanisme de compensation est renforcé. La dérogation aux règles de la concurrence prévue l'article 86§2 ne semble plus indispensable s'agissant de la distribution d'électricité. Si un doute peut néanmoins subsister pour ce qui concerne l'électricité, la certitude est, en revanche absolue s'agissant du gaz : aucune dérogation aux règles de la concurrence, qu'elle soit interne oui communautaire ne paraît justifiée.

b- En matière de distribution de gaz

313. Bien que GRDF doive respecter un certain nombre d'obligations en matière de distribution de gaz, elle n'est pas tenue de desservir les zones non rentables. Il n'existe aucun droit au gaz pour tous comme il en existe un s'agissant de l'électricité. Ainsi, il n'est, pas nécessaire pour les distributeurs gaziers de disposer du droit d'alimenter les zones rentables afin de compenser leur obligation de desserte des zones non rentables, le distributeur gazier n'étant pas contraint de desservir de telles zones. Les sujétions auxquelles est soumise l'industrie électrique ne s'imposant pas en matière gazière, les dérogations dont est susceptible de bénéficier la première ne sont pas justifiées concernant la seconde. Par conséquent, il n'existe pas d'obstacle à une absence de monopole en matière de distribution de gaz sur le territoire national et, par concession, à une mise en concurrence des contrats de conséquent au niveau local.

D'une manière générale, alors que la loi énumère des obligations des distributeurs gaziers, elle ne prévoit aucun dispositif destiné à assurer leur financement. La loi de nationalisation du 8 avril 1946 prévoyait la mise en place d'un fonds de péréquation du gaz qui n'a jamais vu le jour. Lors des discussions relatives à la loi du 3 janvier 2003, la mise en place de ce fonds avait été de nouveau envisagée mais, alors que cela était prévu dans le projet de loi, cette disposition a finalement disparu du texte adopté. Afin de lever toute

[625] M. LAPEYRE, « Electricité et gaz : la progression du rôle des collectivités locales », in *Les collectivités territoriales et l'énergie*, p.136

ambiguïté quant à l'existence de ce fonds, la loi du 7 décembre 2006 l'a définitivement supprimé en abrogeant la disposition de l'article 33 de la loi de nationalisation le prévoyant. Cette suppression traduit parfaitement l'absence d'ambition de création d'un réseau de distribution de gaz sur l'ensemble du territoire national. Les opérateurs ne rencontreront pas de difficulté de financement de leurs obligations de service public dans la mesure où seules feront l'objet d'une desserte les zones rentables du territoire national. En revanche, les zones non rentables semblent condamnées à ne jamais voir se construire un réseau de distribution de gaz. Si aucune disposition législative ni communautaire ne l'impose, ce manque d'ambition ne peut être que regrettable[626].

314. Les dispositions internes et communautaires vont indéniablement dans le sens d'une mise en concurrence des opérateurs de distribution de gaz. Sur ce point, l'arrêt Coname n'est qu'une confirmation de la façon dont il convient d'interpréter les diverses dispositions communautaires relatives à la distribution du gaz. Compte tenu de la jurisprudence du juge administratif français relative à la conclusion de premières concessions, il ne fait aucun doute que celle-ci sera étendue, conformément à la jurisprudence Coname, au renouvellement des concessions. En outre, GRDF ne peut plus être protégée par les dérogations aux règles de mise en concurrence des contrats de concession prévues par la loi Sapin qui ne sont plus, en tout état de cause, compatibles avec les principes du droit communautaire[627]. Mais dans ce cas, quelles seront les dispositions applicables ? Celles de la loi Sapin, relativement contraignantes ou celles d'imposées par la Cour de justice des communautés européennes, beaucoup plus souples, consistant simplement « à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un Etat membre autre que celui de ladite commune puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession »[628] « sans nécessairement procéder à un appel d'offres » ? La jurisprudence laisse au juge national le soin d'examiner cette question. Cependant, il apparaît

[626] L'extension du réseau de distribution de gaz conditionne l'accès au gaz et participe de la politique de diversification des sources d'approvisionnement énergétique, objectif énoncé à l'article 2 de la loi POPE du 13 juillet 2005.

[627] La loi Sapin prévoit qu'il peut être dérogé aux règles de passation des délégations de service public si la loi institue un monopole au profit d'une entreprise, lorsque le service est confié à un établissement public et quand son montant est inférieur à un certain seuil (art. L1411-12 du CGCT). Or, GRDF peut difficilement être considéré comme détenteur d'un monopole et il a désormais la forme d'une société anonyme.

[628] CJCE, 21 juillet 2005 Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de'Botti, précité.

nécessaire que le législateur intervienne afin de clarifier une situation fort inconfortable sur le plan juridique.

Il existe toutefois un cas dans lequel le respect des règles de transparence n'est pas exigé. Il s'agit de la conclusion de contrats *in house*.

c- Une exception aux règles de publicité et de mise en concurrence commune à la distribution d'électricité et de gaz : les contrats *in house*

315. Une certitude ressort de l'arrêt Coname quant aux possibilités de déroger à l'obligation de transparence imposée par le droit communautaire : dès lors que le contrat de concession comporte les caractéristiques d'un contrat *in house*, l'exigence de transparence n'est pas obligatoire, conformément à la jurisprudence Teckal de la Cour de Justice des communautés européennes[629]. Ainsi, un certain nombre de délégations de service public peuvent échapper aux obligations communautaires. Toutefois, Gaël Bouquet et Emmanuel Buttery remarquent qu'après avoir instauré cette jurisprudence, la « Cour de Luxembourg […] a très largement restreint, ces dernières années leur portée en ne permettant plus aux collectivités publiques de recourir, sans procéder à des procédures formalisées, à des sociétés privées dont elles détenaient une partie majoritaire du capital. La Cour limite désormais cette exclusion à une présence tout à fait résiduelle de tout autre actionnaire dans le capital social de la société concessionnaire »[630]. C'est ainsi que dans une jurisprudence récente[631], la Cour de Justice a considéré que la « participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur concerné [excluait] en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il [exerçait] sur ses propres services. » En conséquence, il apparaît que, désormais, seules les régies pourront bénéficier de la jurisprudence relative aux contrats *in house*.

316. Cette décision, combinée à la jurisprudence Coname a pour conséquence de limiter considérablement le champ des contrats de concession de distribution d'électricité et

---

[629] CJCE 18 novembre 1999, Teckal Srl, Aff. C.107/98
[630] G. BOUQUET et E. BUTTERY, « Vers la fin d'un droit de préférence accordé aux concessionnaires de transport et de distribution d'électricité et de gaz », *AJDA*, 2006, p. 967
[631] CJCE 11 janvier 2005, Stadt Halle, Aff. C-26/03, *AJDA*, 2005, p. 898, note F. Rolin

de gaz. Une situation regrettable risque néanmoins de se produire : les obligations de transparence n'étant pas définies dans cette affaire, il se peut que les différents acteurs cherchent à contourner cette obligation de transparence. Certaines personnes publiques pourraient être tentées de faire paraître les avis de mise en concurrence dans journaux communautaires ne comptant que très peu de lecteurs. Ainsi, aucune société ne se porterait candidate. Elles pourraient alors choisir librement leur cocontractant. L'obligation de transparence risquerait de se muer en obligation strictement formelle.

317. En tout état de cause, comme le note Pierre-Alain Jeanneney, « l'existence même des monopoles locaux de distribution du gaz n'est pas remise en cause par l'arrêt du 21 juillet dernier qui porte seulement sur la procédure de choix du gestionnaire du réseau. »[632] Ainsi, si le monopole des distributeurs sur un plan local ne semble pas pouvoir être remis en cause, l'introduction d'une mise en concurrence des contrats de concession, si elle se produit, va, remettre en cause, de manière certaine, le monopole et le quasi-monopole qu'ERDF et GRDF détiennent au niveau national.

C- Le nécessaire maintien de monopoles locaux de distribution

318. L'existence de monopoles locaux n'est pas susceptible d'être remise en cause dans la mesure où la distribution d'électricité et de gaz est une industrie de réseau (1). Cependant, afin d'être compatibles avec la jurisprudence communautaire, leur durée devra nécessairement être plus limitée qu'elle ne l'est actuellement (2).

1) Une situation liée à l'existence d'un réseau

319. Comme cela a précédemment été démontré, le financement des obligations de service public ne justifie pas le maintien du monopole d'ERDF sur un plan national, celles-ci étant financées par les tarifs réglementés et par le FACE[633]. Les considérations techniques ne justifient pas non plus le maintien de ce monopole au niveau national, l'existence des

---

[632] P.A. JEANNENEY, note sous l'arrêt de la CJCE du 21 juillet 2005 Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de'Botti, précitée, p. 2382
[633] Voir supra titre 1, chapitre 2.

distributeurs non nationalisés en étant la meilleure illustration. Rien ne semble s'opposer à une remise en cause du monopole qu'ERDF détient au niveau national en matière de distribution, à l'image de ce qui se passe s'agissant de la distribution de gaz.

Cependant, alors que les monopoles existant au niveau national ont été remis en cause ou sont amenés à l'être, les monopoles locaux subsistent. En effet, la conclusion des contrats de concession emporte la garantie de la reconnaissance de droits exclusifs de distribution au profit du concessionnaire. Une étude rapide des différents systèmes européens de distribution à la veille de la libéralisation du secteur démontre que « les économies d'échelle sur les infrastructures de réseau sont telles que, nulle part, n'est remise en cause l'unicité de l'opérateur local de distribution, même si la pérennité ou l'exclusivité de son droit de fourniture, sont parfois atténués. »[634]

320. Si cette détention d'un monopole local apparaissait naturelle, voire nécessaire avec l'émergence de l'activité de distribution, l'est-elle encore aujourd'hui[635] ? La doctrine continue à qualifier les monopoles locaux de distribution d'électricité et de gaz de monopoles naturels. A titre d'exemple, tel est le cas de Christophe Lemaire qui énonce, au sujet du gaz, que « l'activité de distribution, véritable monopole naturel, ne saurait être exercée par une pluralité d'opérateurs dans la même zone. »[636] Il considère qu'il en va également ainsi s'agissant de l'électricité.

Il apparaît que les impératifs du début du XXe commandant la mise en place de monopoles locaux[637] existent, a priori, encore à l'heure actuelle. Le marché est toujours relativement restreint. Il s'agit toujours d'un marché local. Une évolution a cependant vu le jour puisque désormais, la majorité des contrats de concessions de service public est passée non pas par des communes mais par des groupements[638] ce qui a pour conséquence d'étendre quelque peu la taille du marché. Celle-ci peut désormais atteindre la taille d'un département. Dès lors que la taille du marché a augmenté, une mise en concurrence fructueuse des opérateurs de distribution peut-elle être sérieusement envisagée ? Cela semble difficile dans la

---

[634] D. HAAG, « L'organisation du service public d'approvisionnement en électricité : Un état des lieux à la veille du marché unique », *in* G. TERNY (Dir.), *La gestion des services publics locaux dans l'Europe de demain*, Paris, Litec, 1994, p. 143

[635] Sur la nécessité d'un monopole local de distribution, voir supra Titre 1, Chapitre 1 § 45 et suivants

[636] Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Tome 1, précité, p. 145

[637] Voir supra n° 53 et suivants.

mesure où les deux autres considérations justifiant la mise en place d'un monopole sont encore pertinentes à l'heure actuelle. D'une part, les besoins de la population n'augmentent pas une fois que les usagers sont desservis. Aussi, la part de la prestation de service n'est-elle pas appelée à augmenter avec le temps. D'autre part, la considération matérielle relative à la largeur des voies est également encore d'actualité : celle-ci ne permet pas une démultiplication des réseaux de distribution. Il apparaît que la distribution d'énergie ne peut pas raisonnablement faire l'objet d'une mise en concurrence. Jean-Yves Chérot va dans ce sens lorsqu'il écrit au sujet des réseaux de distribution et de transport d'électricité que ces « réseaux sont considérés pour des raisons particulièrement différentes comme ne pouvant pas être placés efficacement en concurrence. »[639]

321. En outre, le droit communautaire n'impose pas de remise en cause de ces monopoles locaux. En effet, « les deux directives électricité n'imposent nullement la remise en cause de ce mode de gestion et ne portent pas atteinte au quasi-monopole dont bénéficie EDF sur ces deux segments du marché de l'électricité. »[640] Les deux directives gaz n'imposent pas non plus une telle remise en cause. L'organisation d'un accès des tiers au réseau indique avec force que le monopole local chargé de la distribution, s'il est chargé de permettre aux différents opérateurs intervenant en matière d'électricité et de gaz d'utiliser ce réseau de distribution, ne leur impose pas d'établir de concurrence s'agissant de leur gestion.

322. Ainsi, l'introduction de concurrence en matière de distribution n'est destinée à n'avoir qu'une portée limitée : une mise en concurrence des différents opérateurs au moment de la passation des contrats de concession à la suite de laquelle ils bénéficient d'un droit exclusif d'alimentation sur le territoire de cette concession. Cependant, afin que cette mise en concurrence connaisse une certaine réalité, il apparaît indispensable de réviser la durée des contrats de concession, qui est encore, à l'heure actuelle d'une longueur telle qu'elle ne permet pas d'opérer de réelle mise en concurrence de ces contrats.

---

[638] Selon la Cour des comptes, il existe 85 syndicats départementaux ainsi que des centaines de syndicats primaires de distribution d'énergie.
[639] J.Y. CHEROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, p. 843
[640] C. ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Paris, LGDJ, 2006, p. 313

2) *La nécessaire limitation temporaire les monopoles locaux des distributeurs*

323. Comme le soulignent Gaël Bouquet et Emmanuel Buttery, « les durées actuelles des concessions (en moyenne de 20 à 30 ans) semblent bien longues au regard des dispositions […] des directives du 26 juin 2003 qui précisent que la désignation des gestionnaires des réseaux publics s'effectue ' pour une durée à déterminer par les Etats membres, en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique '. »[641] Les auteurs se référant à l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales, constatent que cette durée est excessive. Cet article dispose : « Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut, dans ce cas, dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre ». Or, il apparaît que la durée des concessions de distribution d'électricité et de gaz est « largement supérieure à l'amortissement réel des charges qui incombent aux gestionnaires des réseaux, liés au financement des infrastructures. Les autorités concédantes dénoncent de plus en plus en plus cette durée excessive des concessions de distribution. Plusieurs communes du Var ont ainsi déposé une plainte devant la Commission européenne. Elles ont notamment fait valoir qu'EDF, en exigeant des durées de concessions excessives ayant pour effet d'exclure toute forme de concurrence, abusait de sa position dominante.

324. La mise en concurrence des contrats de concession n'offre toutefois qu'une protection limitée contre les abus de position dominante. Il est fort probable que si cette situation se réalisait, les opérateurs seraient tentés d'adopter un comportement comparable à celui qui existe d'ores et déjà dans le secteur de la distribution d'eau. Jean-Yves Chérot note que dans ce secteur, « le choix du mode de gestion et du gestionnaire a été laissé entièrement aux collectivités locales. 10 000 communes délèguent leur service public de distribution de l'eau par des contrats d'affermage d'une durée de l'ordre de 12 ans ; il y a donc chaque année,

---

[641] G. BOUQUET et E. BUTTERY, « Vers la fin d'un droit de préférence accordé aux concessionnaires de transport et de distribution d'électricité et de gaz », *précité*, p. 965

plusieurs centaines de contrats qui sont renouvelés et qui créent un véritable marché dans lequel les phénomènes d'ententes et d'abus de position dominante sont d'ailleurs particulièrement importants malgré la régulation par le conseil de la concurrence. »[642]

325. Malgré cela, la mise en concurrence des contrats de concession devrait, si elle s'accompagnait d'un environnement favorable, être de nature à permettre aux collectivités territoriales de recouvrer une part considérable de leurs prérogatives d'autorités concédantes et ainsi, de redonner un caractère effectivement local à la distribution d'électricité et de gaz. Toutefois, cette seule circonstance ne saurait, à elle seule, faire évoluer de manière significative la place qu'occupent les collectivités territoriales dans ce secteur. Il apparaît que la réalisation de ces hypothèses ne pourrait que difficilement influer sur le rôle de distributrices des collectivités territoriales.

Section 2 : Un mouvement aux répercussions incertaines pour les collectivités territoriales

326. Alors que l'obligation de mise en concurrence des contrats de concession est un facteur favorable à un regain de pouvoir des collectivités territoriales, il apparaît que l'environnement dans lequel cette obligation se met en place (§1) est de nature à en limiter singulièrement la portée (§2).

§1 : Un environnement favorisant peu la décentralisation de la distribution d'énergie

327. Afin que la remise en cause des quasi-monopoles de GRDF et d'ERDF ait un réel impact sur le rôle des collectivités territoriales en matière énergétique, un environnement favorable à une plus grande décentralisation est nécessaire ; or, il apparaît que deux catégories d'obstacles viennent limiter les possibilités de prise en charge plus directe de l'activité de distribution par les collectivités territoriales à l'heure actuelle.

D'une part, un certain nombre d'impératifs liés à l'activité de distribution justifient la poursuite du mouvement de centralisation entrepris en 1946 (A). D'autre part, les collectivités

[642] J.Y. CHEROT, *Droit public économique*, précité, p. 793

territoriales, en tant que collectivités publiques, sont encore confrontées à une certaine hostilité à l'égard de leurs interventions dans un secteur se trouvant dans un environnement redevenu largement concurrentiel (B).

A- La poursuite du mouvement global de centralisation du secteur énergétique

328. Parallèlement au mouvement de remise en cause des monopoles nationaux d'ERDF et de GRDF en matière de distribution, le mouvement de centralisation mis en place par la loi du 8 avril 1946 ne semble pas prendre fin, mais au contraire, se perpétue. Bien que la centralisation de la distribution semble, a priori, en contradiction avec le principe de libre administration des collectivités territoriales (1), elle apparaît nécessaire au regard de certains impératifs propres à cette activité (2).

1) Une centralisation a priori en contradiction avec le principe de libre administration des collectivités territoriales

329. Gérald Quiot note, à propos de la distribution d'électricité, « une étrange absence »[643] : celle de « toute interrogation concernant la compatibilité de la loi fixant les modalités de l'organisation de ce service 'local' avec le principe à valeur constitutionnel de la libre administration des collectivités locales. »[644] Alors que la loi du 10 février 200 aurait dû, selon Henri Courivaud, être l'occasion de s'interroger sur la portée du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, l'auteur n'a pu que constater le « 'non-débat' sur la portée à donner en France à la libre administration communale dans la gestion des activités de réseaux électriques »[645]. En effet, sans libre administration dans la gestion de cette activité, il n'est pas de réelle décentralisation et le service ne peut être qualifié de service public local. Ceci est le résultat du fait que le principe de libre administration est « le fondement de la décentralisation territoriale et de l'autonomie locale »[646]. Cette absence

---

[643] G. QUIOT, « La doctrine et la distinction des services nationaux et des services publics locaux : observations critiques », In *Mélanges Hubert Charles*, précité, p. 316
[644] Ibidem
[645] H. COURIVAUD, « Les collectivités territoriales confrontées à la libéralisation des activités de réseau électrique : convergences et divergences d'approches entre la France et l'Allemagne, *CJEG*, 2001, p. 420
[646] J.B. AUBY, J.F. AUBY, *Droit des collectivités locales*, Paris, PUF, 1998, p. 31, non repris dans les éditions postérieures.

d'organisation effective de l'activité au niveau local nous a conduit à lui refuser ce caractère qui était incontestablement le sien avant la nationalisation.

330. Cependant, la décentralisation étant une forme d'organisation administrative du territoire, il pourrait être tentant de considérer qu'elle devrait logiquement viser les seules activités administratives. En conséquence, il semble pertinent de se demander dans quelle mesure elle devrait intervenir dans des matières industrielles et commerciales. Toutefois, dès lors que celles-ci sont considérées comme des affaires locales, la décentralisation ne s'impose-t-elle pas ? La distribution d'électricité et de gaz entre-elle, par principe, dans le champ de la libre administration des collectivités territoriales ? Certains domaines n'y entrent pas. C'est le cas, par exemple, des compétences « que la Constitution place dans le domaine de la loi »[647], de celles « relevant du champ des prérogatives du président de la République […] ainsi que celles appartenant à l'autorité judiciaire. »[648] Dans la mesure où la distribution d'énergie n'appartient à aucun de ces domaines, la Constitution n'en réserve pas la compétence à une autorité quelle qu'elle soit. Ainsi, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'elle soit encore considérée comme une affaire locale[649].

331. D'une manière générale, la libre administration connaît une application limitée. Tout d'abord, les « collectivités territoriales n'exercent que les compétences qui leur sont reconnues par l'Etat, et dans les limites strictes de ce qui peut être considéré comme étant d'intérêt local. Leurs décisions doivent respecter les lois et les règlements nationaux, et le pouvoir réglementaire qui leur est consenti n'est jamais […] que subordonné. »[650] Il nous semble, toutefois que parce qu'elle est, à l'origine, une affaire locale[651] cette activité se trouve dans la sphère des activités soumises à la libre administration des collectivités territoriales. Sur un plan strictement juridique, il est ainsi nécessaire de s'interroger sur la compatibilité de la distribution telle qu'elle est organisée depuis la loi de nationalisation et le caractère d'affaire locale de la distribution d'énergie. A priori, ce caractère d'affaire locale n'a jamais été refusé à la distribution d'électricité ou de gaz. Dès lors, n'est-ce pas une nécessité que d'en faire un véritable service public local ? Peut-on considérer certaines activités comme des

---

[647] Ibidem
[648] Ibidem
[649] Voir supra n° 33 et suivants.
[650] J.B., AUBY, J.F. AUBY et R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, 4ème édition, 2008, p. 74

affaires locales et en confier la gestion à l'Etat ? Si l'Etat s'approprie la gestion d'une affaire, elle perd, de fait, son caractère local. S'agissant tout particulièrement de la distribution d'électricité, c'est l'Etat qui en a fait un service obligatoire. En conséquence, comme le remarque Gérald Quiot, cette activité n'est donc « pas en soi une 'affaire locale' »[652]. Ce sentiment qu'a l'Etat de devoir s'impliquer dans sa gestion traduit ce besoin de centralisation difficilement compatible avec la notion de service public local. Il nous semble opportun de considérer que si la distribution d'énergie avait, à la date de sa mise en place, le caractère d'une affaire locale, la nationalisation de 1946 a totalement remis en cause ce caractère. Cependant, une telle remarque ne tient pas compte de la réalité des textes qui placent la distribution d'électricité et de gaz dans une situation ubuesque. En effet, son caractère d'affaire locale n'a pas été effectivement remis en cause dans la mesure où l'organisation de sa gestion est prévue dans le code général des collectivités territoriales. Cependant, cela ne fait aucunement obstacle à ce que cette activité soit largement organisée par l'Etat. En l'occurrence, aussi surprenante cette situation soit-elle, il ne peut qu'être constaté qu'en vertu des textes, l'Etat gère largement un service public qualifié de local.

Il résulte de cette situation une certaine ambiguïté : il arrive fréquemment qu'aucune distinction ne soit faite entre les différentes activités des services publics de l'électricité et du gaz. C'est ainsi que dans sa décision du 5 août 2004[653], le Conseil constitutionnel indique que GDF conservait la qualité d'un service public national par détermination de la loi (considérant 14) alors même qu'elle est en charge d'un service public local : la distribution de gaz. En effet, dans sa décision du 30 novembre 2006, le Conseil Constitutionnel a jugé que « l'activité de distribution du gaz naturel [constituait] un service public local et non national » réaffirmant ainsi ce que le législateur ne cesse de rappeler dans la plupart des lois relatives au secteur énergétique.

Cette qualification de service public local concernant la seule activité de distribution de gaz naturel, doit-on en conclure qu'il en va également ainsi s'agissant de la distribution d'électricité ? Une différence considérable existe entre ces deux activités dans la mesure où, à l'heure actuelle, seule la distribution de gaz est effectivement ouverte à la concurrence[654].

---

[651] Voir Titre 1, chapitre 1, n° 26 et suivants.
[652] G. QUIOT, « La doctrine et la distinction des services nationaux et des services publics locaux : observations critiques », *précité*, p. 324
[653] Décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004, Service public de l'électricité et du gaz et entreprises électriques et gazières.
[654] Voir section 1, n°11 et suivants

Ainsi, la distribution d'électricité reste gérée et organisée de façon sensiblement identique à celle mise en place par la loi de nationalisation. S'il existe une incohérence entre le prétendu caractère local du service de la distribution d'électricité et de gaz et une réalité en faisant un service largement national, ce n'est pas cette dernière caractéristique qui doit faire l'objet de critique mais simplement le manque de cohérence entre les différents textes relatifs au secteur.

332. En tout état de cause, le caractère local du service ne peut être effectif que dans la mesure où les collectivités concédantes disposent à nouveau de leurs prérogatives d'autorité concédante, ce qui, à ce jour, ne s'est toujours pas produit. Afin d'être cohérent, le législateur, dans la mesure où il affirme qu'il s'agit bien d'un service public local, devrait permettre aux collectivités territoriales de jouir du principe de libre administration ; or, tel n'est pas le cas. Cependant, comme le soulève à juste titre Mme Rouault, il existe un problème inhérent à la décentralisation au sein d'un Etat unitaire : « Dans la mesure où ses limites sont posées par des organes étatiques, existe-t-il réellement un pouvoir local ? Au sein d'un Etat unitaire, cette dernière ne peut être que limitée. »[655] C'est en effet ce qu'a indiqué, en substance, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 novembre 2006[656] dans laquelle il a énoncé que dans certains cas, des atteintes au principe de libre administration des collectivités territoriales pouvaient être justifiées.

2) Une centralisation justifiée

333. Le caractère unitaire de l'Etat ne saurait imposer une centralisation de tous les services publics essentiels à la nation. Il ne saurait, cependant, y être indifférent. C'est ainsi que Mme Flamand-Lévy se demande si la « nouvelle décentralisation est […] compatible avec une certaine conception de l'Etat privilégiant l'égalité au détriment parfois de la liberté et l'unité au détriment de la diversité »[657]. En l'occurrence, en ce qui concerne la distribution d'électricité et de gaz, la recherche de cohérence a conduit le Conseil constitutionnel a admettre des atteintes à la libre administration des collectivités territoriales (a), il en va de même s'agissant de la recherche de l'égalité (b).

---

[655] M.C. ROUAULT, *L'intérêt communal*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1991, p. 143
[656] Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006
[657] B. FLAMAND-LEVY, « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *RFDA*, 2004, p. 63

a. Une centralisation justifiée par la recherche de cohérence

334. Au-delà des considérations strictement politiques et économiques ayant largement justifié la nationalisation du 8 avril 1946[658], la recherche de cohérence et de rationalisation dans le secteur énergétique a indéniablement motivé la mise en place de cette organisation centralisée. L'énergie constitue ainsi un exemple de « la concentration du pouvoir, lié à l'anonymat de la décision, ainsi que l'aspiration de plus en plus vive à la participation. »[659] Cela, n'est en rien surprenant. En effet, s'agissant tout particulièrement de l'électricité, son caractère non stockable impose une régulation des flux qui ne peut pas intervenir au seul niveau local.

335. D'une manière plus générale, dans un Etat unitaire, même décentralisé, la cohérence est une caractéristique essentielle ; or elle semble impliquer la mise en place d'un certain degré de centralisation. Il apparaît ainsi, que la recherche de cohérence est une justification apportée à la limitation de la libre administration des collectivités territoriales. C'est ainsi que le Conseil Constitutionnel a jugé, dans sa décision du 30 novembre 2006[660] que « si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 37 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, c'est à la condition que celles-ci concourent à des fins d'intérêt général. » Le Conseil constitutionnel reconnaît ainsi expressément que l'intérêt général peut justifier des atteintes à la libre administration des collectivités territoriales. Par conséquent, dans cette même décision, il juge que « cette limitation de la libre administration des collectivités territoriales et de la liberté contractuelle trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France ». Il semble cependant nécessaire de s'interroger sur le contenu du terme « cohérence ». En employant ce terme, le Conseil Constitutionnel a choisi de rester relativement vague et de ne pas préciser ce qu'il convenait d'entendre par ce terme. Il a ainsi veillé à ne pas limiter de façon trop stricte la compétence du législateur. Dans son

[658] Voir supra chapitre 2 Titre 1 section 1.
[659] Y. DURRIEU, « La décentralisation dans la politique énergétique », in M. Bourjol (Dir.), *Décentralisation et énergie*, précité, p. 219
[660] Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006

commentaire autorisé de la décision[661], Jean-Eric Schoettl n'est pas plus explicite quant à ce que recouvre ce terme. Le Nouveau Littré[662] donne la définition suivante du terme « cohérent » : « Qui tient réciproquement ensemble ». Le dictionnaire Larousse des synonymes assimile les termes « cohérence » et « cohésion » et indique notamment, au titre de synonymes, les termes « homogénéité », « liaison », « union » et « unité ». L'activité de distribution étant une activité de réseau, il ne fait aucun doute qu'elle doit être organisée dans un souci d'homogénéité. Cependant, si le terme « cohérence » est synonyme d' « unité », celui-ci nous semble être en profonde contradiction avec la décentralisation. Dès lors se pose la question de la décentralisation des activités demandant une gestion relativement homogène. Celle-ci sera, a priori nécessairement limitée.

336. Ainsi, la recherche de cohérence dans le secteur énergétique semble avoir conduit le législateur à opérer, plus ou moins consciemment, un resserrement du lien Etat – service public de l'énergie, comme le remarque Laurent Richer[663]. La recherche de cohérence, si elle justifie certaines atteintes à la libre administration des collectivités territoriales, n'en est pas l'unique motivation. La protection de l'égalité entre les usagers du service sur le territoire national a également pour effet de limiter la décentralisation de la distribution d'énergie.

b. Une centralisation justifiée par la recherche d'égalité

337. La centralisation du secteur énergétique a permis, selon Yves Durrieu « la reconstruction nationale, à partir de 1946, et a constitué l'une des armes essentielles du Plan MONNET. Elle a également autorisé l'introduction de l'énergie sur l'ensemble du territoire national, grâce aux interconnexions des réseaux. Enfin, une politique de rationalisation, à partir des décisions de l'Etat, a pu être menée. »[664] Il apparaît ainsi que si le rôle des collectivités territoriales s'est révélé important dans la mise en place de l'activité, celui de l'Etat, dans l'a été tout autant s'agissant de son développement. C'est en partie grâce aux interventions du législateur faisant de l'électricité un service obligatoire qu'une desserte en

---

[661] Publié aux Petites Affiches, n°245 du 8 décembre 2006, p. 17
[662] *Le Nouveau Littré*, Paris, Edition Garnier, 2004
[663663] L. RICHER, « Les collectivités locales et l'électricité après la loi du 10 décembre 2000 », *précité*, p. 388
[664] Op. Cit. p. 220

électricité sur l'ensemble du territoire national a pu être assurée. Ainsi, alors même que le la distribution est un service public local, une égalité entre les usagers a été réalisée sur l'ensemble du territoire national.

De même, c'est parce que les tarifs de la distribution sont fixés au niveau national et qu'ils permettent une péréquation, qu'une égalité tarifaire est réalisée entre tous les usagers du service public de la distribution d'énergie. Il semble qu'une certaine centralisation soit la condition *sine qua non* permettant la réalisation d'une telle égalité.

338. Jean Bénoit reconnaît cependant que « le maintien de l'égalité de traitement est également possible dans le cadre de la libre administration, par l'encadrement du pouvoir d'appréciation des autorités locales. »[665] Il convient ainsi de déterminer quelle doit être l'ampleur de cet encadrement afin que soit respecté le juste équilibre entre égalité et libre administration, deux principes de valeur constitutionnelle comme l'énonce l'auteur, « la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est toutefois pas sans ambiguïtés quant aux rapports entre le principe d'égalité et le principe de libre administration. »[666] En outre, les exemples jurisprudentiels concernent très souvent le rapport entre libre administration et égalité relatifs à l'organisation d'une liberté publique et ne sont donc pas transposables à la matière énergétique. Toutefois, le Conseil d'Etat, s'est prononcé à ce sujet dans sa décision du 30 novembre 2006. Il a considéré que les atteintes apportées à la libre administration des collectivités territoriales par le législateur trouvaient leur justification « dans la nécessité […] de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution ». Le respect du principe d'égalité en matière tarifaire sur l'ensemble du territoire tout comme la cohérence, justifie que soient apportées des limites au principe de libre administration des collectivités territoriales qui, d'une manière générale, « manque d'une ossature constitutionnelle »[667].

339. Si désormais, le secteur énergétique fonctionne de manière globalement satisfaisante, la centralisation existante ne peut pertinemment pas être remise cause purement et simplement, y compris en matière de distribution. En effet, seule une coordination au

---

[665] J. BENOIT, « La liberté d'administration locale », RFDA, 2002, p. 1074
[666] Ibidem
[667] H. COURIVAUD, « Les collectivités locales confrontées à la libéralisation des activités de réseaux électriques : convergences et divergences d'approches entre la France et l'Allemagne », *précité*, p. 420

niveau national peut mettre en place une péréquation tarifaire permettant à tous les consommateurs d'avoir accès à l'électricité à des prix identiques quel que soit le lieu de la consommation finale.

340. De même que la centralisation existant en matière de distribution depuis 1946 empêche de renforcer le rôle des collectivités locales et ainsi, s'oppose à reconnaître de nouveau à cette activité un caractère local, les évolutions liées à l'ouverture du secteur à la concurrence semblent également s'opposer à un renouveau du pouvoir des collectivités territoriales témoignant d'un large *statu quo* et d'un renoncement semblant définitif à une décentralisation de la distribution d'électricité et de gaz.

B- L'hostilité à l'égard de l'interventionnisme industriel et commercial des collectivités territoriales

341. A l'heure actuelle, une seule entorse a été effectivement apportée au monopole des opérateurs historiques en matière de distribution : la mise en concurrence des contrats de concessions de la distribution de gaz dans les zones jusque là non encore desservies. Cependant, malgré la jurisprudence communautaire, aucune disposition législative n'impose de mise en concurrence générale des contrats de concession de distribution de l'électricité et du gaz. Si dans ces deux secteurs, il est probable que la loi évolue, la mise en concurrence de ces contrats n'est encore qu'une hypothèse. En l'état actuel du droit, aucune évolution remarquable en faveur d'un renforcement des pouvoirs des collectivités territoriales ne s'est produite. A l'heure actuelle, les collectivités territoriales sont confrontées à des obstacles juridiques (1) et matériels (2) bloquant leurs perspectives d'évolution.

1) Des obstacles juridiques

342. Depuis la nationalisation, le caractère largement industriel et commercial de la distribution a été renforcé. La libéralisation du secteur et ses différentes implications a également contribué à le consolider, le changement de statut des opérateurs historiques allant effectivement dans ce sens. Les facilités d'évolution des distributeurs non nationalisés tendent à en faire des « industriels ordinaires » et ainsi à les éloigner d'un service public local.

343. Les obstacles traditionnels[668] limitant un interventionnisme trop important des collectivités territoriales en matière énergétique et, plus précisément, en matière de distribution d'électricité et de gaz, n'ont pas disparu. Bien que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ait été régulièrement interprété comme permettant aux collectivités territoriales d'intervenir, dans une certaine mesure, en matière industrielle et commerciale, cet interventionnisme reste largement encadré. Le juge administratif accepte en effet de plus en plus de considérer les personnes publiques comme des opérateurs ordinaires. C'est ainsi que, dans son avis du 8 novembre 2000[669], le Conseil d'Etat a accepté que des personnes publiques soient candidates à l'attribution d'un marché public en considérant qu' « aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ». Comme le remarquent les auteurs des grands arrêts de la jurisprudence administrative, « l'interdiction qui, pendant longtemps a pesé sur les personnes publiques, d'exercer ou de soutenir des activités industrielles et commerciales, était liée autant à l'inégalité que leur statut risque d'introduire à leur profit ou au détriment des entreprises qu'à la délimitation de la sphère publique : les avantages de la puissance publique, en faussant la concurrence, défavorisent l'initiative privée. Mais si les personnes publiques y renoncent, la concurrence se trouve rétablie. »[670] Ainsi, dès lors qu'elles respectent les règles de la concurrence, les collectivités territoriales semblent pouvoir intervenir directement en matière de distribution d'électricité et de gaz et assurer cette activité par le biais de régies locales de distribution. En outre, les récentes lois intervenues en la matière semblent, à première vue, sinon encourager, à tout le moins ne pas empêcher l'existence de telles structures. Il ne s'agit cependant que d'un a priori. Tout d'abord, les limitent posées par la jurisprudence chambre syndicale du commerce en détail de Nevers n'ont jamais été profondément remises en cause et si elles ont connu quelques assouplissement, force est de reconnaître qu'elles demeurent. Il ressort, en effet, de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris[671] que « les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies […] qu'en outre, si elles entendent indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles

---

[668] Il s'agit essentiellement de la liberté du commerce et de l'industrie et de la centralisation énergétique.
[669] CE, avis n° 222208 du 8 novembre 2000, rec. p.492
[670] *GAJA*, 15ème édition, précité, p. 279
[671] CE, 31 mai 2006, n° 275531, Ordre des Avocats au Barreau de Paris

ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur le marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ». Doit-on déduire de cette jurisprudence que ces conditions s'appliquent uniquement dans le cas d'activités autres que les missions de service public leur incombant ? A priori, oui. Dès lors, rien ne s'oppose à ce qu'au terme du contrat de concession, la collectivité concédante ne le renouvelle pas mais prenne en charge elle-même le service public par le biais d'une régie ou même d'une société d'économie mixte locale. C'est, par ailleurs, ce qui semble résulter de l'article L. 2221-1 du Code général des collectivités territoriales qui dispose : « Les communes et les syndicats de communes peuvent exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial. Sont considérées comme industrielles et commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées, soit par application de la loi des 2-17 mars 1791, soit, en ce qui concerne l'exploitation des services publics communaux, en vertu des contrats de concession et d'affermage ». Cette disposition permettant aux communes de créer des régies devrait, en théorie, autoriser les communes à créer des régies de distribution d'électricité et de gaz. Cependant, il apparaît, sans la moindre ambiguïté que le secteur de l'électricité et du gaz fait figure d'exception. L'article 23 bis de la loi de nationalisation – inséré par la loi du 9 août 2004 – s'il est venu limiter l'impact de la cristallisation des distributeurs non nationalisés mise en place par l'article 23 de la loi du 8 avril 1946, ne favorise pas la création de régies locales de distribution. Cet article reconnaît aux sociétés d'économie mixte locales concessionnaires de la distribution d'électricité ou de gaz ou à celles qui assurent la fourniture d'électricité ou de gaz pour le compte d'un distributeur non nationalisé ainsi qu'aux régies de distribution dotées de l'autonomie financière et de la personnalité morale, la possibilité de créer une société commerciale à « condition de lui transférer l'ensemble de leurs contrats de fourniture d'électricité ou de gaz ». La loi rappelle que l'objet statutaire de la société est limité aux activités production et de fourniture d'électricité et de gaz et aux prestations complémentaires ». Il ressort de ces dispositions que l'article 23 bis de la loi du 8 avril 1946 n'a aucunement pour objet la création de nouvelles régies de distribution. Ainsi, l'interventionnisme direct des collectivités territoriales en la matière reste cantonné aux régies existantes. En outre, il ne s'agit là que

d'une dérogation, le principe de la concession de service public n'ayant toujours pas été remis en cause par le législateur. En conséquence, le nombre de distributeurs non nationalisés ne devrait pas être amené à se développer et partant, l'interventionnisme direct des collectivités territoriales en matière de distribution.

344. En plus des obstacles juridiques persistants et ne leur permettant pas de s'impliquer plus largement dans l'activité de distribution d'électricité et de gaz, les collectivités territoriales ne disposent pas de moyens matériels les incitant à s'impliquer plus largement dans ce domaine.

2) Des obstacles matériels

345. Bien que dans son rapport public de 2001, la Cour des comptes ait énoncé que « les collectivités organisatrices [bénéficiaient] de ressources abondantes »[672] dans la mesure où, s'agissant de la distribution d'électricité, elles perçoivent les taxes sur l'électricité, les redevances des concessions et les contributions du FACE[673], les moyens des collectivités territoriales restent tout de même fort limités. En outre, lorsque les taxes sont perçues par les syndicats intercommunaux comme la loi les y autorise[674], elle est « d'autant moins utilisée au financement de l'électrification rurale que les syndicats ont diversifié leurs compétences. De surcroît, certains d'entre eux reversant intégralement aux communes adhérentes le produit de la taxe qu'ils encaissent en leur lieu et place. »[675]

346. En outre, le législateur peut légitimement considérer que renforcer les moyens financiers des collectivités concédantes est parfaitement inopportun. En effet, dans le cadre de la concession de l'activité de distribution, l'autorité territoriale n'a pas à disposer de moyens considérables pour permettre un bon fonctionnement du service public, le propre de la

---

[672] Cour des Comptes, Rapport public, Paris, Editions des Journaux officiels, 2001, p. 727
[673] En 1999, le produit global des taxes sur l'électricité s'est élevé à 0,82 Md€ pour les taxes communales et à 0,42 Md€ pour les taxes départementales.
[674] L'art. L. 5212-24 du CGCT prévoit : « Lorsqu'il existe un syndicat intercommunal exerçant la compétence d'autorité organisatrice de la distribution publique d'électricité, la taxe prévue à l'article L. 2333-2 peut être établie par délibération du syndicat et perçue par lui au lieu et place de ses communes membres dont la population est inférieure à 2 000 habitants ou dans lesquelles la taxe est perçue par le syndicat au 1er janvier 2003. Pour les autres communes, cette taxe peut être perçue par le syndicat au lieu et place de la commune si elle est établie par délibérations concordantes du syndicat et de la commune. »
[675] Cour des Comptes, Rapport public, précité, p. 737

concession étant précisément de faire peser sur le concessionnaire les différentes charges inhérentes à l'activité. Comme l'indique Laurent Richer, « dans son type idéal, la concession comporte une gestion aux ' risques et périls ' du concessionnaire »[676] « les bénéfices comme les pertes sont pour lui, il est maître d'ouvrage des travaux à réaliser, il est employeur des salariés, il est responsable des dommages »[677]. Si des nuances doivent impérativement être apportées à ces diverses caractéristiques propres à la concession, il en ressort que ce type de contrat peut se révéler d'un confort certain pour les collectivités territoriales. Ces dernières, sans toutefois négliger les obligations liées à leur statut d'autorités concédantes, sont relativement détachées des questions relatives à la gestion quotidienne du service. Concernant la distribution de l'électricité et du gaz, le rôle des collectivités concédantes est, cependant sur le papier, d'une importance non négligeable. C'est ainsi, par exemple, que le modèle de cahier des charges pour la distribution publique du gaz prévoit à son article 12.21 que « lorsque que le concessionnaire exécutera, à son initiative, des travaux entraînant des déplacements ou des modifications d'ouvrages ne faisant pas partie de la concession, il prendra en charge toutes les dépenses afférant aux déplacements et aux modifications de ces ouvrages. Le concessionnaire pourra toutefois demander à leur propriétaire le financement de la partie de ces dépenses qui correspondrait à une amélioration des ouvrages déplacés ou modifiés sous réserve qu'il y ait eu accord préalable avec lui. » Ainsi, alors même que le service est concédé, disposer de fonds destinés à la distribution ne semble pas inutile à l'heure où les autorités concédantes constatent par ailleurs « une diminution globale du niveau d'entretien des réseaux locaux ainsi qu'une diminution du renouvellement des installations. Elles constatent également un certain éloignement du service d'EDF par rapport à ses usagers. »[678]

347. Les collectivités, ne disposent pas, en outre, des moyens matériels leur permettant d'exercer un réel contrôle sur leur concessionnaire. Cela ne doit pas nous étonner. En nationalisant la distribution, le législateur ne leur a pas transféré de moyens financiers et techniques supplémentaires dans la mesure où la nationalisation a eu, sinon pour vocation, au moins pour conséquence, de limiter grandement l'implication des collectivités territoriales dans la gestion de la distribution d'électricité et de gaz.

---

[676] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2006, p.519
[677] Op. Cit., p. 523
[678] A. LE GALL, *L'électricité et les collectivités locales*, Paris, Le Moniteur, 2004, p.107

La loi du 9 août 2004 a apporté quelques possibilités d'évolution s'agissant de la participation directe des collectivités territoriales à la distribution d'électricité et de gaz mais celles-ci ne concernent pas directement l'activité de distribution. Si la fusion de régies est rendue possible, la création de nouvelles structures ne l'est toujours pas. Cette situation est-elle regrettable ? Dans le cas où l'activité est concédée à ERDF, est-il pertinent que la collectivité concédante mette un terme à cette collaboration afin de prendre en charge, elle-même ce service ? Une telle solution ne serait pas nécessairement rentable. Bien évidemment, si une telle situation devait se produire, le Facé viendrait apporter l'aide financière nécessaire à la collectivité territoriale. Cependant, il ne semble pas opportun de créer une régie si sa survie dépendant d'une aide provenant d'un fonds de compensation. Si la loi du 9 août 2004 a permis la fusion des distributeurs non nationalisés existants, c'est que leur taille était manifestement insusceptible de leur permettre de subsister à la suite de la libéralisation. Dès lors, la création de nouvelles structures ne semble pas économiquement viable. Il faudrait, pour que l'activité soit rentable créer une structure d'une taille relativement importante, or, cela n'est pas la vocation première des collectivités territoriales. Si les collectivités disposent de compétence leur permettant d'intervenir en matière économique, il est incontestable que cela n'est pas leur essence même. Cependant, dès lors qu'un intérêt local le justifie, les collectivités territoriales peuvent « au titre de la clause générale de compétence créer des activités économiques ou soutenir une activité économique »[679]. La fusion des régies reste toutefois un élément important de la prise en charge de cette activité par les collectivités territoriales dans la mesure où elle leur permet de grouper leurs moyens techniques, financiers et humains et d'ainsi mettre en place une structure plus efficace.

348. Ces obstacles viennent considérablement circonscrire les conséquences espérées de la mise en concurrence des contrats de concession. En effet, le contexte dans lequel cette mise en concurrence va avoir lieu n'est pas favorable à un renforcement des pouvoirs des collectivités concédantes. Ainsi, cette petite révolution en matière de concession de distribution n'est finalement destinée à ne produire que des effets particulièrement limités pour les collectivités concédantes.

---

[679] J.Y. CHEROT, *Droit public économique*, précité, p. 907

§2 : Des leviers d'évolution à l'efficacité limitée

349. La probable remise en cause des quasi-monopoles de ERDF et de GRDF en matière de distribution n'aura certainement qu'un impact limité (A). Il le sera d'autant plus que les alliés des collectivités territoriales dans la recherche d'un renforcement de leurs pouvoirs restent, à l'heure actuelle, introuvables (B).

A- La perspective d'un impact limité de la remise en cause des quasi-monopoles

350. S'agissant de l'activité de distribution en matière électrique, la remise en cause du monopole d'ERDF n'est encore qu'une hypothèse même si la jurisprudence communautaire ne semble guère laisser de place au doute quant à l'avenir d'un tel quasi-monopole. Néanmoins, le législateur français ne l'a pas encore remis en cause.

En outre, la FNCCR, représentant les collectivités concédantes a, dans son livre blanc, imaginé un scénario limitant les conséquences de cette possible mise en concurrence des contrats de concession. Elle préconise d'opérer une dissociation au sein de l'activité de distribution. D'une part, les activités « régaliennes » de la distribution, dont la fonction correspondrait à la gestion des contrats passés avec les utilisateurs du réseau ainsi que la facturation d'un tarif qui demeurerait péréqué, resterait une activité monopolistique. D'autre part, les activités « opérationnelles », comprenant schématiquement les opérations de construction, d'exploitation technique et de maintenance des réseaux, seraient ouvertes à la concurrence. Dans ce cas de figure, les collectivités seraient en charge de la mise en concurrence des contrats relatifs à ces activités opérationnelles. La FNCCR s'appuie sur la notion de gestionnaire de réseau pour justifier une telle dissociation. Le distributeur bénéficiant d'un monopole « correspondrait 'peu ou prou' au gestionnaire de réseau de distribution »[680] et l'opérateur en concurrence « correspondrait à l'opérateur commun de réseau EDF-GDF ». Cette proposition ne paraît cependant pas totalement conforme à la jurisprudence communautaire qui ne semble pas opérer une telle distinction. En outre, ouvrir l'activité « construction – exploitation – maintenance » à la concurrence tout en maintenant le quasi-monopole de ERDF et GRDF en matière de gestion du réseau est pour le moins compromis, du moins, en matière gazière. En effet, CRDF est désormais la filiale d'une

[680] FNCCR, *Livre Blanc*, précité, p. 37

entreprise privée[681]. Or, l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 s'oppose à la privatisation des monopoles[682]. Par ailleurs, contrairement à la loi du 10 février 2000 citant expressément les gestionnaires de réseau[683], la loi du 3 janvier 2003 ne mentionne que « le transporteur » ou « le distributeur » et « tout transporteur de gaz naturel, tout distributeur de gaz naturel »[684] laissant ainsi sous-entendre qu'ils sont plusieurs et qu'il n'y a pas, par conséquent, de monopole en la matière.

351. L'hypothèse la plus vraisemblable à terme est très certainement celle de la mise en concurrence des contrats de concession telle qu'elle résulte de la jurisprudence Coname. Elle serait par ailleurs conforme aux aspirations de certaines communes qui « ne cessent de revendiquer un rôle croissant dans ce domaine et davantage de liberté dans le choix des concessionnaires. »[685] Dès lors, « la question est, bien entendu, de savoir si une telle mise en concurrence stimulerait plus efficacement la qualité que le fait actuellement le contrôle effectué en continu, par les collectivités concédantes, sur l'activité d'un concessionnaire imposé par l'Etat. »[686]

Il apparaît cependant, que, même si cette hypothèse devait se produire, ses effets pourraient n'être que limités s'agissant du rôle des collectivités territoriales. En effet, la fin des monopoles en matière de distribution risquerait, selon la FNCCR[687], de mettre fin au tarif national pour le remplacer par un plafond local. Dans un tel cas de figure, afin de limiter l'existence de disparités sur le territoire national, l'Etat pourrait être tenté de mettre en place un barème national de tarifs maximums. Ainsi, les collectivités territoriales verraient leur liberté contractuelle, dans le cadre de la négociation de la concession, toujours aussi réduite. Cependant, l'abandon du mécanisme du tarif « timbre-poste » n'est pas souhaitable. Il n'est pas possible d'imaginer que puissent se mettre en place de larges disparités tarifaires selon la

---

[681] La privatisation de GDF est le résultat de sa fusion avec Suez le 22 juillet 2008.
[682] L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose : « 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. »
[683] L'article 18 de la loi du 10 février 2000 dispose que « EDF et les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée sont les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité. »
[684] Tel est, par exemple le cas de l'article 21 de la loi du 3 janvier 2003.
[685] Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Tome 1, précité, p. 143
[686] M. LAPEYRE, « Electricité et gaz : la progression du rôle des collectivités locales », in *Les collectivités territoriales et l'énergie*, p.136
[687] FNCCR, *Livre blanc*, précité p. 37

zone dans laquelle l'usager réside. En outre, il est évident que les tarifs les plus onéreux seraient ceux des zones au sein desquelles le réseau est très étendu et l'habitat dispersé, ces mêmes zones souvent rurales qui, petit à petit, voient les services publics disparaître de leur paysage du fait de leur trop faible rentabilité. Il n'est pas acceptable de voir les habitants de ces zones souffrir, une fois encore, de leur éloignement des zones urbaines en leur affectant des tarifs plus élevés que ceux en vigueur dans celles-ci. Les différences de tarifs pourraient être de nature à influer sur l'aménagement du territoire. En effet, les entreprises chercheraient à s'installer dans des zones où les tarifs de l'électricité et, le cas échéant, du gaz sont les plus compétitifs ce qui ne pourrait que très difficilement être le cas dans ces petites zones rurales.

L'unité des tarifs de la distribution au niveau national ne doit pas être remise en cause ; or le recours à la péréquation est la meilleure façon de le garantir le maintien de cette égalité tarifaire.

352. En tout état de cause, l'exigence de concurrence présente un intérêt certain pour les collectivités concédantes. Elles pourraient négocier les contrats et, en outre, elles seraient en mesure de mieux contrôler leur concessionnaire. En cas de mécontentement, elles pourraient en changer lors du renouvellement de la concession, considération de nature à rééquilibrer les rapports entre les deux cocontractants. Le choix du concessionnaire permettrait aux collectivités territoriales de renouer avec certains aspects de leur rôle d'autorité concédante. Toutefois, l'exigence d'un minimum de centralisation implique une limitation des prérogatives de l'autorité locale concédante. Il semble que le caractère spécifique de l'électricité et du gaz soit à l'origine de la position relativement mesurée de la FNCCR s'agissant du degré de décentralisation à mettre en place en matière de distribution. En effet, s'il apparaît régulièrement que les communes veulent réellement retrouver la jouissance de leurs prérogatives d'autorités concédantes, il n'en demeure pas moins qu'au niveau national, la FNCCR se montre quelque peu hostile à une trop grande décentralisation de l'activité de distribution. C'est ainsi que lors de son congrès de Deauville en septembre 1997, Jean Propriol, alors président du syndicat autorité concédante de la Haute-Loire a fait part de sa volonté d'exercer une fonction « complémentaire à celle de l'Etat ». La FNCCR, en défendant un certain *statu quo* et ne semblant plus, à l'heure actuelle, partisane d'une plus grande décentralisation de la distribution de l'électricité et du gaz, s'oppose à un courant minoritaire d'associations liées à Energie-Cités et regroupant notamment l'AMORCE,

l'AIVF, Le RARE et le CLER qui elles, souhaitent que soient reconnues plus de compétences aux collectivités territoriales en matière énergétique.

353. La soumission des contrats de concession à la concurrence n'aurait qu'un impact limité alors même que la reconnaissance d'une certaine liberté dans le choix du concessionnaire constituerait une évolution notable de la marche du secteur. En outre, le rôle des collectivités territoriales ne pourrait être amené à évoluer qu'au regard du choix du concessionnaire. En effet l'autre modalité de prise en charge de l'activité de distribution d'énergie, la régie, devant toujours faire face à un certain nombre d'obstacles. Si ce rôle limité des collectivités territoriales nous semble relativement figé, c'est également parce qu'elles ne disposent pas d'alliés leur permettant de renforcer ce rôle qui est actuellement le leur en matière de distribution.

B- Des alliés introuvables

354. Certains auteurs voient en deux structures, des alliés des collectivités territoriales susceptibles de leur permettre de renforcer leurs pouvoirs : la commission de régulation de l'énergie (1) et l'intercommunalité (2). Il nous semble, au contraire, que ces structures ne soient pas de nature à renforcer les pouvoirs des collectivités territoriales. Tout au plus peuvent-elles leur en permettre la protection et la conservation.

1) La commission de régulation de l'énergie

355. La commission de régulation de l'énergie[688] est, selon François-Mathieu Poupeau, une institution susceptible de constituer un allié des collectivités territoriales dans la recherche d'une plus grande décentralisation de l'activité de distribution. Il énonce à ce titre que « l'un des premiers effets […] de la libéralisation est de s'accompagner d'un vaste mouvement de clarification et d'explication des rôles dévolus à l'ensemble des acteurs impliqués dans la gestion du service public de l'électricité »[689]. S'agissant du secteur gazier

[688] Pour une présentation de cette institution, voir supra chapitre 1 Titre 2.
[689] F.M. POUPEAU, *Le service public à la Française face aux pouvoirs locaux. Les métamorphoses de l'Etat jacobin*, précité, p. 122

les conséquences sont, sinon plus importantes, à tout le moins largement comparables. Il énonce ainsi que dans le cadre des relations « centre-périphérie », la Commission de régulation de l'énergie « est appelée à occuper une place particulièrement importante »[690]. Bien que lui reconnaissant un rôle encore quelque peu timide en la matière, l'auteur considère que cette commission « se mue déjà en allié de circonstance pour les collectivités locales dans lesquelles elle peut voir des acteurs à même de stimuler le processus de libéralisation. »[691] En effet, il arrive que la commission de régulation de l'énergie se positionne dans le sens des revendications des collectivités territoriales. A titre d'exemple, elle s'est prononcée en faveur d'une plus grande transparence dans la présentation des comptes et du patrimoine des concessions, ce que demandaient depuis plusieurs années, les collectivités concédantes. Doit-on pour autant, voir dans la commission de régulation de l'énergie cet allié des collectivités territoriales décrit par François-Mathieu Poupeau ? Il ne nous semble pas qu'elle permette, à plus ou moins brève échéance, aux collectivités concédantes de renforcer leur pouvoir. Tout d'abord – et François-Mathieu Poupeau le reconnaît volontiers – la commission de régulation de l'énergie apparaît « il est vrai, encore en retrait sur le dossier des compétences locales des collectivités locales. Ses pouvoirs en la matière sont d'autant plus limités que la loi du 10 février 2000 n'a guère statué sur la question. »[692] Il note, en outre, fort opportunément, qu' « à bien des égards, le soutien apporté par la CRE à certaines revendications locales apparaît surtout motivé par des considérations tactiques : accélérer la mise en concurrence dans le marché où […] EDF conserve une position dominante »[693]. Il semble en effet pertinent de se demander si ce soutien que la commission de régulation de l'énergie apporte aux collectivités territoriales n'est pas simplement le fruit d'une opportune convergence d'intérêts. En effet, la régulation opérée par Commission de régulation de l'énergie bride plus qu'elle ne protège les collectivités concédantes[694]. Dès lors, voir dans cette dernière un allié ne semble pas réaliste. Ce soutien n'est lié qu'à un contexte particulier.

Un autre allié du renforcement des pouvoirs des collectivités territoriales est également mis en avant par certains auteurs : l'intercommunalité.

2) L'intercommunalité

---

[690] Ibidem
[691] Op. cit., p. 123
[692] Op. Cit. p. 122
[693] Op. cit. p. 124

356. La constitution d'une structure intercommunale permet la mise en place de services techniquement compétents. Elles sont d'une importance considérable s'agissant de la qualité de gestion du service public de la distribution d'électricité et de gaz. L'intercommunalité apparaît, certes, nécessaire. En effet, si la taille des autorités concédantes était trop réduite, assurer ce service ne serait que très difficilement réalisable.

357. En plus d'une gestion plus adaptée, l'intercommunalité a l'avantage considérable de permettre une relation plus équilibrée entre le concessionnaire et l'autorité concédante. Cependant, si la FNCCR considère que le dialogue entre les deux parties à la concession « ne peut véritablement s'exercer d'égal à égal que si l'autorité organisatrice intervient elle-même sur un territoire suffisamment étendu »[695]. Cette seule considération ne saurait toutefois suffire à établir une telle relation entre les deux parties. En effet, si la relation entre un distributeur non nationalisé et un syndicat peut effectivement être équilibrée, tel n'est pas le cas s'agissant des relations entre les syndicats intercommunaux concédants et ERDF ou GRDF desservant la majeure partie du territoire national.

358. Par ailleurs, bien que la constitution de structures intercommunales ait permis l'électrification rurale, cette préoccupation est aujourd'hui obsolète dans la mesure où la quasi-intégralité du territoire est desservie en électricité. Il convient néanmoins de veiller au renforcement du réseau, à l'effacement ou à l'enfouissement des lignes, projets qui sont plus pertinents à l'échelle intercommunale. S'agit-il pour autant d'un renforcement du pouvoir des collectivités territoriales ? Il ne le semble pas. C'est le principe de continuité et de mutabilité qu'elles protègent ainsi, comme elles l'ont toujours fait[696].

Enfin, si la question de la distribution d'énergie n'est pas présente au sein de certains syndicats intercommunaux alors qu'ils en ont la possibilité depuis 1906, il semble que cela soit le fruit d'une volonté délibérée des communes membres de conserver pleinement cette compétence.

---

[694] Voir supra titre 2, chapitre 1, section 2.
[695] FNCCR, *Livre Blanc*, précité, p. 70
[696] Voir supra, titre 2, chapitre 1, section 1

359. A l'heure actuelle, hormis la garantie que confèrent les collectivités territoriales à une activité au sein de laquelle elles jouent un rôle, aucune justification pertinente d'un renforcement du pouvoir des collectivités territoriales n'a été apportée. Les collectivités territoriales n'ont pas les moyens d'assurer, à elles seules, le développement, le renforcement, ainsi que les diverses opérations relatives à la gestion du réseau. Une aide extérieure est nécessaire, à l'image du FACE sans lequel l'électrification des campagnes serait probablement demeurée un mythe. Dès lors, si un rôle plus grand des collectivités territoriales en matière de distribution reste une volonté ne pouvant être condamnée, il ne pourrait qu'être subordonné à l'octroi de moyens leur étant extérieurs. Pourquoi renforcer un rôle qu'elles ne seraient pas en mesure d'assumer ? Dans une telle hypothèse, la qualité du service public risquerait d'en pâtir. La solution la plus opportune est très certainement celle qui est défendue par la FNCCR : un statut quo du rôle des collectivités territoriales qui, compte tenu des moyens juridiques et matériels dont elles disposent le remplissent parfaitement mais qui, compte tenu de ces mêmes moyens, ne pourraient efficacement en assumer un nouveau.

360. Cette recherche de centralisation nous amène cependant à nous poser la question du caractère local de la distribution d'énergie. En effet, malgré l'affirmation du Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 novembre 2006, l'ambiguïté demeure. Il est difficilement concevable de considérer la distribution d'électricité et de gaz comme un service public local dès lors que la libre administration des collectivités territoriales est considérablement limitée. Une telle limitation confinant à l'absence nous conduit à considérer que le législateur, en ne renforçant pas les pouvoirs des collectivités territoriales a entendu conférer à cette activité, un véritable caractère de service public, sinon national, au moins mixte. En effet, tout comme il n'était pas sérieusement envisageable de parler de service public local de la distribution à la suite de la nationalisation, il n'est pas plus envisageable de maintenir ce qualificatif à l'heure actuelle. Cependant, avec la fin annoncée du renouvellement des concessions à ERDF et GRDF sans mise en concurrence préalable et le renouveau d'un certain pouvoir des collectivités concédantes dans le choix de leur concessionnaire, parler de service public national semble excessif. Il ne s'agit encore que de fiction juridique cependant, la situation devrait très légèrement évoluer en faveur des collectivités territoriales. Très légèrement cependant.

Conclusion du titre second

361. Alors que la libéralisation du secteur permettait de laisser entrevoir des perspectives d'évolution du rôle des collectivités territoriales dans le sens d'un renforcement de leurs prérogatives d'autorités en charge de la gestion de ce service public, cela ne s'est pas réalisé.

Sous certains aspects, leur rôle s'est encore affaibli. En effet, la libéralisation a impliqué de distinguer les activités de fourniture et de distribution faisant sortir la première des contrats de concession et amenuisant ainsi le champ de compétence des collectivités territoriales en matière énergétique.

Par ailleurs, les quelques innovations liées à la libéralisation du secteur telles que celle faisant des collectivités territoriales des régulateurs se révèlent n'être que des coquilles vides.

Si un certain vent de liberté vient souffler sur les distributeurs non nationalisés, renforçant, à ce titre, les collectivités territoriales, en leur permettant de s'affirmer sur le marché, cela ne doit en aucun cas faire perdre de vue qu'il ne s'agit là que de cas exceptionnels. En effet, la règle en matière de distribution reste celle qu'elle était en 1946 : le recours à la concession à ERDF et GRDF – succédant à EDF et GDF s'agissant de la distribution.

La libéralisation n'a ainsi pas permis de décentraliser la distribution qui reste un service public largement centralisé malgré la qualification que peut en faire le législateur.

Cette situation ne devrait pas considérablement évoluer dans la mesure où le mouvement de libéralisation touchant la distribution ne nous semble pas susceptible d'affecter la situation tant des concessionnaires que des autorités concédantes, à tout le moins, dans un futur proche. Par ailleurs, les aspects industriels et commerciaux du secteur énergétique ne jouent pas en faveur d'une remise en cause de la centralisation existante. Aussi, le rôle des collectivités territoriales devrait-il perdurer en l'état encore quelques années.

Conclusion de la première partie

362. Si les collectivités territoriales ont mis en place un service public indispensable et ont ainsi, joué un rôle essentiel en matière énergétique, c'est la nationalisation de 1946 qui a permis le parachèvement de l'organisation de la distribution et une desserte toujours plus étendue. Certes, la loi de 1946 a mis en place un mécanisme faisant perdre, dans les faits, au service public de la distribution son caractère local, mais en centralisant ce service, une égalité entre tous les usagers situés sur le territoire national a été et est toujours assurée.

Ainsi, alors même que toutes les lois intervenues en la matière à l'occasion de la libéralisation du secteur énergétique ne cessent de réaffirmer le caractère local de la distribution, aucune de leurs dispositions n'a permis de restituer à cette activité son caractère effectivement local. Les perspectives d'évolutions en ce sens sont, en outre relativement réduites. Dès lors, il apparaît que la distribution a définitivement perdu son caractère local, ce qui n'empêche pas un fonctionnement satisfaisant de cette activité. Une implication des collectivités territoriales, apparaît toutefois nécessaire dans le cadre du contrôle du bon fonctionnement du service.

Il semble cependant que, sauf à jouer un rôle effectif dans la passation des concessions de service public, leur rôle en matière de distribution sera, quoi qu'il advienne, relativement réduit.

Pour autant, aussi restreint leur rôle soit-il, les collectivités territoriales sont la garantie d'une certaine qualité de service public, et ne doivent pas renoncer à exercer les quelques compétences qui restent les leurs en la matière. En tout état de cause, il semble désormais certain que l'avenir, l'essor de la relation collectivités territoriales – secteur énergétique ne se fera pas à travers la distribution de l'électricité et du gaz. C'est ailleurs, qu'elles vont devoir jouer un rôle central à l'image de celui qui a été le leur en matière de distribution à la fin du XIXe et au début du XXe Siècles.

L'avenir de la politique énergétique française ne réside pas tant dans l'organisation d'un marché largement libéralisé que dans la prise en compte de la nécessité de protéger les ressources énergétiques.

363. C’est a priori à travers ce second aspect de la politique énergétique que devrait se développer le rôle des collectivités territoriales. La perte de certaines de leurs prérogatives en matière de distribution semble ainsi, pouvoir, dans une certaine mesure, être « compensée » par un rôle relativement nouveau consistant en une importante implication dans la politique de protection des ressources énergétiques.

Deuxième partie : L’essor d’un nouveau rôle des collectivités territoriales : la politique de protection des ressources énergétiques

364. L'une des principales caractéristiques du secteur énergétique est qu'il a récemment évolué. Dorénavant, celui-ci n'est plus envisagé comme un secteur simplement industriel et commercial. Depuis plusieurs années, sa dimension environnementale est au cœur des préoccupations : la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique du 13 juillet 2005 ou la loi Grenelle I du 3 août 2009 en sont les manifestations les plus flagrantes. Elles sont la traduction d'une véritable politique énergétique nationale. Désormais, les différents aspects du secteur de l'énergie sont envisagés, en particulier, à travers l'élaboration et la mise en œuvre d'une politique énergétique impliquant les collectivités territoriales.

365. Les politiques publiques sont « les actions des autorités publiques au sein de la société »[697]. On remarque que de plus en plus, les collectivités territoriales s'impliquent dans les politiques publiques locales. Pierre Muller fait état, à ce sujet « d'un certain renouveau des politiques locales »[698]. Selon Françoise Gerbaux et Mireiller Pongy, « l'émergence de politiques publiques locales se traduit par la constitution de capacités d'expertise et le renouvellement de l'articulation des champs de l'économique, du social, du culturel et du politique au niveau local. »[699] En matière énergétique, l'appropriation de cette question par les collectivités territoriales se traduit par la reconnaissance d'élus ou d'agents locaux spécialement en charge des questions liées à l'énergie. Ainsi, il apparaît que dans une commune de plus de 50 000 habitants sur deux, un élu est en charge des questions énergétiques[700].

La politique publique peut se découper en deux domaines : son aspect industriel et commercial d'une part et son aspect environnemental d'autre part. C'est dans ce second domaine, concernant ce que nous appellerons « la politique de protection des ressources énergétiques » que les collectivités territoriales vont de plus en plus être amenées à intervenir. Cette politique de protection des ressources énergétiques revêt deux aspects : le développement de la maîtrise de la demande d'énergie et la promotion des énergies d'origine renouvelable. Les économies d'énergie, la diversification de ses sources, protègent ainsi ces

---

[697] Y. MENY et J.-C. THIENIG, Politiques publiques, Paris, Puf, 1989, p. 9
[698] P. MULLER, *Politiques publiques*, Paris, PUF, 2004, p. 105
[699] F. GERBAUX et M. PONGY, « Décentralisation et politiques locales, l'exemple des secteurs économique et culturel », *in La décentralisation, dix ans après, Actes du colloque des 5 et 6 février 1992 au Palais du Luxembourg*, Paris, LGDJ, 1993, p. 320.

dernières et contribuent à la sécurité énergétique nationale ainsi qu'à la préservation de l'environnement.

366. S'agissant de la politique de protection des ressources, les collectivités territoriales sont susceptibles d'intervenir à deux niveaux.

Tout d'abord, elles participent à l'élaboration de la politique de protection des ressources. Ensuite, elles contribuent à mettre en œuvre la politique élaborée. Elles agissent ainsi à deux titres : décideuses et exécutantes. Force est de constater que leur champ d'action diffère sensiblement selon qu'elles agissent au titre de l'un ou l'autre de leurs rôles.

L'action des collectivités territoriales en matière d'élaboration de la politique de protection des ressources énergétiques est encore embryonnaire (Titre 1er) alors que s'agissant de la mise en œuvre de la politique de protection des ressources, elles sont beaucoup plus présentes, non seulement, parce que leur intervention est encouragée par le législateur mais également parce qu'elles disposent d'ores et déjà d'outils leur permettant d'intervenir même si ces dernières sont encore faibles au regard de leur nouvelle mission (Titre 2nd).

---

[700] Source : Enquête quinquennale « Energie et patrimoine communale » ADEME, EDF, GDF, AITIF/SIGEIF, 2005, p. 12

Titre 1 : L'implication nouvelle des collectivités territoriales dans l'élaboration d'une politique de protection des ressources

367. L'élaboration d'une politique publique implique d'identifier des priorités, de fixer des objectifs à atteindre et de déterminer les moyens d'y parvenir. Le fait d'être compétentes pour élaborer une politique de protection des ressources contribue à faire des collectivités territoriales de véritables décideuses en matière énergétique. Elles peuvent ainsi concrètement être à l'origine d'une politique de protection des ressources décentralisée. Les collectivités territoriales compétentes sont alors pleinement maîtresses de leur action.

S'agissant particulièrement de l'élaboration des politiques de protection des ressources, leur rôle émerge doucement. On observe qu'une action en ce sens est timidement prévue par certaines dispositions législatives. Cependant, parce que la façon qu'a l'Etat d'envisager une telle compétence est encore trop embryonnaire, le rôle des collectivités territoriales est particulièrement fragile (Chapitre 1er). Or, il apparaît essentiel de renforcer celui-ci, afin que le nouvel aspect de la politique énergétique consistant en la protection des ressources soit le plus efficace possible (Chapitre 2nd).

Chapitre I : Un nouveau rôle encore fragile

368. L'élaboration d'une politique locale de protection des ressources énergétique est une compétence relativement récente des collectivités territoriales du fait de la jeunesse des préoccupations relatives à l'énergie à travers le prisme environnemental.

L'élaboration d'une politique de protection des ressources en droit interne trouve certainement son origine dans la Convention cadre des Nations Unies signée lors du Sommet de la Terre de Rio de Janeiro en 1992[701]. Les agendas 21[702] qui en sont indirectement issus ont été un moyen pour les Etats mais également pour les collectivités territoriales de s'approprier, entre autres, la question de la politique de protection des ressources énergétiques. Le législateur, soucieux de l'intérêt porté par les collectivités territoriales à cette question, n'a, en effet, pas entendu laisser aux seules mains de l'Etat la prise en charge de cette problématique. Il a ainsi reconnu progressivement aux collectivités territoriales la possibilité d'élaborer des politiques locales de protection des ressources (Section 1). Toutefois, force est de constater qu'à l'heure actuelle, ce rôle est fragile et limite l'émergence de véritables politiques locales de protection des ressources énergétiques (Section 2).

Section 1 : La reconnaissance d'une compétence des collectivités territoriales pour l'élaboration d'une politique de protection des ressources

369. Aucune des grandes lois opérant un transfert de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales ne fait référence à la question de la protection des ressources énergétiques. Toutefois, quelques dispositions se rapportant à cette question sont présentes au sein du code général des collectivités territoriales. Finalement, les collectivités territoriales interviennent dans l'élaboration d'une politique de protection des ressources, qu'il s'agisse de la question de la maîtrise de la demande d'énergie (§1) ou de la diversification du bouquet, notamment à travers la politique de promotion des énergies d'origine renouvelable (§2).

[701] Le Sommet de la Terre a semble-t-il, été la première fois qu'un grand nombre d'Etat a constaté la réalité de l'épuisement des ressources énergétiques fossile et de l'impact de l'usage massif du pétrole et du charbon sur l'environnement, à savoir, l'effet de serre.

§1 : Les collectivités territoriales et l'élaboration d'une politique de maîtrise de la demande d'énergie

370. « Outre les actions tendant à réduire la consommation d'énergie de leurs services, les collectivités compétentes définissent des politiques d'urbanisme visant, par les documents d'urbanisme ou la fiscalité locale, à une implantation relativement dense des logements et des activités à proximité des transports en commun et à éviter un étalement urbain non maîtrisé. Etant également responsables de l'organisation des transports, elles intègrent dans leur politique de déplacements, en particulier dans les plans de déplacements urbains, la nécessité de réduire les consommations d'énergie liées aux transports. Elles développent enfin, directement ou avec des agences de l'environnement, et notamment en partenariat avec l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) dans le cadre des contrats de plan Etat-régions, des politiques d'incitation aux économies d'énergie. » Tel est le rôle que reconnaît l'annexe de la loi POPE du 13 juillet 2005 aux collectivités territoriales en matière de promotion de la maîtrise de la demande d'énergie. Avant d'étudier plus précisément les compétences que reconnaît la loi aux collectivités territoriales dans ce domaine, (B), il est nécessaire d'envisager ce que recouvre la notion de maîtrise de la demande d'énergie (A).

A- La notion de maîtrise de la demande d'énergie

371. La maîtrise de la demande d'énergie[703] consiste en une utilisation plus économe et plus rationnelle de l'énergie. Elle a pour vocation de diminuer les coûts écologiques, économiques et sociaux liés à la production et à sa consommation. Elle s'appuie sur l'idée selon laquelle « l'énergie qui pollue le moins est celle que l'on ne consomme pas. »[704] L'action en faveur de la maîtrise de la demande d'énergie présente le double avantage d'avoir des répercussions positives sur la question de la sécurité d'approvisionnement et de

---

[702] Trouvant leur origine dans le Sommet de la Terre de Rio.
[703] Egalement appelée maîtrise de la consommation d'énergie ou sobriété énergétique.
[704] J.-P. SOUVIRON, « Rapport de synthèse sur le débat national énergie et environnement », *Gazette Nucléaire*, 1994, p. 5

l'environnement. En effet, dans son livre vert relatif à l'efficacité énergétique[705], la commission indique que « les économies sont, sans doute, le moyen le plus rapide, le plus efficace avec le meilleur rapport coût efficacité, de réduire des émissions de gaz à effet de serre et d'améliorer ainsi la qualité de l'air, plus particulièrement dans les régions de forte densité de population. »[706]

372. La politique de maîtrise de la demande d'énergie repose sur trois axes. Le premier est relatif au changement de comportement des producteurs. Ceux-ci doivent être encouragés à développer des techniques et des produits plus économes en énergie. Le deuxième axe concerne le comportement des consommateurs. Il est nécessaire de les encourager à acheter des produits plus économes en énergie et à les utiliser de façon plus rationnelle. Enfin, le troisième axe consiste en l'amélioration de l'efficacité énergétique, en particulier dans les bâtiments. En conséquence, la politique de maîtrise de la demande d'énergie repose avant tout sur l'incitation et passe nécessairement par l'information.

La maîtrise de la demande d'énergie apparaît comme étant le domaine d'intervention privilégié des Etats. Comme le remarque la Commission dans son livre vert intitulé « Vers une stratégie européenne de sécurité d'approvisionnement énergétique », dans la mesure où les perspectives relatives à l'offre semblent quelque peu limitées, « seule une politique d'orientation de la demande peut jeter les bases d'une véritable politique de sécurité d'approvisionnement durable en énergie. »[707]

373. Par ailleurs, la politique de la maîtrise de la demande d'énergie est moins coûteuse à mettre en place. Cependant, l'intensité de cette politique a toujours fluctué en fonction du prix du pétrole. L'épuisement programmé du pétrole et son corollaire, un prix toujours plus élevé, combinés au problème du changement climatique ont de nouveau conduit les pouvoirs publics à se saisir de cette question et à encourager l'adoption d'une attitude rationnelle s'agissant de l'utilisation de l'énergie. Aussi, le législateur a-t-il reconnu aux collectivités territoriales la possibilité de se saisir de cette question.

---

[705] Commission européenne, *Comment consommer mieux avec moins, Livre vert sur l'efficacité énergétique*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005, 47 p.
[706] Op. cit., p. 5

B- La reconnaissance d'une compétence des collectivités territoriales en matière d'élaboration d'une politique de maîtrise de la demande d'énergie

374. Tout d'abord, il est très clairement question de maîtrise de la demande d'énergie et de développement des énergies renouvelables à l'article L. 4433-18 du CGCT relatif au plan énergétique régional pluriannuel de prospection et d'exploitation des énergies renouvelables et d'utilisation rationnelle de l'énergie de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion. Toutefois, force est de constater qu'à l'heure actuelle, seules ces collectivités territoriales sont expressément titulaires de cette compétence. Les loi Grenelle I et Grenelle II devraient permettre le développement d'un mécanisme comparable à celui-ci dans la mesure où même s'il n'est aucunement question de plan énergétique régional pluriannuel de prospection et d'exploitation des énergies renouvelables et d'utilisation rationnelle de l'énergie, l'existence de plans destinés à emporter des conséquences sur la politique de protection des ressources énergétiques est envisagée. En particulier, l'alinéa 1er de l'article 7 de la loi Grenelle I du 3 août 2009[708] prévoit d'encourager l'établissement de plans climat-énergie territoriaux[709].

Ces plans « sont des documents résultant d'une démarche volontaire et partagée, mus par une dimension tant politique qu'opérationnelle, et focalisés sur l'énergie et le climat. Il ne s'agit pas d'un outil clé en main, mais bien d'une démarche de développement durable dans laquelle doivent s'impliquer la population et l'ensemble des acteurs »[710]. Ils visent à réduire les émissions de gaz à effet de serre en vue d'atteindre, à terme, le facteur 4 (diminution de 75 % des émissions d'ici 2050) et à adapter les territoires aux changements des conditions climatiques. A ces fins, ils « fixent des objectifs des territoires concernés et définissent des programmes d'actions prenant en compte la dimension globale des activités, déclinées dans tous les domaines économiques et quotidiens, pour les atteindre. »[711]

---

[707] Commission européenne, Livre vert « Vers une stratégie européenne de sécurité d'approvisionnement énergétique », Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001, p. 74

[708] Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement

[709] I. – « Le rôle des collectivités publiques dans la conception et la mise en œuvre de programmes d'aménagement durable doit être renforcé. À cet effet, l'État incitera les régions, les départements et les communes de plus de 50 000 habitants à établir, en cohérence avec les documents d'urbanisme, des « plans climat-énergie territoriaux » avant 2012.

[710] Ch. JACOB, *rapport n° 1133 relatif à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*, AN, p. 248

[711] Précité, p. 249

L'article 7 de la loi Grenelle I du 3 août 2009 reconnaît expressément qu'il s'agit de « renforcer le rôle » des « collectivités publiques dans la conception et la mise en œuvre de programmes d'aménagement durable ». A ce titre, il apparaît au législateur que ces plans climat-énergie territoriaux sont un moyen d'y parvenir.

A l'heure actuelle, l'objectif de mise en place d'un tel plan climat-énergie existe déjà dans les 26 contrats de projet Etat-région. Une cinquantaine de territoires ont engagé un plan climat-énergie territorial parmi lesquels 10 communes, 13 communautés d'agglomération, 2 communautés urbaines, 2 communautés de communes, 8 pays dont 1 regroupement de 5 pays, 10 parcs naturels régionaux et un schéma de cohérence territoriale[712].

375. L'article 68de la loi Grenelle II modifiant la section I du chapitre II du titre II du livre II du code de l'environnement prévoit, quant à lui, l'existence de schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie[713]. Ils sont élaborés conjointement par le préfet de région et le président du conseil général en concertation avec les départements, les groupements de communes, et le gestionnaire du réseau public de transport d'électricité[714]. Ces schémas fixent des orientations visant à atténuer les effets du changement climatique et à s'y adapter. Ils définissent notamment des objectifs en matière de maîtrise de l'énergie, fixent des orientations permettant, pour atteindre les normes de qualité de l'air mentionnées à l'article L. 221-1, de prévenir ou de réduire la pollution atmosphérique ou d'en atténuer les effets. Ils définissent à l'horizon 2020, par zones géographiques, en tenant compte des objectifs nationaux, des objectifs qualitatifs et quantitatifs de la région en matière de valorisation du potentiel énergétique terrestre renouvelable et fatal de son territoire.

376. Il apparaît ainsi nettement que les collectivités territoriales, et plus précisément, les régions, se voient reconnaître une véritable compétence en matière d'élaboration de politique de la maîtrise de la demande d'énergie. Là n'est pas leur seule contribution à la politique de protection des ressources énergétiques puisque les collectivités territoriales sont également compétentes s'agissant de l'élaboration de la politique de promotion des énergies

---

[712] Ces indications sont issues du rapport n°165 de B. SIDO relatif à la mise en œuvre de l'environnement, AN, p. 82

[713] S'il est adopté, cet article deviendra le nouvel article L.222-1 du code de l'environnement.

[714] Le projet de loi prévoit que s'agissant de la Corse, le schéma régional est élaboré par le président du conseil exécutif et que les services de l'Etat sont associés à son élaboration.

renouvelables, même si cet aspect de leur compétence semble secondaire. La maîtrise de la demande d'énergie constitue ainsi le domaine d'action privilégié en faveur de la protection des ressources parce qu'il offre une plus grande marge de manœuvre que ne le permet la politique de l'offre. Celle-ci étant toutefois largement prise en compte afin d'œuvrer en faveur du développement des énergies renouvelables, les collectivités sont partie prenantes dans l'élaboration de politique de promotion des énergies renouvelables.

§2 : Les collectivités territoriales et l'élaboration d'une politique de promotion des énergies renouvelables

377. Comme cela a été fait s'agissant de l'élaboration de politiques locales de maîtrise de la demande d'énergie, il nécessaire, avant d'envisager le rôle effectif des collectivités territoriales s'agissant de l'élaboration de la politique de promotion des énergies renouvelables (B) d'étudier de manière plus générale la notion de promotion des énergies renouvelables (A).

A- La notion de promotion des énergies renouvelables

378. Diversification du bouquet et promotion des énergies renouvelables sont deux types d'actions extrêmement liés. En effet, la diversification du bouquet consiste à développer différentes sources d'énergie, sans totalement renoncer à celles d'ores et déjà utilisées. Cette démarche se fonde principalement sur le développement – et partant la promotion – des énergies renouvelables.

L'énergie majoritairement utilisée à l'heure actuelle provient de gisements de combustibles fossiles ou d'uranium. Or, ces sources d'énergie sont épuisables. Il est, par conséquent nécessaire de développer le recours à d'autres sources d'énergie qui, par opposition aux sources d'énergie épuisables seraient renouvelables. Tel est le cas des énergies provenant du soleil, du vent, des chutes d'eau, de la croissance des végétaux, des marées ainsi que de la chaleur de la terre. Par extension, est assimilée à une énergie renouvelable, l'énergie issue des déchets. Dès lors, il convient de ne pas systématiquement amalgamer les énergies renouvelables et les énergies dites « vertes » qui, elles, n'ont que deux sources, le soleil (lui-

même à l'origine du vent, du cycle de l'eau, des marées et de la croissance des végétaux) et la terre (dégageant de la chaleur).

379. Reprenant la liste figurant à l'article 2 de la directive électricité-SER, le législateur interne a, donné une définition des sources d'énergie renouvelables à l'article 29 alinéa 1er de la loi POPE[715]. « Les sources d'énergies renouvelables sont les énergies éolienne, solaire, géothermique, aérothermique, hydrothermique, marine et hydraulique, ainsi que l'énergie issue de la biomasse, du gaz de décharge, du gaz de stations d'épuration d'eaux usées et du biogaz. »[716] L'alinéa second de cet article précise que la biomasse est « la fraction biodégradable des produits, déchets et résidus provenant de l'agriculture, y compris les substances végétales et animales issues de la terre et de la mer, de la sylviculture et des industries connexes, ainsi que la fraction biodégradable des déchets industriels et ménagers. »

380. L'épuisement programmé des combustibles fossiles n'est pas le seul enjeu de la diversification du bouquet énergétique, la protection de l'environnement est tout aussi essentielle. Cet objectif est clairement exprimé à l'article 1er de la loi POPE du 13 juillet 2005 qui énonce que la politique énergétique vise à « contribuer à l'indépendance énergétique nationale et garantir la sécurité d'approvisionnement ; assurer un prix compétitif de l'énergie ; préserver la santé humaine et l'environnement, en particulier en luttant contre l'aggravation de l'effet de serre ; garantir la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie. »

Si les énergies d'origine renouvelable présentent des avantages considérables du point de vu, tant de la sécurité d'approvisionnement que de la protection de l'environnement, elles ne sont pas moins dépourvues d'un certains nombres d'inconvénients. En effet, « les risques de déforestation dus à un usage abusif du bois, les atteintes aux paysages causés par certaines éoliennes, les inconvénients de certains barrages hydroélectriques, l'esthétique parfois

---

[715] Il s'agit de l'unique article du titre III de la loi de programmation fixant les orientations de la politique énergétique intitulé « Les énergies renouvelables ». Il semble que pour le législateur français, les termes « sources d'énergie renouvelables » et énergies renouvelables soient synonymes.

[716] Cette définition a été modifiée par la loi Grenelle I du 3 août 2009, issue d'un amendement à l'article 17 du député M. Christian Jacob dont l'objet est de redonner une définition moins ambigüe des énergies renouvelables, en particulier s'agissant de la qualification des énergies d'origine marine. En effet, l'ancien article 29 de la loi POPE ne visait que les énergies houlomotrice et marémotrice n'incluant pas l'énergie hydrolienne. Désormais, dans la mesure où l'énergie marine inclut les énergies houlomotrice, marémotrice et, entre autres, hydrolienne, les difficultés liées à un problème de qualification de cette dernière devraient cesser. Ont par ailleurs été ajoutées, les énergies aérothermique et hydrothermique.

contestable de certaines installations solaires sont autant de freins possibles au développement de certaines énergies renouvelables. »[717] A ces préoccupations, il convient d'ajouter celle relative au coût de ces énergies qui ne peuvent pas encore bénéficier d'économies d'échelle. Leur développement est toutefois fortement encouragé par les législations interne et communautaire. L'enjeu est de diversifier les sources d'énergie, pas de renoncer aux sources traditionnelles afin d'exclusivement se concentrer sur les sources d'énergie renouvelables. Celles-ci ne pourront pas remplacer totalement les sources actuellement utilisées en France. Consciente des limites relatives aux sources d'énergies renouvelables, la France n'entend donc pas abandonner la production d'électricité nucléaire. Le récent décret n°2008-378 21 avril 2008[718] créant un conseil de politique nucléaire en apporte la preuve. Leur production doit toutefois être encouragée afin de répondre aux objectifs de sécurité d'approvisionnement et de respect de l'environnement fixés dans la loi POPE. Le principal enjeu de la diversification est alors le développement du recours aux sources d'énergies renouvelables. Il appartient au législateur d'encourager – à défaut d'imposer – le recours à ces sources d'énergie en agissant d'une part sur les producteurs et, d'autre part, sur les consommateurs afin d'en faire les « petits producteurs » de leur propre énergie.

381. Le législateur communautaire adopte un comportement comparable au législateur interne, cherchant, lui aussi à encourager sans réellement imposer le développement des énergies d'origine renouvelable.

B- La reconnaissance d'un rôle des collectivités territoriales s'agissant de l'élaboration d'une politique de promotion des énergies renouvelables

382. Christophe Barthélemy considère que le législateur, dans la loi POPE, a « effectué des choix, que l'on peut résumer par le souci de diversifier le ' bouquet énergétique ' dans le respect de la sécurité d'approvisionnement et du développement durable. Les collectivités locales sont directement concernées par leurs implications. »[719] Elles sont certes, concernées par leurs implications, mais ne sont pas directement visées. Ce sont

[717] J. VERNIER, *Les énergies renouvelables*, Paris, PUF, collection Que sais-je ?, 2005, p. 6
[718] J.O. du 23 avril 2008

principalement les compétences qu'elles détiennent par ailleurs qui leur permettent de jouer un rôle en la matière.

Jusqu'à récemment, un constat s'imposait : à l'inverse de ce qu'avait fait le législateur s'agissant de la maîtrise de la demande d'énergie, il n'avait pas consacré, dans le titre III de la loi POPE relatif aux énergies renouvelables, tout un chapitre aux collectivités territoriales.

Toutefois, les collectivités territoriales sont, dans une certaine mesure, impliquées dans l'élaboration d'une politique de développement des énergies renouvelables.

383. L'annexe I A alinéa 3 de la loi POPE énonce qu' « en matière de promotion des énergies renouvelables, les collectivités peuvent favoriser le recours à ces sources de production, notamment par des dispositions d'urbanisme, et en développant, en partenariat avec l'ADEME, des politiques d'incitation spécifiques, ainsi que participer à la planification de l'implantation des éoliennes. » L'annexe, tout comme le fait la loi elle-même, ne semble pas, reconnaître un nouveau rôle aux collectivités territoriales en la matière mais indique en quoi les compétences qu'elles détiennent par ailleurs peuvent, être utilisées au service de l'élaboration d'une politique de promotion des énergies renouvelables. Aucune autre disposition législative ne reconnaît expressément de compétence aux collectivités territoriales en matière d'élaboration de politique de promotion des énergies renouvelables. Ainsi, à l'issue du vote de la loi POPE, le rôle des collectivités territoriales dans ce domaine s'il ne peut être nié, reste toutefois mineur. A l'avenir, il devrait s'étendre, les lois Grenelles I et Grenelle II contenant plusieurs dispositions en ce sens.

384. L'article 7 de la loi Grenelle I, relatif aux plans climat-énergie territoriaux, permet aux collectivités de participer à l'élaboration d'une politique de protection des ressources. Tout comme ils sont des instruments d'élaboration de la politique de maîtrise de la demande (voir infra §1), ils semblent particulièrement adaptés à l'élaboration d'une politique de promotion des énergies renouvelables.

L'alinéa 4 de l'article 17 de cette même loi reconnaît expressément une compétence des collectivités territoriales en matière d'élaboration de politique de promotion des énergies renouvelables puisqu'il prévoit que « le développement des énergies renouvelables sera facilité par le recours, aux différents échelons territoriaux, à la planification, à l'incitation et à

---

[719] Ch. BARTHELEMY, « La loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique

la diffusion des innovations. » Or, la planification semble être le moyen le plus efficace dont disposent les collectivités territoriales afin d'élaborer des politiques publiques.

385. Enfin, comme cela a déjà été observé s'agissant de l'élaboration d'une politique de maîtrise de la demande d'anergie, l'alinéa 8 de l'article 68 de la loi Grenelle II modifiant l'article L. 222-1 du code de l'environnement relatif aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie peut être analysé en une possibilité de les utiliser à des fins de promotion du développement des énergies d'origine renouvelable. En effet, ces schémas s'ils concernent la politique de protection des ressources visent avant tout à maîtriser la demande dans la mesure où ils doivent fixer des orientations tendant à atténuer les effets du changement climatique et à s'y adapter, et déterminent notamment des objectifs en matière de maîtrise de l'énergie. Dès lors que l'alinéa 8 de l'article 68 de la loi Grenelle prévoit que ces schémas définissent à l'horizon 2020, « par zones géographiques, en tenant compte des objectifs nationaux, des objectifs qualitatifs et quantitatifs de la région en matière de valorisation du potentiel énergétique terrestre renouvelable et fatal de son territoire », ils constituent des instruments aux mains des régions afin d'élaborer une politique de promotion des énergies renouvelables.

386. Il apparaît ainsi que les textes tendent à consacrer une compétence des collectivités territoriales s'agissant de l'élaboration de la politique de protection des ressources énergétiques. Toutefois, une analyse plus approfondie des textes et de l'environnement général dans lequel se trouvent les collectivités territoriales dès lors qu'il est question d'énergie révèle que leur rôle en la matière est encore relativement fragile.

Section 2 : Un rôle encore fragile

387. La fragilité du rôle des collectivités territoriales, s'agissant de l'élaboration de la politique de protection des ressources nous semble être la conséquence de deux faits : elles ne peuvent que difficilement trouver leur place dans la mesure où l'Union Européenne, d'une part et l'Etat, d'autre part, se sont accaparé la question de l'élaboration d'une politique de

énergétique et les collectivités locales », *JCP A*, 2005, p. 1344

protection des ressources semble (§1). Par ailleurs, la qualité parfois discutable de la rédaction des textes sème une confusion certaine s'agissant des contours du rôle des collectivités territoriales (§2).

§1 : Une place difficile à trouver aux côtés de l'Etat et de l'Union Européenne

388. Lorsqu'il est question de politique de protection des ressources énergétiques, le rôle de l'Etat, ainsi que celui de l'Union Européenne apparaissent, à juste titre, comme étant fondamentaux. La principale conséquence de ce constat s'agissant des collectivités territoriales est que leur rôle, à côté de celui de l'Etat et de l'Union Européenne, est quelque peu effacé d'autant plus que dans le cadre de l'élaboration de sa politique de protection des ressources, l'Union Européenne n'attache que très peu d'importance à la question des collectivités territoriales (A). Par ailleurs, si dans le cadre de sa propre politique de protection des ressources l'Etat affirme que celles-ci sont largement partie prenante pour ce qui concerne son élaboration, il ne leur reconnaît qu'un rôle secondaire (B).

A- L'absence de réelle prise en compte du rôle des collectivités territoriales dans l'élaboration de la politique communautaire de protection des ressources énergétiques

389. Si l'Union Européenne s'est largement investie dans la question de la politique de protection des ressources énergétiques au point d'en faire l'objet d'une politique publique (1), elle n'a, à cette occasion, montré qu'un intérêt très relatif pour le rôle des collectivités territoriales en la matière (2).

1) Une appropriation de la question de la protection des ressources par l'Union Européenne

390. L'Europe politique s'étant construite sur des préoccupations énergétiques (a), il n'est pas surprenant qu'elle s'intéresse à la question plus particulière de la protection des ressources (b) et occupe en la matière une place de prescripteur.

a. Une Europe construite sur des préoccupations énergétiques

391. Au début des années 1950, il n'existe pas, en Europe, d'organisation internationale « bénéficiant de réels transferts de souveraineté de la part des Etats »[720]. Il faut attendre le 9 mai 1950 et la déclaration de Robert Schuman pour voir se dessiner un véritable projet de construction européenne. Le ministre des affaires étrangères d'alors, dans son discours, rend public un projet préparé par Jean Monnet. Son objectif est d'œuvrer en faveur de la réconciliation franco-allemande en énonçant que le « rassemblement des nations européennes exige que l'opposition entre la France et l'Allemagne soit éliminée. L'action entreprise doit toucher au premier chef la France et l'Allemagne. » Afin de réaliser « les premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix », la France propose à l'Allemagne de placer « l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe[721].

392. C'est en 1957, à Rome, que le 25 mars, les six membres de la CECA, signent deux traités : le premier instituant une Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA)[722]; le second instituant la Communauté économique européenne (CEE).

Il apparaît ainsi clairement que l'énergie a joué « dans la construction communautaire un rôle véritablement fondateur »[723] dans la mesure où la CECA est la première des trois Communautés européennes et constitue ainsi la « première étape de la fédération européenne »[724].

Dès lors que la Communauté économique européenne est construite, la CECA, tout comme la CEEA devient moins importante. Comme le remarque Christophe Lemaire « des raisons tant historiques, le charbon est à l'époque abondant et son approvisionnement sûr, qu'économiques, l'Europe doit rester dans la course au développement de l'énergie nucléaire,

---

[720] Ch. HOUTEER, *La construction européenne, Etapes, objectifs, réalisations*, Paris, Armand Colin, 2000, p.27
[721] L'adhésion allemande avait été obtenue quelques temps avant que la proposition française eut été rendue publique. Par la suite, l'Italie ainsi que les Etats du Benelux[721] acceptent de participer aux négociations.
[722] La CEEA est chargée de l'organisation d'un marché commun des équipements et des combustibles nucléaires ainsi que du développement d'une industrie nucléaire civile européenne.
[723] Ch. LEMAIRE, Energie et concurrence : recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz, précité, p. 19
[724] J.M. FAVRET, *Droit et pratique de l'Union Européenne*, Gualino éditeur, Paris, 2005, p. 33

peuvent expliquer qu'une fois créées les deux communautés sectorielles, l'énergie ne fut plus une priorité pour les rédacteurs du traité de Rome. »[725] Si des traités spécifiques à l'énergie tels que le Traité CECA ou l'EURATOM existent, force est de constater qu'ils n'ont pas réellement servi de fondement à l'émergence d'une politique énergétique européenne.

393. L'absence de dispositions propres à l'énergie au sein du traité CE n'empêchera pas, cependant, l'élaboration d'une politique énergétique communautaire et, en particulier, d'une politique de protection des ressources.

b. L'Union Européenne, un prescripteur en matière de politique de protection des ressources énergétiques

394. En octobre 1973, alors que la dépendance de l'Europe à l'égard du pétrole n'a cessé de croître, le premier choc pétrolier confirme la nécessité d'élaborer une politique énergétique communautaire et fournit ainsi l'occasion de relancer concrètement l'élaboration celle-ci. En 1975, le Conseil continue à se préoccuper de la question de l'énergie et de l'environnement[726] en adoptant une résolution constatant les « problèmes écologiques sérieux posés par la consommation d'énergie mais affirmait la nécessité d'établir un équilibre harmonieux entre deux impératifs de la production d'énergie et de la nécessaire protection de l'environnement. »[727] En 1977, trois résolutions sont prises[728].

La politique de protection des ressources énergétiques commence alors à se concrétiser. Ce mouvement sera accentué en 1980 avec l'adoption d'une nouvelle résolution[729] dans laquelle le Conseil réaffirme la nécessité de développer une stratégie énergétique communautaire en fixant un objectif de réduction de la dépendance pétrolière en s'appuyant sur une utilisation rationnelle de l'énergie et sur une plus large diversification de l'approvisionnement.

---

[725] Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence : recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, précité, p. 19
[726] Résolution du 3 mars 1975 sur l'énergie et l'environnement, J.O.C.E., 25 juillet 1975, n°C 168/2
[727] M. PRIEUR, « L'énergie et la prise en compte de l'environnement », *RJE*, 1982, p. 231
[728] La résolution n°77/712/CEE demande aux Etats membres d'instituer un système de recyclage de chauffage dans les immeubles neufs. La résolution n° 77/713/CEE recommande le développement des moyens d'information et les campagnes de sensibilisation au sein des entreprises industrielles. Enfin, la résolution n° 77/714/CEE incite à la création d'organismes publics spécialisés dans le domaine de l'énergie.
[729] JO n° C 149 de 1980, p. 1

La politique énergétique communautaire et plus précisément celle de protection des ressources commence alors à se développer. Cependant, une difficulté majeure subsiste quant à la mise en place d'une politique communautaire de protection des ressources : l'absence de dispositions spécifiques, relatives à cette question dans le traité CE.

395. Après l'adoption de plusieurs directives, c'est finalement avec le traité de Lisbonne qui inclut la politique énergétique dans la législation communautaire que cette préoccupation connaît une première traduction concrète et d'ampleur. L'article 2§147 du traité dispose : « 1. Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur et en tenant compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement, la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie vise, dans un esprit de solidarité entre les États membres: a) à assurer le fonctionnement du marché de l'énergie; b) à assurer la sécurité de l'approvisionnement énergétique dans l'Union; c) à promouvoir l'efficacité énergétique et les économies d'énergie ainsi que le développement des énergies nouvelles et renouvelables; et d) à promouvoir l'interconnexion des réseaux énergétiques. / 2. Sans préjudice de l'application d'autres dispositions des traités, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs visés au paragraphe 1. Ces mesures sont adoptées après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions. Elles n'affectent pas le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique, sans préjudice de l'article[175], paragraphe 2, point c). / 3. Par dérogation au paragraphe 2, le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, à l'unanimité et après consultation du Parlement européen, établit les mesures qui y sont visées lorsqu'elles sont essentiellement de nature fiscale.» Les deux aspects de la politique communautaire de protection des ressources y figurent : ceux qui ont trait à l'organisation du marché commun et ceux qui concernent la protection des ressources énergétiques. Selon Bernadette Le Baut-Ferrarèse et Dominique Landbeck « l'énergie constitue une matière faisant partie du registre des compétences dites 'partagées' (art. I-14-2.i du traité établissant une Constitution pour

l'Europe). L'action de l'Etat est donc possible dans la mesure où la Communauté n'a pas agi. »[730]

396. Depuis lors, l'Union européenne n'a cessé de prendre des actes traduisant sa volonté d'agir sur la protection des ressources. De nombreuses communications adoptées par la Commission vont incontestablement dans ce sens. Tel est le cas du Plan d'action pour l'efficacité énergétique du 19 octobre 2006[731] ou encore de la feuille de route pour les sources d'énergie renouvelables dont l'objet est notamment de faire adopter par le Conseil européen une stratégie énergétique globale[732].

La législation communautaire est en perpétuelle évolution, obligeant constamment les Etats membres à faire évoluer leur propre politique de protection des ressources énergétiques.

2) L'absence de prise en compte des collectivités territoriales

397. Les textes communautaires dans le secteur énergétiques ne mentionnent que très rarement les collectivités territoriales de façon explicite. Malgré cela, ils ne s'opposent aucunement à une possible décentralisation des compétences visées. Ainsi, certains auteurs, tels que Michel Verpeaux, vont jusqu'à affirmer que : « le droit communautaire est par nature décentralisé puisqu'il confie surtout l'exécution des décisions aux Etats membres par l'intermédiaire de directives. On peut y voir l'influence du fédéralisme sur la construction européenne. Celle-ci à tendance à valoriser la décentralisation parce que les collectivités territoriales paraissent, pour les institutions européennes, de bons moyens d'assurer l'action européenne et d'équilibrer le système politique européen. »[733] Si la jurisprudence semble leur donner raison, dans la mesure où elle énonce avec constance que « chaque Etat membre est libre de répartir comme il juge opportun les compétences sur le plan interne et de mettre en œuvre une directive au moyen de mesure prises par les autorités régionales ou locales »[734], force est de reconnaître que le constat est quelque peu réducteur. En effet, dès lors que le droit communautaire laisse libre les Etats membres de répartir comme ils le souhaitent les compétences sur le plan interne, cela ne va pas dans le sens d'une décentralisation. Les Etats

---

[730] B. LE BAUT-FERRARESE et D. LANDBECK, « La loi sur l'énergie du 13 juillet 2005 et les énergies renouvelables », *AJDA*, 2006, p. 191
[731] COM (2006) 545 du 19 octobre 2006
[732] Feuille de route pour les sources d'énergie renouvelables. Les sources d'énergie renouvelables au 21ème siècle : construire un avenir plus durable » COM (2006) 848
[733] M. VERPEAUX, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 2008, p. 124

membres sont libres de décentraliser les compétences ou non. Si la latitude laissée par l'Union européenne aux Etats membres est louable, il est inexact de dire qu'elle joue en faveur d'une décentralisation des compétences. Du reste, il semble qu'un mécanisme tel que celui de la transposition des directive défavorise la décentralisation dans la mesure où dès lors qu'il est nécessaire de transposer une directive communautaire, c'est l'Etat, et lui seul qui est compétent. Ainsi, l'Etat se trouve nécessairement en première ligne dès lors qu'il est question de politique énergétique. A l'inverse de Michel Verpeaux, certains auteurs voient ainsi dans le droit communautaire un « moteur de la re-centralisation de l'Etat »[735]. A titre d'exemple, dans le domaine environnemental, l'Allemagne a été condamnée par la Commission pour ne pas avoir transposé la directive 92/43/CEE conformément aux exigences communautaires[736]. Les Etats membres devaient livrer un inventaire exhaustif des sites retenus ; or, l'Allemagne n'avait pu fournir une telle liste dans la mesure où cela constituait une compétence des *Länder*. La Cour de justice des communautés européennes a donné raison à la Commission en jugeant qu' « un Etat membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques, ou situations de son ordre juridique interne pour justifier l'inobservation des obligations et délais prescrits par une directive ». Aussi, comme l'indique Jean-Philippe Derosier, dans le cas d'espèce, l'application du droit communautaire a-t-elle conduit à « la violation de la Constitution de l'ordre juridique étatique »[737]. « Les Etats membres sont alors contraints de veiller à la cohésion juridique européenne, et ils ne peuvent le faire qu'en veillant, d'abord, à une cohésion juridique nationale. En conséquence, à l'instar de l'Union européenne qui le fait pour son ordre juridique, les Etats renforcent leur pouvoir décisionnel et centralisent l'action étatique. »[738] Dès lors qu'en matière énergétique, de nombreuses dispositions nationales sont le fruit de transpositions de directives communautaires, le rôle des collectivités territoriales n'est pas assurément renforcé. En tout état de cause, la part du rôle revenant aux collectivités territoriales en la matière, si elle n'est pas nécessairement renforcée n'est pas systématiquement affaiblie : elle dépendra largement[739] de la seule volonté étatique. Si l'Etat souhaite, à l'occasion de la transposition d'une directive, reconnaître des pouvoirs aux collectivités territoriales, cela sera parfaitement conforme à la jurisprudence communautaire.

---

[734] CJCE, 25 mai 1982, Aff. 97/81, Commission contre Royaume des Pays-bas,
[735] J.-Ph. DEROSIER, « Dialectique centralisation/décentralisation », *RIDC*, 2007, p. 120
[736] CJCE 11 septembre 2001, Aff. C-71/99, Commission c/ République fédérale d'Allemagne, Rec. 2001, p. I-05811, § 20
[737] J. Ph. DEROSIER, *précité*, p. 121
[738] *Précité*, p. 124 (DEROSIER)

398. Par ailleurs, l'Union européenne occupe une place tellement importante en matière énergétique que la question centrale pourrait être non pas de savoir si les collectivités territoriales sont en mesure d'élaborer une politique énergétique mais si la France, elle-même, est encore en mesure de le faire. Comme le remarque Jean-Marie Chevalier, « c'est la première fois que les questions énergétiques sont débattues dans un contexte européen qui est maintenant clairement établi depuis que les directives européennes sur le gaz naturel et l'électricité ont été adoptées et transposées dans les législations nationales. On va pouvoir mesurer, dans le secteur énergétique, la marge de liberté nationale qui subsiste par rapport aux impératifs communautaires. »[740]

B- La place secondaire réservée par l'Etat aux collectivités territoriales dans le cadre de l'élaboration de la politique de protection des ressources énergétiques

399. Contrairement à l'Union Européenne, l'Etat reconnaît expressément que les collectivités territoriales ont un rôle à jouer en matière d'élaboration de politique de protection des ressources. Toutefois, ce rôle, bien qu'il soit énoncé dans diverses lois, n'en est pas moins secondaire, l'Etat, s'appropriant largement cet exercice (1) au détriment d'une compétence plus étendue des collectivités territoriales. Ceci étant renforcé par les mécanismes mis en place à cette fin (2).

1) L'élaboration d'une politique de protection des ressources nationales

400. Il apparaît clairement que la politique de protection des ressources a initialement été guidée par le souci quasiment exclusif de l'approvisionnement pour finalement englober la question de la protection de l'environnement. D'une manière générale, le besoin de palier le manque d'énergie fossile a toujours conduit la France à se préoccuper de la question énergétique. Certaines mesures françaises sont donc antérieures à l'élaboration d'une politique énergétique communautaire par conséquent, alors même qu'une politique

---

[739] Hors le cas précité très spécifique de l'Allemagne.
[740] J.M. CHEVALIER, « La France peut-elle encore définir une politique énergétique nationale ? », *Futuribles*, mars 2003, n° 284, p. 6

communautaire de l'énergie se mettait en place, la France a continué, à mener sa propre politique énergétique.

401. La France s'est saisie de la question énergétique dès 1919[741], date à laquelle une loi relative à l'utilisation de l'électricité hydraulique est votée. Après diverses lois ou dispositions ayant trait à la matière[742], c'est véritablement avec la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique du 13 juillet 2005[743] que la politique de protection des ressources énergétiques prend son envol. C'est la première fois que le législateur aborde l'énergie à travers un prisme largement environnemental, mais de façon globale cependant. C'est également la première fois que la France adopte une véritable politique s'intéressant aux différents aspects de l'énergie en fixant des objectifs. L'importance de cette loi ressort tant de son processus d'élaboration – elle est le fruit d'un débat national – que de sa forme – puisqu'il s'agit d'une loi de programme.

402. La loi POPE est le fruit d'un débat national organisé à la demande du Président de la République. Jusqu'alors, ce processus avait été relativement peu utilisé[744]. Faire d'une loi l'aboutissement d'un tel débat traduit la volonté de faire des citoyens les acteurs de la politique énergétique. Les intégrer aux discussions relatives à la préparation de ce projet est extrêmement pertinent dans la mesure où une implication en amont est de nature à permettre

---

[741] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique.

[742] A ce titre, peuvent être citées la loi n°48-400 du 10 mars 1948 relative aux économies d'énergie ; la loi n° 74-908 du 29 octobre 1974 relative aux économies d'énergie ; n°7 7-804 la loi du 19 juillet 1977 concernant certains contrats de fourniture et d'exploitation de chauffage et relative aux économies d'énergie et la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur.
Il est également pertinent de citer le décret n° 82-404 du 13 mai 1982 qui crée l'Agence française pour la maîtrise de l'énergie (AFME), établissement public industriel et commercial placé sous la tutelle du ministre chargé de la recherche et du ministre chargé de l'énergie, succède à l'Agence pour les économie d'énergie, le Commissariat à l'énergie solaire, le Comité géothermie ainsi qu'à la mission nationale pour la valorisation de la chaleur. L'AFME est alors chargée « d'assurer la mise en œuvre de la politique de maîtrise des consommations qui concourt à la réalisation du programme national d'indépendance énergétique ».

[743] Loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique

[744] A la même période, deux autres débats nationaux ont eu lieu. D'une part, durant les années 2003 et 2004, le ministère de l'écologie et du développement durable a organisé un grand débat national et décentralisé avec l'ensemble des acteurs de l'eau et le grand public afin de définir une stratégie partagée sur les aménagements devant être apportés à la politique de l'eau. Il a débouché sur la loi n°2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques. D'autre part du 17 novembre 2003 au 17 janvier 2004, la commission du débat national sur l'avenir de l'école placée auprès su ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche a organisé un débat national sur l'avenir de l'école. Ce débat a abouti a l'adoption de la loi n°2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école.
La décentralisation acte II a également suivi un débat. Il est toutefois nécessaire de préciser qu'il s'agissait alors d'une révision constitutionnelle.

une meilleure implication en aval. Or, l'investissement de chacun, est, dans un domaine comme celui-ci, plus que nécessaire. Bien que le sénateur Henri Révol énonce dans son rapport que le devenir de la politique énergétique de la France fait partie des « rares sujets qui, au cours de ces dix dernières années, ont suscité dans l'opinion publique, autant de réflexions, de discussions, de controverses, voire de polémiques »[745], force est de constater que le débat a été « marqué par un relatif désintérêt du grand public »[746]. Toutefois, malgré ce handicap, le débat a été riche et s'est présenté comme une véritable occasion de faire se rencontrer ou de confronter divers points de vue. Après la clôture du débat, les travaux des parlementaires devant aboutir au vote d'une loi de programme ont pu commencer.

403. Dans un premier temps, la loi était seulement dénommée loi « d'orientation ». Ce type de loi ayant la valeur de loi ordinaire, ne fait l'objet d'aucune disposition constitutionnelle. Il leur a toutefois été reconnu une portée particulière dans la mesure où les lois d'orientation sont « destinées à servir de fondement à une nouvelle politique dans un secteur socio-économique. »[747] A cette fin, « elles contiennent tout à la fois des règles de droit positif directement applicables et de simples principes d'orientation ou engagements. »[748] François Terré les qualifie de « lois de principes »[749] dont la caractéristique « semble bien être de contenir des dispositions qui ne se suffisent pas à elles-mêmes. »[750] L'intitulé de la loi POPE correspond alors aux dispositions de l'article 6 I, alinéa 1 de la loi du 10 février 2000[751] et témoigne du caractère spécifique de cette loi.

Cette terminologie, employée pendant la majeure partie de la phase préparatoire, semble alors en totale adéquation avec l'objet même de la loi. Toutefois, sans la faire disparaître de son intitulé, le projet de loi devient, à la suite de l'adoption d'un amendement sénatorial, un projet de loi de « programme » fixant les « orientations » de la politique énergétique. Cet amendement présenté par Henri Révol au nom de la commission des Affaires

---

[745] H. REVOL, rapport n° 330 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, d'orientation sur l'énergie, Sénat, p.9
[746] Op. Cit rapport révol p. 19
[747] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 1999, p. 213. Cette considération ne figure plus dans la dernière édition de l'ouvrage.
[748] Op cit p. 214
[749] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 2009, p. 256
[750] Ibid
[751] « Avant le 31 décembre 2002, une loi d'orientation sur l'énergie exposera les lignes directrices de la programmation pluriannuelle des investissements de production. »

économiques et du Plan[752] a pour finalité d' « affermir la constitutionnalité »[753] du projet de loi. Le sénateur Révol rappelle, la veille du vote de cet amendement, les réticences du Conseil constitutionnel à l'encontre des lois dites d'orientation[754]. Depuis ses décisions n° 2002-460 DC et n° 2002-461 DC des 22 et 29 août 2002[755], le Conseil constitutionnel considère que les « simples orientations » n'entrent dans aucune des catégories de textes législatifs prévus par la Constitution. Avec la décision n°2004-500 DC du 29 juillet 2004 Loi organique relative à l'autonomie financière, « c'est l'existence même des lois d'orientations, en tous cas de leur composante non normative, qui est condamnée »[756]. Cette position sera réitérée dans la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école ; or, au cours de la deuxième lecture certaines orientations dépourvues de caractère normatif sont introduites dans le corps du texte. Ne souhaitant pas encourir le risque d'une déclaration d'inconstitutionnalité sur ce point, les parlementaires acceptent de modifier la dénomination de la loi relative à la politique énergétique afin que celle-ci devienne une loi de programme.

Les lois de programme sont prévues à l'article 34 de la Constitution qui dispose qu'elles « déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat. » Leur contenu est très variable, « le plus souvent, il consiste dans l'indication de la nature des travaux à effectuer (des états annexes en donnant le détail), des limites assignées au programme tant en ce qui concerne la durée d'exécution que la somme maximum qui lui sera consacrée, éventuellement des procédés de financement envisagés, des facilités accordées au Gouvernement en vue d'assurer la continuité des travaux, des modalités du contrôle sur leur exécution, etc. Mais la loi ne se limite pas à de simples éléments descriptifs, elle comporte d'une façon plus ou moins explicite l'autorisation d'accomplir les travaux de programme. »[757]

Les « programmes » étant « l'expression d'une politique que les Chambres sont maîtresses d'abandonner à l'occasion de chaque budget »[758]. Les lois de programme sont donc l'expression d'une politique. Le titre Ier de la loi POPE en est la plus parfaite illustration.

---

[752] Amendement n°309, *JO Sénat, Compte rendu intégral des débats*, 4 mai 2005 p. 3615
[753] H. REVOL, *JO Sénat, Compte rendu des débats*, 4 mai 2005, p. 3615
[754] H. REVOL, Compte rendu des débats, Sénat, 3 mai 2005, p. 3426
[755] CC n° 2002-460 DC du 22 août 2002
CC n° 2002-461 DC du 29 août 2002
[756] www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc19/jurisp512.htm
[757] M. FIGERE, *La pratique actuelle en matière de procédure budgétaire, Mode de présentation et procédures de discussion des documents budgétaires*, Uzes, Ateliers Henri Peladan, 1951, p. 18
[758] J. CAILLAUX, J.O. Débats, 1900, p. 1692

« A quoi sert une loi de programme ? Elle fixe une ligne directrice, elle donne un aperçu de l'ensemble des travaux à exécuter et de la façon suivant laquelle ils seront conduits. Mais elle ne lie que l'exécutif : c'est là son seul effet. Elle impose aux ministères qui pourront se succéder l'obligation de se conformer au plan qui a été voté sans pouvoir lui substituer leurs vues personnelles. Elle constitue une garantie de continuité, mais une garantie unilatérale, une garantie qui ne s'étend qu'à l'action gouvernementale. Pour les Assemblées, elle représente une autorisation de principe qui aura besoin d'être confirmée chaque année pour la fraction du programme incombant à l'exercice considéré. En un mot, la loi de programme est 'une autorisation qui n'autorise à rien'. »[759] Selon M. Pallez, les lois de programme sont « des déclarations d'intention commune du gouvernement et du Parlement sur la politique d'investissement dans un secteur déterminé »[760]. Elles permettent d'intégrer des dispositions dépourvues de caractère purement normatif. En l'occurrence, le titre Ier de cette loi ne contient que des dispositions purement déclaratoires. En cela, la loi POPE contient des dispositions de portée programmatique. Qualifier la loi relative à la politique énergétique de loi d'orientation ou de loi de programme traduit une volonté du législateur et du gouvernement de donner un caractère particulier à ses dispositions, un caractère solennel d'autant plus marquant qu'il s'agissait alors de la première loi à s'intéresser à la dimension environnementale de la politique énergétique. Elle ne devrait pas être la dernière puisque les lois et projets de lois résultant du Grenelle de l'environnement vont venir renforcer l'arsenal juridique mis en place en 2005.

404. Réalisé sur l'initiative du Président de la République, le Grenelle de l'environnement qui s'est ouvert à l'été 2007 a accordé une place importante à la question de l'énergie. Six groupes de travail chargés d'émettre des propositions ont été constitués afin de répondre à six « défis » au titre desquels figurait la lutte contre les changements climatiques et la maîtrise de la demande d'énergie[761]. Bien que la loi POPE ait constitué une véritable avancée en la matière, le constat de l'insuffisance de la législation en cours a été dressé. Le Grenelle de l'environnement a accordé une place considérable à l'aspect environnemental de

---

[759] M. FIGERE, Précité, p. 19
[760] M. PALLEZ, Cours, 1963-1964, p. 164
[761] Les cinq autres défis étaient les suivants : « Préserver la biodiversité et les ressources naturelles » ; « Instaurer un environnement respectueux de la santé » ; « Adopter des modes de production et de consommation durables : agriculture, pêche, agroalimentaire, distribution, forêt et usages durables des territoires » ; « Construire une

la politique énergétique. Les dispositions de la loi Grenelle I du 3 août 2009 traduisent la prise en compte de cette faiblesse et visent à améliorer la politique de protection des ressources énergétiques. Elles s'inscrivent dans le cadre de la protection des ressources dans la mesure où, si une fois encore l'accent est mis sur les économies d'énergie, le développement des énergies d'origine renouvelable occupe une place importante.

La loi engagement national pour l'environnement – dite loi Grenelle II – devrait permettre de faciliter la concrétisation des objectifs fixés par la loi Grenelle I. Elle concerne six secteurs : l'énergie et le climat, l'urbanisme et le bâtiment, les transports, la biodiversité, les risques, la santé et les déchets et la gouvernance.

405. Ainsi, la France s'est progressivement dotée d'une véritable politique de protection des ressources énergétiques. Si le législateur ne cesse d'affirmer que les collectivités territoriales ont un rôle à jouer en la matière, force est de constater qu'a priori, l'élaboration et la mise en œuvre d'une telle politique restent largement aux mains de l'Etat.

2) Le rôle secondaire des collectivités territoriales

406. Plusieurs raisons sont à l'origine du caractère secondaire du rôle joué par les collectivités territoriales en matière d'élaboration d'une politique de protection des ressources énergétiques : tout d'abord, la primauté de l'Etat en la matière qui est *a priori* justifiée (a) ensuite, la matière implique une importante collaboration entre l'Etat et les collectivités territoriales, souvent, au détriment de ces dernières (b).

a. Une primauté de l'Etat *a priori* justifiée

407. Même si la compétence des collectivités territoriales est effective, l'élaboration de la politique de protection des ressources énergétiques ne saurait leur être exclusivement confiée. Celle-ci implique une intervention de l'Etat pour deux raisons principales. Tout d'abord, l'Etat est traditionnellement compétent dès lors qu'il est question de la définition

démocratie écologique : institutions et gouvernance » et « Promouvoir des modes de développement écologiques favorables à la compétitivité et à l'emploi »

d'une politique publique. En outre, cette politique intéresse le secteur énergétique, considéré traditionnellement comme un secteur stratégique associé à l'Etat.

408. Une politique publique pourrait être définie comme un moyen, à l'usage des décideurs, de déterminer des actions à mener, des objectifs à atteindre afin de répondre à des besoins préalablement identifiés. A ce titre, il apparaît que dans la Loi POPE, le législateur a défini une véritable politique énergétique globale. Il a également défini une politique de protection des ressources qui bien que n'étant qu'un aspect de la politique énergétique n'en constitue pas moins une politique publique.

Selon Yves Mény et Jean-ClaudeThœnig, cinq éléments sont à prendre en compte pour fonder l'existence d'une politique publique[762]. Il doit tout d'abord s'agir d'un ensemble de mesures concrètes. En outre, une politique publique comprend des décisions de nature plus ou moins autoritaire, s'inscrit dans un « cadre général d'action » et a un public. Enfin, une politique publique définit nécessairement des objectifs à atteindre. Ces critères semblent remplis dans le cas de la politique de protection des ressources. Trois d'entre eux sont incontestablement présents : il s'agit tout d'abord du critère relatif à l'inscription des mesures dans un « cadre général d'action ». Ici, il ne fait aucun doute que la politique de protection des ressources s'inscrit dans un tel cadre. En l'occurrence, il s'agit même de deux cadres : l'indépendance énergétique et la protection de l'environnement[763]. Ensuite, cet ensemble de mesures a bien un public. Il s'agit de tous les professionnels du secteur énergétique ainsi que des différentes personnes publiques et des consommateurs. Enfin, la politique de protection des ressources définit des objectifs à atteindre. A titre d'exemple, l'article 3 alinéa 1er de la loi POPE indique que le « premier axe de la politique énergétique est de maîtriser la demande d'énergie afin de porter le rythme annuel de baisse de l'intensité énergétique finale à 2 % dès 2015 et à 2,5 % d'ici à 2030 ». La présence des autres critères posés par les deux auteurs afin d'identifier les politiques publiques est moins manifeste. En premier lieu, les auteurs énoncent que les mesures doivent former un ensemble de mesures concrètes ; or, en matière de protection des ressources, s'il existe, un ensemble de dispositions qui, si elles ne sont pas toujours d'un abord aisé – en ce qu'elles sont, avant tout, extrêmement dispersées – n'en sont

[762] Cité par P. MULLER dans Les politiques publiques, Paris, PUF, 2004, p. 22

[763] Il ressort, en effet du rapport n°330 du Sénateur Révol que la « politique énergétique de la France a été conçue, au cours des trente dernières années pour assurer l'indépendance et la compétitivité de notre pays

pas moins concrètes[764]. D'autres le sont moins. Tel est, nous semble-t-il, le cas des dispositions relatives aux communautés d'agglomération et de communes qui prévoient que ces dernières peuvent « soutenir » les actions de maîtrise de la demande d'énergie. Une disposition trop vague ne peut, en effet, que très difficilement être considérée comme une mesure concrète. Un autre critère peut également faire l'objet de divergences : il s'agit du caractère plus ou moins autoritaire des mesures. Certaines mesures ne sont que permissives. Toutefois, les mesures permissives sont largement des mesures applicables aux seules collectivités territoriales. En outre, il y a incontestablement des dispositions de la politique de protection des ressources qui sont autoritaires telles celle figurant au I de l'article 14 de la loi POPE disposant : « I. - Les personnes morales qui vendent de l'électricité, du gaz, de la chaleur ou du froid aux consommateurs finals et dont les ventes annuelles excèdent un seuil ainsi que les personnes physiques et morales qui vendent du fioul domestique aux consommateurs finals sont soumises à des obligations d'économies d'énergie. Elles peuvent se libérer de ces obligations soit en réalisant directement ou indirectement des économies d'énergie, soit en acquérant des certificats d'économies d'énergie. » D'une manière générale, le fait que les mesures de la politique de protection des ressources figurent dans une loi présume de leur caractère autoritaire.

409. Dès lors, la politique de protection des ressources semble remplir les différents critères permettant de la qualifier de politique publique. En outre, l'intitulé final de la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique ne laisse que peu de place à l'interprétation. L'intention du législateur était manifestement la concrétisation d'une politique publique en matière énergétique. La politique de protection des ressources, qui est un volet de la politique énergétique, présente ainsi les caractères d'une véritable politique publique. Or, il apparaît qu'une politique publique a nécessairement une dimension nationale. En effet, « la notion de politique publique s'entend généralement au niveau national : élaborée et formulée par l'exécutif, adoptée par le parlement »[765]. Dès lors qu'une politique publique est en cause, la compétence de l'Etat pour l'élaborer paraît évidente. Selon Pierre Muller, « la

---

confronté à un environnement international incertain. Elle est toujours inspirée aujourd'hui de cette préoccupation qui se double de la nécessité de lutter contre l'effet de serre. », p. 4

[764] Tel est le cas de l'article 30 de la loi POPE modifiant l'article L. 128-1 du code de l'urbanisme et prévoyant que « Le dépassement du coefficient d'occupation des sols est autorisé, dans la limite de 20 % et dans le respect des autres règles du plan local d'urbanisme, pour les constructions remplissant des critères de performance énergétique ou comportant des équipements de production d'énergie renouvelable. »

question des acteurs dans les politiques publiques […] donne lieu à des controverses scientifiques de grande ampleur »[766]. Il cependant possible d'identifier plusieurs acteurs intervenant dans l'élaboration des politiques publiques[767]. Tout d'abord, il existe un « milieu décisionnel central »[768] au sein duquel l'auteur identifie quatre cercles de décision. Le premier cercle est composé du Président de la République et son entourage, du Premier ministre et du ministère des finances. Le deuxième cercle est composé « de l'ensemble des administrations sectorielles […] qui interviennent lorsque leur secteur est concerné. Le troisième cercle est composé des acteurs « extérieurs à l'Etat : syndicalistes, organisations professionnelles ou patronales, associations, entreprises publiques et privées ». Le quatrième cercle regroupe, quant à lui, « l'ensemble des acteurs politiques (le Parlement) et juridictionnels (le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour des comptes) qui peuvent intervenir dans la décision. Dès lors qu'il est question d'un « milieu décisionnel central », l'absence des collectivités territoriales est a priori parfaitement logique. Toutefois, parmi les autres décideurs identifiés, à aucun moment ne figurent les collectivités territoriales. En effet, après avoir distingué un certain nombre d'acteurs appartenant « au milieu décisionnel central », l'auteur remarque « deux acteurs clefs des politiques publiques en France : cabinets et grands corps »[769]. Là encore, aucune référence n'est faite aux collectivités territoriales. Il ressort de cette étude que l'élaboration de politiques publiques, si elle implique un certain nombre des personnes, reste une mission essentiellement étatique. Ce sentiment est renforcé à la lecture de la Constitution dans la mesure où son article 20 alinéa 1er dispose : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. »[770] Ainsi, dès lors qu'il est question de politique publique, le Gouvernement est-il compétent. Par conséquent, si les collectivités territoriales sont compétentes en matière d'élaboration de politique publique, cela ne peut être qu'à titre secondaire dès lors que cela concerne un secteur largement investi par l'Etat, ce qui est le cas en matière énergétique.

---

[765] D. LAMARQUE, *L'évaluation des politiques publiques locales*, Paris, LGDJ, p.50
[766] P. MULLER, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, Que-sais-je ?, p. 33
[767] Op. cit. p. 40
[768] C. GREMION, *Profession : décideurs. Pouvoirs des hauts fonctionnaires et réforme de l'Etat*, Paris, Gauthiers-Villars, 1979, p. 245 et suivantes
[769] Op. cit. P. Muller, p. 43
[770] Ce raisonnement est tenu par Y. AGUILA dans son article « La politique pénale est-elle une politique publique comme une autre ? ». Il énonce que « si la politique pénale est une politique publique ordinaire, on doit en tirer deux conséquences constitutionnelles : d'une part, cette politique a un dirigeant : en vertu du premier alinéa de l'article 20 de la Constitution, « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation » ; d'autre part, cette politique a un responsable : selon le troisième alinéa du même article 20, le Gouvernement est responsable devant le Parlement. » *La Revue Administrative*, 1994, p. 7

410. Plusieurs facteurs jouent en faveur d'un rôle central de l'Etat lorsqu'il est précisément question de politique énergétique. Tout d'abord, comme l'écrivait Jean-Yves Faberon : « Fondamentalement, la politique de l'énergie est nationale et centralisée »[771]. La politique de protection des ressources appartenant à celle, plus large, de la politique énergétique est, par conséquent, également centralisée. Cela est dû à l'objet même de cette politique : l'énergie. L'Etat joue traditionnellement un rôle essentiel en matière énergétique. En effet, « la nationalisation (des Charbonnages de France, d'EDF, de GDF) en 1946 a permis à notre appareil productif de prendre un nouveau départ après la guerre »[772]. La centralisation a permis la reconstruction nationale. Depuis lors, en matière de production, de transport et même de distribution, l'Etat est resté associé à l'énergie. En outre, l'un des effets de cette nationalisation, est, comme cela a été précédemment démontré, de circonscrire largement le rôle des collectivités territoriales. Elles ont ainsi été durablement réduites à jouer un rôle marginal ce qui a contribué à faire de l'énergie un domaine d'intervention essentiellement étatique.

411. Par ailleurs, l'énergie étant un secteur dit « stratégique » en ce qu'il est essentiel au bon fonctionnement de la nation, la présence de l'Etat concernant sa gestion est évidente. C'est ainsi qu'au début des années 1980, alors qu'était en débat la question de la décentralisation, on considérait qu'« en matière énergétique, l'arbitrage définitif est celui du gouvernement et du Parlement, car l'énergie est un élément de la souveraineté. »[773] En effet, cette idée de l'énergie comme élément de la souveraineté nationale était, présente dans la plupart des esprits. Elle a notamment été exposée par Paul Quilès dans son rapport d'information sur la politique de l'énergie[774]. Selon lui ; « la politique énergétique est un des éléments primordiaux de l'ensemble des moyens que l'Etat doit mettre en œuvre pour lui permettre d'exercer la souveraineté nationale »[775]. Ceci est la conséquence du fait qu'un « approvisionnement régulier en énergie est un élément fondamental de la défense

---

[771] J-Y FABERON, « Energie : les réticences de la décentralisation », *AJDA*, 1985, p. 578

[772] Y. DURRIEU, « La décentralisation dans la politique énergétique », *in Décentralisation et énergie*, précité, p. 220

[773] Déclaration du ministre de l'énergie M. HERVE devant la mission parlementaire d'information sur la politique de l'énergie, le 10 septembre 1981 citée par J.-Y. FABERON *in* « Energie : les réticences de la décentralisation », p. 571

[774] Rapport d'information sur la politique de l'énergie, J.O. doc. A.N. n° 405, 2ème session extraordinaire 1980-1981, 2 tomes.

nationale »[776]. Force est de reconnaître que cet argument vieux de plus de plus de 25 ans est toujours d'actualité. Dès lors qu'il s'agit d'une question de souveraineté nationale, l'Etat est compétent. On peut y voir une application du principe de subsidiarité figurant à l'article 72 de la Constitution depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Ainsi, conformément à la formulation de ce principe, les collectivités territoriales « ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Ce principe, s'il peut permettre aux collectivités territoriales de renforcer certaines de leurs compétences justifie également que certaines décisions continuent à relever de l'Etat. En effet, une grande partie de la doctrine s'accorde pour reconnaître deux aspects au principe de subsidiarité. Il apparaît tout d'abord qu'il est protecteur des compétences des collectivités territoriales puisque celles-ci doivent rester ou devenir compétentes lorsqu'elles constituent l'échelon le plus pertinent pour la mise en œuvre d'une activité. Ensuite, ce principe permet également au centre de conserver ces compétences dès lors que c'est lui, l'échelon le plus pertinent pour mettre en œuvre une activité[777]. Ainsi, le principe de subsidiarité n'est-il pas nécessairement un principe décentralisateur dans la mesure où « selon le type de politique à mener, selon la nature des décisions à prendre, le niveau central pourra en effet se révéler l'échelon le plus adapté »[778]. Par conséquent, dès lors qu'il est question d'une matière ayant des répercussions sur la souveraineté nationale, la compétence de l'Etat semble difficilement contestable. En outre, « la centralisation peut s'imposer, qu'il s'agisse de la fourniture de biens ou de services publics à caractère national, de biens comportant des effets d'échelle significatifs, ou encore de biens auxquels sont associés des effets de débordement ou des externalités comportant un caractère 'spatial'. »[779] Comme l'énonçait Monsieur le député Serge Poignant dans son rapport sur la loi POPE : « Il y a peu de secteurs aussi stratégiques pour l'économie nationale que celui de l'énergie. La disponibilité et la compétitivité de la fourniture d'énergie conditionnent en effet le développement de notre pays »[780].

---

[775] Rapport QUILES précité, p. 105
[776] Op. Cit. p. 104
[777] Ceci résulte de la lecture de différents articles consacrés à cette notion parmi lesquels figurent « La subsidiarité en droit administratif » de J.-M. PONTIER, *RDP*, 1986, p. 1515 ou encore « La dialectique centralisation/décentralisation, Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité » de J-.P. DEROSIER, *RDIC*, 2007, n°1, p. 107 « La subsidiarité en droit administratif » de J.-M. PONTIER, *RDP*, 1986, p. 1515 ou encore
[778] J.F. BRISSON, « Le transfert des compétences de l'Etat aux collectivités locales », *DA*, 2008, Avril, p. 11
[779] L.-A. GERARD-VARET, in « La décentralisation de l'action publique », *Revue d'économie politique*, 1996, n° 106, p. 3
[780] S. POIGNANT, Rapport 1597, AN, p. 9

La compétence fondamentale de l'Etat en la matière semble d'autant moins contestable que, reconnaître à un acteur, la possibilité d'élaborer des politiques publiques locales dans un domaine revient à renforcer cet acteur, en l'occurrence, les collectivités territoriales. Or, il apparaît clairement, l'énergie étant un secteur stratégique, que l'Etat est légitime à en conserver la maîtrise.

Bien que des acteurs locaux tels que l'AMORCE, l'AIFV, le RARE et le CLER défendent « une conception beaucoup plus volontariste de l'action publique locale »[781] et aient en commun d'être porteurs « d'une vision décentralisatrice de la gestion de l'énergie »[782], ces associations ne vont pas jusqu'à « réclamer la mise en œuvre de véritables politiques énergétiques locales, elles plaident pour renforcer de manière significative l'action des communes et des régions. »[783]

412. Enfin, la présence de l'Etat se manifeste également lorsqu'est en cause une compétence locale.

L'existence d'un schéma des services collectifs de l'énergie constitue un exemple significatif[784]. Sa vocation première est de donner des outils pour développer la dimension territoriale de la politique énergétique « en complément de la dimension nationale qui conserve bien entendu toute sa légitimité ».[785] Cette dimension territoriale est développée « en assurant une meilleure exploitation des ressources locales d'énergie, notamment renouvelables, en relançant les efforts d'utilisation rationnelle de l'énergie dans les transports, l'industrie et les activités résidentielles et tertiaires. »[786] Ce schéma procède d'un diagnostic approfondi concernant : les perspectives d'évolution de la demande, la situation des différentes régions au regard des enjeux de production et de consommation d'énergie, les potentiels d'économie d'énergie et de valorisation des énergies décentralisées et renouvelables susceptibles d'être développées, les conséquences attendues des accords de Kyoto sur cette politique. « Le schéma propose notamment une stratégie d'action destinée à mobiliser l'ensemble des partenaires au premier rang desquels se trouvent les collectivités territoriales. Un ensemble de mesures est destiné à créer les conditions d'une politique

---

[781] F.-M. POUPEAU, *Le service public à la française face aux pouvoirs locaux. Les métaphores de l'Etat jacobin*, précité, p. 111
[782] Ibidem
[783] Ibidem
[784] Arrêté par la LOADDT du 25 juin 1999 (qui en a, en tout arrêté 9).
[785] A. AZEMA, Les schémas de services collectifs, La Documentation Française, 2002, p.80

ambitieuse de maîtrise énergétique, dans le champ des bâtiments et de l'habitat, des transports et de l'industrie, tout en assurant le développement des énergies localisées. Le schéma est complété d'un volet régional présentant, par région, la situation des consommations et des productions énergétiques régionales, actuelles et de façon prospective à l'horizon 2020, afin de mieux analyser les potentiels de développement. »[787]

Ces documents sont destinés à encadrer la politique nationale d'aménagement du territoire, telle que l'Etat la développe dans ses différentes politiques publiques et dans ses politiques contractuelles. Or, ces schémas constituent un cadre de référence pour les collectivités territoriales quand celles-ci élaborent leurs documents de planification. Ils s'imposent ainsi à certains documents de planification territoriale ainsi qu'à des engagements de nature contractuelle et programmatique pris par l'Etat[788].

Les orientations énoncées dans les schémas ont tout particulièrement vocation à être déclinées dans les procédures contractuelles générales telles que les contrats de plan Etat-Région. Cette présence de l'Etat est d'autant plus remarquable que l'élaboration de politiques de protection des ressources énergétiques repose largement sur une collaboration entre ce dernier et les collectivités territoriales.

Par ailleurs, on retrouve également cette présence de l'Etat lorsqu'est en cause l'élaboration de documents strictement locaux. L'alinéa 1er de l'article 7 de la loi Grenelle I énonce que « Le rôle des collectivités publiques dans la conception et la mise en œuvre de programmes d'aménagement durable doit être renforcé. À cet effet, l'État incitera les régions, les départements et les communes de plus de 50 000 habitants à établir, en cohérence avec les documents d'urbanisme, des « plans climat-énergie territoriaux » avant 2012 ». Tout d'abord, les collectivités territoriales seront « incitées » à établir de tels documents. Or, ces documents relèvent en principe d'une démarche volontaire de la part des collectivités territoriales[789]. Il est dès lors nécessaire de se demander quelle forme vont recouvrir ces incitations étatiques. Initialement, à l'issue des travaux du Grenelle de l'environnement, il était prévu que l'Etat oblige, et non incite, ces collectivités ou groupements de collectivités territoriales à se doter de tels plans. En outre, le rapporteur précise cependant que les plans climat énergie

---

[786] A. AZEMA, Les schémas de services collectifs, La Documentation Française, 2002, p.80
[787] Op. Cit. AZEMA, p. 81
[788] A titre d'exemple, les schémas des services collectifs s'imposent Les SSC s'imposent aux schémas régionaux d'aménagement et de développement du territoire (SRADT), au SDRIF, au schéma régional d'aménagement de la corse et au schéma d'aménagement régional (SAR) en vertu d'une relation de compatibilité.

territoriaux résultent d'une démarche partagée[790]. Dès lors, si, à la suite des incitations étatiques, une collectivité territoriale choisi d'élaborer un plan climat énergie territorial, il semble qu'elle n'en sera pas la seule initiatrice. Bien que le rapport n'apporte aucune précision sur la personne partageant cette initiative avec les collectivités territoriales, il semble a priori qu'il s'agisse de l'Etat dans a mesure où l'élaboration de ce type de document entre différents niveaux de collectivités territoriales n'est ni imposé, ni même envisagé. Ainsi, l'existence d'une incitation de l'Etat combinée à sa participation à l'initiative de leur élaboration doit nous laisser perplexes quant à la réalité de l'initiative locale.

413. Aussi justifiée soit-elle, la présence de l'Etat dans l'élaboration des politiques locales de protection des ressources est primordiale. Celle-ci vient d'autant plus troubler le caractère local de ces politiques que lorsqu'est en place une telle collaboration, il apparaît que l'Etat occupe la place primordiale.

b. Une collaboration inégalitaire entre l'Etat et les collectivités territoriales

414. Il apparaît, à la lecture des textes s'intéressant à cette question que l'Etat intervient de façon quasiment systématique aux cotés des collectivités territoriales lorsqu'il est question de l'élaboration d'une politique de protection des ressources y compris au niveau local.

415. L'annexe de la loi POPE du 13 août 2005 prévoit expressément que pour mettre en œuvre cette politique de protection des ressources, les collectivités territoriales « développent […], directement ou avec des agences de l'environnement, et notamment en partenariat avec l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) dans le cadre des contrats de plan Etat-régions, des politiques d'incitation aux économies d'énergie ». Une véritable collaboration entre l'Etat et les collectivités est ainsi prévue s'agissant précisément des incitations aux économies d'énergie en particulier, par le biais des contrats de plan Etat-régions. Or, ces derniers participent, selon André de Laubadère, d'une

---

[789] C'est ce que rappelle le rapport n° 1133 de M. le député Christian Jacob sur le projet de loi relatif à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, p. 248.

[790] Ce même rapport indique en effet que les plans climat énergie territoriaux sont des documents « résultant d'une démarche volontaire et partagée. »

« administration concertée »[791]. Comme le souligne Jean-Marie Pontier, « personne ne souhaite que chacun agisse de son côté, parce que l'Etat, comme les régions ont intérêt à agir ensemble. »[792] Initialement, c'est pour faire « face au risque de polycentrisme résultant d'initiatives locales aux effets contradictoires » [793], que le législateur élabore « un système reposant sur des contrats de plan conclu entre l'Etat et chacune des régions, de manière à rendre la planification régionale compatible avec le plan de la nation. »[794] En tout état de cause, ce mécanisme a rencontré un grand succès. C'est donc un instrument qui a d'ores et déjà fait ses preuves qu'a choisi le législateur afin de faire collaborer les régions et l'Etat en matière de protection des ressources énergétiques. Toutefois, en matière de contrat de plan Etat-régions, « l'Etat dispose en effet de différents moyens pour contraindre une collectivité territoriale à s'exécuter, c'est à dire exécuter les engagements prévus au contrat de plan. En revanche, les régions disposent de beaucoup moins de moyens pour obtenir l'exécution de l'Etat. »[795] Selon Jean-Marie Pontier, « les contrats de plan sont des contrats du plan de la nation et non des contrats de plan régionaux. Les contrats de plan régionaux expriment, si les régions le souhaitent, des préoccupations différentes et spécifiques à chaque région. Tel ne peut être le cas des contrats de plan »[796] Dès lors, peut-on parler de collaboration ? Quelle différence existe-t-il entre collaboration et concertation ? Ce processus contribue à faire de la région un interlocuteur privilégié de l'Etat. Toutefois, si les contrats de plan Etat-régions ont vocation à préserver la planification nationale, peut-être au détriment de la planification régionale, ne doit-on pas en déduire que dans le cadre de tels plans, l'Etat et la région ne se trouvent pas sur un pied d'égalité ? Il s'agit-là d'un problème récurent au sein des Etats unitaires décentralisés. Dans le cadre d'un mécanisme de collaboration ou de concertation, l'un des acteurs n'a-t-il pas nécessairement plus de poids que l'autre ? Ce dernier n'est-il pas nécessairement le centre ? Comme l'énonce Jean-Marie Pontier, « lorsque, en 1982, le législateur institue les contrats de plan entre l'Etat et les régions, il faut relever que c'est uniquement en vue de l'exécution du plan de la nation, on ne prend pas en compte, dans le mécanisme de 1982, l'intérêt des régions. »[797] Toutefois, comme le remarque cet auteur, « le

---

[791] A. de Laubadère, « L'administration concertée », in Mélanges Stassinopoulos, Paris, LGDJ, 1974, p. 407 et s.
[792] J.-M. PONTIER, « L'avenir des contrats de plan Etat-régions », précité, p. 512
[793] A. NOURY, « Le plan régional et les contrats régionaux de plan entre collectivités locales », Les cahiers du CNFPT, mars 1994, p. 36
[794] Ibid.
[795] Op. cit. p. 513
[796] J.M. PONTIER, « Les contrats de plan Etat-région et l'aménagement du territoire, AJDA, 1989, p. 743
[797] J.-M. PONTIER, « L'avenir des contrats de plan Etat-régions », précité, p. 511

cordon ombilical qui reliait les contrats de plan au plan ont été coupés. Les contrats de plan ont pris leur autonomie »[798] et il affirme en outre que ces contrats de plan sont « un instrument de pouvoir pour les régions […] cela permet aux régions d'avoir un rôle de ' collectivité chef de file ' à l'égard des autres collectivités. Comment doit-on interpréter ce rôle s'agissant du secteur énergétique. En effet, au regard des textes, les régions semblent relativement peu impliquées dans la protection des ressources, les collectivités territoriales les plus impliquées semblant être les communes et leurs groupements. Cependant, les contrats de plan Etat-régions « peuvent être (et on effectivement été) un moyen de contourner la répartition des compétences, en obtenant des régions (ainsi d'ailleurs, que des autres collectivités territoriales) des engagements ne relevant pas de leurs compétences »[799].

416. Bien que de tels contrats n'existent plus dans la mesure où ils ont été remplacés par les contrats de projet Etat-région, le recours à ce mécanisme n'a pas été remis en cause[800]. En effet, les contrats de projet Etat-régions devraient succéder aux contrats de plan Etat-région alors même que la disposition de l'annexe de la loi POPE prévoyant le recours à ce procédé n'a pas été modifiée. La circulaire du Premier ministre du 6 mars 2006 énonce que le « caractère stratégique des nouveaux contrats se traduira par le resserrement des champs d'action » autour de trois objectifs et thématiques : la compétitivité et l'attractivité des territoires ; la dimension environnementale du développement durable et, la cohésion sociale et territoriale. La thématique relative à la dimension environnementale du développement durable » recouvre quatre axes : « lutte contre le changement climatique et adaptation à ses effets dans le cadre des plans territoriaux intégrant notamment la promotion des énergies et des matériaux renouvelables et la maîtrise de la demande énergétique ; gestion globale et équilibrée de la ressource en eau, des rivières et des milieux aquatiques ; meilleure prise en compte des risques naturels et technologiques ; protection et valorisation de la biodiversité. » Dans son rapport présentant une synthèse du débat national sur l'énergie et l'environnement tenu en 1994, Jean-Pierre Souviron énonçait : « Les contrats de plan entre l'Etat et les Régions pourraient comprendre un volet portant sur la maîtrise de l'énergie et les énergies renouvelables. Dans ce cadre, des actions associant également les départements et les villes

[798] Ibid. p. 511
[799] Op. cit. p. 520
[800] L'annexe de la loi POPE n'a pas été modifiée. Dès lors, le recours aux contrats de projet Etat- régions semble se substituera au recours aux contrats de plan Etat-région.

les plus importantes pourraient être menées dans les domaines suivants: consommations des collectivités locales, réduction des consommations dans les PMI, dans les logements, promotion des énergies renouvelables, approvisionnement énergétique des zones rurales, maîtrise de l'énergie dans les transports (véhicule alternatif, etc). Les financements pourraient provenir de l'État, des collectivités, du fonds d'amortissement des charges d'électrification (FACE). Électricité de France pourrait être associée à certaines opérations. »[801]

Dès lors, même en l'absence de modification de l'annexe de la loi POPE, il est certain que les contrats de projet Etat-régions succèderont aux contrats de plan. Une limite semble toutefois exister s'agissant de la conclusion de ces contrats de projet entre l'Etat et les régions, dans la mesure où le législateur semble prévoir que ces contrats ont pour objet de permettre à ces dernières d'établir des partenariats avec l'ADEME[802].

Cette annexe, si elle ne vise expressément que les contrats de plan Etat-régions n'exclut pas les autres types de collaboration entre l'Etat et les collectivités territoriales[803]. On peut toutefois voir dans cette disposition un encouragement du législateur à établir une coopération contractuelle en la matière.

417. Par ailleurs, la collaboration entre l'Etat et les collectivités territoriales peut revêtir une autre forme, tel devrait être le cas des futurs schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie. Alors que l'article L. 222-1 du code de l'environnement prévoit que les services de l'Etat sont associés à l'élaboration du plan régional pour la qualité de l'air, la loi Grenelle II prévoyant sa modification vise à faire de ses plans des « schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie » élaborés conjointement par le préfet de région et le président du conseil régional. La présence de l'Etat pourrait ainsi se renforcer sensiblement dans la mesure où ces documents devraient, à l'avenir, être élaborés tant par l'Etat que par les collectivités territoriales. Par conséquent, la place de ces dernières devrait se réduire au profit de l'Etat dont la mainmise sur l'élaboration de ces documents sera plus importante. Il est loisible de voir dans cette évolution la marque d'une volonté de l'Etat de s'impliquer

---

[801] Rapport Souviron, p. 8

[802] L'annexe énonce en effet à propos des collectivités territoriales qu' « Elles développent enfin, directement ou avec des agences de l'environnement, et notamment en partenariat avec l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) dans le cadre des contrats de plan Etat-régions, des politiques d'incitation aux économies d'énergie. »

[803] La rédaction de l'annexe ne ferme aucune porte à l'action des collectivités territoriales dans la mesure où celles-ci peuvent agir directement ou indirectement et que la conclusion de contrats de plan avec l'ADEME n'est qu'une option parmi d'autres puisqu'il y figure un « et notamment ».

davantage dans les projets relatifs à la protection des ressources énergétiques au détriment des collectivités territoriales d'autant plus que les différents types de collaboration existant en la matière ne sont pas nécessairement égalitaires.

418. C'est parce qu'initialement la politique de protection des ressources énergétiques échappe aux collectivités territoriales que leur rôle reste secondaire. Or, afin de le renforcer il semble nécessaire de commencer par reconnaître un rôle précisément défini ce qui n'est pas suffisamment le cas à l'heure actuelle.

§2 : Un rôle des collectivités territoriales mal défini

419. Bien que le législateur reconnaisse expressément que les collectivités territoriales – en premier lieu les communes et leurs groupements – ont un rôle à jouer en matière de protection des ressources énergétiques, et en particulier s'agissant de l'élaboration d'un telle politique, le contenu de ce rôle et ses modalités d'exercice restent pour le moins obscurs. Tout d'abord, des incertitudes entourent le contour des missions des collectivités territoriales, leur mise en œuvre est quelque peu délicate (A). Ensuite, un second facteur rend incertain l'exercice de leurs prérogatives en matière d'élaboration de politique de protection des ressources, par les collectivités territoriales : dans la plupart des cas, il apparaît que l'exercice de leurs compétences en la matière est discrétionnaire (B).

A- Un cadre juridique ne délimitant pas clairement les compétences des collectivités territoriales

420. Plusieurs incertitudes entourent le rôle des collectivités territoriales en matière de protection des ressources : les mesures la concernant sont particulièrement dispersées (1). Il est, par conséquent délicat d'être certain du rôle exact que celles-ci doivent remplir. La loi POPE a tenté d'opérer une certaine unité en la matière, en particulier en énonçant de façon claire, dans son annexe, le rôle qui revient aux collectivités territoriales. Cependant, ceci figurant dans l'annexe, la force contraignante de ces dispositions est extrêmement discutable (2).

1) La dispersion des mesures relatives à la protection des ressources

421. Depuis de nombreuses années, le Parlement est amené à légiférer en matière énergétique. Les questions relatives à la protection des ressources, sont traditionnellement dispersées dans diverses lois intéressant directement ou non la matière énergétique. C'est ainsi que l'on peut trouver des dispositions intéressant les économies d'énergie dans la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, dans la loi n° 90-1130 du 19 décembre 1990 portant création de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, dans la loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie ou encore, dans la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions. Au même titre, des dispositions relatives aux énergies renouvelables sont présentes dans la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique ou dans la loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt[804]. Depuis quelques années, on trouve des dispositions relatives à la protection des ressources dans les lois relatives à la libéralisation du secteur énergétique. Toutefois, ces lois ne sont en aucun cas relatives à la question spécifique de la politique de protection des ressources énergétiques et encore moins à celle de l'élaboration de cette politique.

A cette occasion, néanmoins, le législateur a abordé la question de la politique de protection des ressources. L'article 1er de la loi du 10 février 2000 énonce ainsi : « Le service public de l'électricité a pour objet de garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national, dans le respect de l'intérêt général. Dans le cadre de la politique énergétique, il contribue à l'indépendance et à la sécurité d'approvisionnement, à la qualité de l'air et à la lutte contre l'effet de serre, à la gestion optimale et au développement des ressources nationales, à la maîtrise de la demande d'énergie, à la compétitivité de l'activité économique et à la maîtrise des choix technologiques d'avenir, comme à l'utilisation rationnelle de l'énergie. » La loi du 3 janvier 2003, quant à elle, traite de la question de la maîtrise de la demande d'énergie à son article 17[805]. Plusieurs de ses articles sont en outre

[804] Il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive. Elle a seulement pour objet de témoigner de l'éparpillement des mesures relatives à la politique de protection des ressources.

[805] L'alinéa 1er l'article 17 de la loi du 3 janvier 2003 dispose : Des conventions peuvent être conclues entre les bailleurs publics et privés gérant un parc de plus de 100 logements sociaux et les distributeurs en vue d'améliorer la sécurité des personnes et des installations intérieures de gaz naturel dans les logements concernés, et la maîtrise de la demande d'énergie.

relatifs à la production d'énergie renouvelable. Tel est le cas de l'article 59 de cette loi régissant l'implantation des éoliennes.

Les dispositions concernant plus spécifiquement la question de l'élaboration de la politique ne figuraient alors dans aucune loi relative à l'énergie mais pouvaient toutefois trouver un fondement dans des textes relatifs à l'environnement. Tel est le cas des actuels schémas régionaux de l'air.

422. Ainsi, jusqu'à la loi POPE, les dispositions relatives à la protection des ressources étaient extrêmement dispersées, y compris celles, encore plus spécifiques intéressant la question particulière de leur mise en œuvre. Afin de clarifier le droit en la matière, l'effort réalisé par le législateur avec la loi POPE est louable en ce qu'il permet la réalisation d'une certaine unification en ce domaine.

C'est en effet à l'occasion de la loi POPE du 13 juillet 2005 qu'une certaine unification et, partant, une clarification des mesures relatives à la politique de protection des ressources, a pu être constatée. Cette loi s'intéresse largement à la problématique de la politique de protection des ressources. Le fait d'avoir fait une loi consacrée exclusivement, ou presque, à cette question est la preuve d'un souci de clarté, d'une volonté de simplification et donc d'efficacité. Il est toutefois indispensable de noter que la clarification, l'unification des dispositions relatives à l'énergie n'est en aucun cas l'un des objets de cette loi. Elle en a cependant été l'occasion. En effet, l'objet de la loi était d'encadrer un secteur stratégique conditionnant le développement de l'énergie dans un environnement devenu, pour partie, concurrentiel et d'agir en faveur de la protection de l'environnement. Aussi, cette loi devait-elle, par essence, opérer une certaine unification dans le sens où toutes les dispositions – ou presque, quelques cavaliers législatifs mis à part – sont relatives à la politique énergétique au sens large. Par conséquent, bon nombre des dispositions concernant la problématique de la protection des ressources figurent dans cette loi. Force est de constater qu'une réelle volonté de clarification des dispositions relatives au domaine énergétique est apparue au cours de la discussion du projet de loi POPE. Pour preuve de la volonté de clarification, l'article 109 de la loi POPE qui dispose : « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder par ordonnances à la création de la partie législative du code de l'énergie et du code des mines. / Ces codes regroupent et organisent les dispositions

législatives relatives, respectivement, au domaine énergétique et aux mines. / Les dispositions codifiées sont celles en vigueur à la date de la publication de l'ordonnance, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit. / Ces ordonnances sont prises dans les trente-six mois suivant la publication de la présente loi./ Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de chaque ordonnance. » Cet article est issu d'un amendement présenté par M. le sénateur Henri Révol, alors rapporteur. Il estimait que le projet de loi était l'occasion de créer un code de l'énergie, lequel contribuerait à améliorer la lisibilité du droit dans ce domaine[806].

423. Ce code n'a pas encore vu le jour. Le problème majeur attaché à son élaboration est certainement lié à la détermination de son périmètre. Les dispositions sont, malgré la loi POPE, particulièrement hétéroclites. A titre d'exemple, Pierre Sablière note que « ce sont près de 200 articles – législatifs et réglementaires – concernant très directement le secteur de l'énergie qui sont, ainsi, d'ores et déjà, insérés dans plus de 20 codes. »[807] Les dispositions relatives à la protection des ressources, figurent essentiellement dans trois codes : le code de l'environnement[808], le code général des collectivités territoriales[809] ou encore, dans le code de l'urbanisme[810]. Même si beaucoup de dispositions relatives à la politique de protection des ressources sont rassemblées dans la loi POPE, toutes n'y figurent pas. Le code de l'énergie en cours d'élaboration devrait contribuer à régler, au moins pour partie, ce problème.

---

[806] Compte rendu intégral des débats, séance du 10 juin 2004. Disponible le 23 juillet 2008 à l'adresse suivante : http://www.senat.fr/seances/s200406/s20040610/s20040610002.html#section5593

[807] P. SABLIERE, « Quel code pour le droit de l'énergie ? », *AJDA*, 2008, p. 1303

[808] En effet, c'est dans le code de l'environnement que figurent la législation et la réglementation relatives à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) dont l'un des domaines d'action est précisément la protection des ressources. L'article L. 131-3 II 4° mentionne « *4° La réalisation d'économies d'énergie et de matières premières et le développement des énergies renouvelables, notamment d'origine végétale* » au titre des actions exercées par l'ADEME.

[809] Plusieurs dispositions du code général des collectivités territoriales prévoient la compétence de celles-ci ou de certains de leurs groupements en matière de protection des ressources. Ainsi, l'article L.5214-16 I du code énonce que la protection et la mise en valeur de l'environnement ainsi que le soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie font partie d'un des six groupes parmi lesquels la communauté de communes doit choisir d'exercer des compétences.

[810] A titre d'exemple, l'article L. 128-1 du code de l'urbanisme dispose : « Le dépassement du coefficient d'occupation des sols est autorisé, dans la limite de 20 % et dans le respect des autres règles du plan local d'urbanisme, pour les constructions remplissant des critères de performance énergétique ou comportant des équipements de production d'énergie renouvelable. »

424. Si ce constat n'est pas propre aux dispositions relatives aux collectivités territoriales, c'est les concernant qu'une difficulté majeure se pose. En effet, la question de la détermination de leur rôle étant particulièrement problématique, l'absence de clarté des textes leur est nuisible. Cette difficulté est d'autant plus grande que dès lors qu'il est question d'élaboration de politique de protection des ressources énergétiques, le rôle des différentes collectivités territoriales est très mal défini. Aucune réelle répartition des compétences n'ayant été opérée, leur mise en œuvre se révèle dès lors pour le moins complexe.

2) Une délimitation insuffisante de la compétence des collectivités territoriales

425. Comme cela a déjà été vu en amont, les diverses lois intervenues en matière énergétique ont confié différentes missions aux collectivités territoriales s'agissant de l'élaboration de la protection des ressources énergétiques. Malgré tout, là encore un certain « flou » subsiste.

Ce manque de cohérence résulte pour partie de l'éparpillement des mesures relatives au rôle des collectivités territoriales s'agissant de la protection des ressources mais pas uniquement. La loi POPE en est un excellent exemple. Elle semble intrinsèquement empreinte d'une importante contradiction. Tout d'abord, dans son titre Ier relatif à la stratégie énergétique nationale, le législateur ne fait quasiment pas référence au rôle des collectivités territoriales. Il ne les mentionne que dans l'article 1er lorsqu'il précise que « l'Etat veille à la cohérence de son action avec celle des collectivités territoriales et de l'Union européenne selon les orientations figurant au rapport annexé. » Dans l'article 11 de cette même loi, il est fait référence aux énergies renouvelables locales mais, d'une manière générale, les orientations figurant dans le corps même de la loi n'intéressent pas les collectivités territoriales. Le paradoxe réside dans le fait que dans l'annexe de la loi POPE relative aux orientations de la politique énergétique tout un paragraphe est consacré au rôle des collectivités territoriales et de leurs groupements. Celles-ci ont donc un rôle à jouer en la matière, un rôle devant être pris en compte par l'Etat dans la mesure où leurs actions doivent être cohérentes, mais si son existence ne fait aucun doute, ses contours, sont pour le moins difficiles à déterminer.

426. Dès lors que l'on reconnaît à des collectivités territoriales la faculté d'intervenir dans un domaine sans en préciser l'étendue, un risque de confusion existe. Or,

une telle situation pourrait limiter les effets bénéfiques des actions menées. Dans divers domaines de la politique de protection des ressources, les actions des différents acteurs ne devraient pas se chevaucher dès lors qu'elles sont la conséquence de l'exercice d'une compétence qui leur est propre. C'est ainsi, le cas de tout ce qui concerne l'urbanisme. En effet, il s'agit là d'un levier essentiel pour agir en matière de protection des ressources. Les collectivités compétentes utiliseront alors des compétences qu'elles détiennent afin de mettre en œuvre cette politique. Il n'y a donc, a priori, dans ce cas de figure, aucun risque d'enchevêtrement, ni même de confusion des compétences.

427. La situation est plus complexe s'agissant des plans climat-énergie territoriaux dont Corinne Lepage rappelle qu'aucune « disposition légale ou réglementaire n'est intervenue pour [en] définir les conditions d'élaboration et le contenu »[811].

B- L'élaboration d'une politique de protection des ressources énergétiques : une compétence semblant discrétionnaire

428. La compétence des collectivités territoriales s'agissant de l'élaboration d'une politique de protection des ressources semble être facultative. Tout d'abord, pour l'essentiel, ce rôle est envisagé de manière impérative, cela n'est fait que dans une annexe législative (1). Par ailleurs, lorsque cette compétence fait l'objet de dispositions législatives, celles-ci ne sont que très rarement impératives (2), laissant ainsi une importante marge de manœuvre aux collectivités territoriales sur la question de savoir s'il leur appartient de se saisir de cette problématique.

1) *L'ambiguïté d'un rôle encadré par une annexe législative*

429. Le rôle des collectivités territoriales en matière d'élaboration d'une politique de protection des ressources est envisagé dans son ensemble et pour la première fois dans l'annexe de la loi POPE du 13 juillet 2005 (a). Cependant, il est difficile de savoir si ces

[811] C. LEPAGE, « Les plans 'climat énergie' territoriaux », *précité*, p. 2813

objectifs s'imposent réellement aux collectivités territoriales dans la mesure où la force contraignante de l'annexe est loin d'être certaine (b).

a. Un rôle envisagé dans l'annexe de la loi POPE

430. C'est dans l'annexe de la loi POPE qu'est envisagé dans son aspect le plus général le rôle des collectivités territoriales en matière d'élaboration d'une politique de protection des ressources. Son I relatif à la prise en compte de leur rôle ainsi que de la dimension européenne consacre, en effet, tout son A au rôle des collectivités territoriales et de leurs groupements. Deux des paragraphes de ce A sont précisément relatifs au rôle des collectivités territoriales s'agissant de la protection de ressources : les deuxième et troisième alinéas. Le deuxième paragraphe concerne le rôle des collectivités territoriales en matière de maîtrise de la demande d'énergie. Il énonce : « En matière de promotion de la maîtrise de la demande d'énergie, outre les actions tendant à réduire la consommation d'énergie de leurs services, les collectivités compétentes définissent des politiques d'urbanisme visant, par les documents d'urbanisme ou la fiscalité locale, à une implantation relativement dense des logements et des activités à proximité des transports en commun et à éviter un étalement urbain non maîtrisé. Etant également responsables de l'organisation des transports, elles intègrent dans leur politique de déplacements, en particulier dans les plans de déplacements urbains, la nécessité de réduire les consommations d'énergie liées aux transports. Elles développent enfin, directement ou avec des agences de l'environnement, et notamment en partenariat avec l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) dans le cadre des contrats de plan Etat-régions, des politiques d'incitation aux économies d'énergie. » Le troisième alinéa de ce A est, quant à lui, relatif à la promotion des énergies renouvelables et indique qu' « en matière de promotion des énergies renouvelables, les collectivités peuvent favoriser le recours à ces sources de production, notamment par des dispositions d'urbanisme, et en développant, en partenariat avec l'ADEME, des politiques d'incitation spécifiques, ainsi que participer à la planification de l'implantation des éoliennes. »

431. L'annexe donne ainsi quelques indications relatives au rôle que doivent jouer les collectivités territoriales et certains des outils dont elles disposent à cette fin. Plus qu'un résumé de leur mission, l'annexe fixe des axes, une marche à suivre. Elle contribue, dans une

certaine mesure, à clarifier la mission des collectivités territoriales s'agissant de la protection des ressources énergétiques. Toutefois, ces indications soient-elles, elles ne figurent que dans l'annexe de la loi. Leur caractère obligatoire semble ainsi faire défaut. Dès lors, ces dispositions ne peuvent que très difficilement s'imposer aux collectivités territoriales.

b. Un rôle s'imposant aux collectivités territoriales ?

432. Selon la valeur reconnue aux dispositions les concernant en matière de protection des ressources énergétiques, les collectivités territoriales ont la possibilité – ou l'obligation – de jouer un rôle plus ou moins important. Le fait d'avoir fait figurer ces indications dans une annexe législative s'avère ainsi relativement problématique dans la mesure où la valeur des annexes législatives est sujette à controverse. En effet, si « la valeur juridique, la normativité législative des codes, des tableaux, listes – extensions des articles, qui pourraient fort bien figurer au milieu de ceux-ci – paraît indéniable »[812], il en va différemment des autres annexes, en particulier des annexes « libres » telles que les plans, les rapports, les cartes géographiques ; or, c'est à cette seconde catégorie que semble appartenir l'annexe de la loi POPE.

433. Dans la version originale du projet de loi, cette annexe s'intitulait « Orientations de la politique énergétique française » et occupait 22 pages sur les 45 que comportait l'ensemble du texte. Elle comprenait alors trois parties : la première était relative aux quatre objectifs majeurs de la loi, la deuxième proposait quatre axes pour atteindre ces objectifs et la troisième et dernière partie était relative à l'ensemble des acteurs devant se mobiliser. Lors des discussions au Parlement, l'annexe a été largement remaniée. Si son intitulé ainsi que sa structure – en trois parties – ont été conservés, son contenu a été bouleversé. Tout d'abord, le préambule ainsi que les dispositions d'ordre général relatives à la politique énergétique française ont disparu, ces dernières ayant été intégrées au corps même de la loi – à son article 1er. Cette modification n'a pas, en revanche, modifié la nature de l'annexe que l'article 1er de la loi qualifie lui-même de « rapport annexé ». Dès lors, il semble indéniable de reconnaître

[812] S. GUY, « Les annexes législatives », *RFDC*, 1999, p. 831

que celle-ci entre dans la catégorie des « rapports annexés approuvés par le législateur en dehors de toute prescription »[813] identifiée par Stéphane Guy.

Cette catégorie d'annexes a la particularité de constituer « souvent, au même titre que le plan ou les rapports annexés aux projets de loi de financement de la sécurité sociale, un moyen détourné pour le Parlement d'adopter, paradoxalement à l'initiative du Gouvernement, des résolutions. »[814] Jusqu'à présent, le Conseil d'Etat a toujours refusé de reconnaître une valeur législative à ce type d'annexe. Dans deux arrêts Conseil d'Etat, d'assemblée du 5 mars 1999, M. Rouquette, Mme Lipietz et autres[815] et CNGA[816], le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions figurant dans les rapports annexés à des lois n'étaient pas revêtus de la force normative s'attachant aux dispositions de la loi elle-même. Le doute était toutefois permis à la lecture de la décision Rouquette dans la mesure où le Conseil d'Etat y énonçait que « les orientations et les objectifs présentés par le rapport accompagnant la loi de financement de la sécurité sociale ne sont pas revêtus de la portée normative qui s'attache aux dispositions de celle-ci » ne se prononçant pas sur le reste des dispositions figurant au sein de cette annexe. Dès lors, il était légitimement possible d'envisager que tous les éléments de l'annexe n'étaient pas dépourvus de force normative. Seuls l'étaient les « orientations et les objectifs ». L'arrêt CNGA semble quant à lui, exclure toute forme de doute dans la mesure où le Conseil d'Etat y énonce « qu'ainsi d'ailleurs que le confirment les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 10 juillet 1989, le rapport annexé à celle-ci n'est pas revêtu de la valeur normative qui s'attache aux dispositions de la loi » n'opérant aucune distinction entre les différentes dispositions de cette annexe. Dans sa décision du 22 août 2002[817], le Conseil Constitutionnel, a toutefois maintenu un certain trouble. S'il n'a pas remis en cause le principe de l'absence de valeur législative des annexes, il a opéré une distinction au sein même de l'annexe en reconnaissant que « si la programmation des moyens de la sécurité intérieure pour les années 2002 à 2007 figurant à l'annexe II de la loi et approuvée par son article 2 a la valeur normative qui s'attache aux lois de programme prévues à l'article 1er de l'ordonnance susvisée du 2 janvier 1959, les ' orientations ' présentées dans le rapport figurant à l'annexe I de la loi déférée ne relèvent en revanche d'aucune des catégories de textes législatifs prévus par la Constitution et ne sont dès lors pas revêtues de la valeur normative

[813] Op. Cit. p. 825
[814] Ibid.
[815] CE ass. , 5 mars 1999, M. Rouquette, Lipietz et autres, rec. p. 37
[816] CE ass. , 5 mars 1999, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public.

qui s'attache à la loi ». Par conséquent, même si la jurisprudence, en particulier celle du Conseil d'Etat semble indiquer que les annexes législatives sont, toutes et dans leur intégralité dépourvues de force normative, il est quelque peu délicat de considérer que la question a été définitivement tranchée.

434. Si l'annexe de la loi POPE semble avoir été purgée de toutes les dispositions relatives à l'orientation, elle contient des dispositions relatives aux moyens devant être mis en œuvre afin de réaliser les objectifs de la loi, dispositions qui, par leur rédaction, sont plus que des objectifs de véritables indications auxquelles les collectivités territoriales semblent être tenues de se conformer. En effet, certaines de leurs dispositions n'ont qu'un caractère informatif, mais d'autres revêtent incontestablement un caractère impératif. Tel est le cas de celles relatives à la maîtrise de la demande d'énergie[818]. L'annexe ne mentionne ici, ni des objectifs ni même des possibilités mais des obligations. Les collectivités territoriales semblent tenues de réduire la consommation de leurs services ; de définir, lorsqu'elles sont compétentes, des politiques d'urbanisme visant à une implantation relativement dense des logements et des activités à proximité des transports en commun et à éviter un étalement urbain non maîtrisé ; d'intégrer dans leur politique de déplacements urbains la nécessité de réduire la consommation d'énergie liée aux transports et de développer des politiques d'incitation aux économies d'énergie. Ne reconnaître aucune valeur normative, fût-elle faible, à ce document revient à l'amputer de son intérêt. Ces dispositions n'ont de sens que si elles s'imposent à leurs destinataires. Si tel n'est pas le cas, force est de constater l'existence d'un incompréhensible paradoxe. Pourquoi utiliser l'impératif dans le cadre de dispositions dépourvues de toute force normative ? Si le législateur a utilisé cette forme n'était-ce pas parce qu'il souhaitait formuler une liste d'obligations à la charge des collectivités territoriales ? Des obligations s'imposant réellement à ces dernières ? Là encore, la forme de la rédaction de cette annexe nous conduit à reconnaître un minimum de force normative à ces

---

[817] CC 2002-460 DC du 22 août 2002 Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

[818] « En matière de promotion de la maîtrise de la demande d'énergie, outre les actions tendant à réduire la consommation d'énergie de leurs services, les collectivités compétentes définissent des politiques d'urbanisme visant, par les documents d'urbanisme ou la fiscalité locale, à une implantation relativement dense des logements et des activités à proximité des transports en commun et à éviter un étalement urbain non maîtrisé. Etant également responsables de l'organisation des transports, elles intègrent dans leur politique de déplacements, en particulier dans les plans de déplacements urbains, la nécessité de réduire les consommations d'énergie liées aux transports. Elles développent enfin, directement ou avec des agences de l'environnement, et notamment en partenariat avec l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) dans le cadre des contrats de plan Etat-régions, des politiques d'incitation aux économies d'énergie. »

annexes, discutées et votées dans les mêmes conditions que les différents articles de la loi. Si nous devons considérer que le législateur a sciemment intégré des dispositions à caractère impératif dans un texte dépourvu de toute force normative, que doit-on déduire de son intention dans la mesure où les membres des assemblées parlementaires n'ignorent rien, semble-t-il du sort des dispositions figurant exclusivement dans de telles annexes[819]. A ce titre, il doit être noté que les députés avaient très clairement manifesté leur intention de supprimer une telle annexe contrairement aux sénateurs soucieux, quant à eux, de la voir maintenue. En outre, en plus d'avoir fait passer des dispositions de l'annexe dans le corps même de la loi, le législateur, au dernier alinéa de cet article 1er la vise expressément : « L'Etat veille à la cohérence de son action avec celle des collectivités territoriales et de l'Union européenne selon les orientations figurant au rapport annexé. » L'annexe a ainsi été rattachée à l'article 1er de la loi, discutée, à l'occasion de l'examen de ce dernier devenant ainsi un élément difficilement dissociable de la loi.

Elle revêt une importance fondamentale s'agissant du rôle des collectivités territoriales en matière de protection des ressources en ce qu'elle reconnaît de manière générale que ces dernières doivent jouer un rôle en ce domaine sans limiter leur action. Toutefois, la jurisprudence du Conseil d'Etat nous conduit à refuser de reconnaître une valeur législative à cette annexe. Bien que le Conseil Constitutionnel semble avoir ouvert une brèche en la matière, la seule force susceptible d'être attachée à l'annexe de la loi POPE est une force indicative. Par conséquent, si cette annexe peut s'analyser en un guide pour les collectivités territoriales qui souhaiteraient s'investir dans cette mission, elle ne saurait s'imposer à elles.

435. En tout état de cause, la lecture de cette annexe nous laisse penser que si, les collectivités territoriales ont un rôle à jouer s'agissant de la maîtrise de la demande d'énergie comme en matière de promotion des énergies renouvelables, c'est avant tout dans le premier de ces deux secteurs que leur rôle doit être le plus important. En effet, pour ce qui concerne la promotion des énergies renouvelables, l'annexe ne mentionne que des possibilités, contrairement à ce qu'elle énonce s'agissant de la maîtrise de la demande d'énergie. Le caractère permissif des dispositions ne se retrouve pas uniquement dans l'annexe de la loi

[819] C'est ainsi qu'au cours de la discussion de cette annexe, M. le Sénateur R. Courteau a pu dire : « Il n'en demeure pas moins que plus on reléguera dans l'annexe des dispositions figurant dans les articles du projet de loi, moins les pouvoirs publics se sentiront liés par des engagements politiques entraînant la nécessité de dégager

POPE mais également dans la plupart des dispositions relatives à la protection des ressources figurant dans le corps de la loi.

2) *L'absence de caractère impératif des dispositions législatives*

436. Si un certain flou entoure les dispositions relatives à l'élaboration d'une politique de protection des ressources au niveau local, une certitude existe : ces dispositions n'ont pas de caractère contraignant. C'est ainsi que le deuxième alinéa du I A de l'annexe prévoit qu' « en matière de promotion des énergies renouvelables, les collectivités peuvent favoriser le recours à ces sources de production, notamment par des dispositions d'urbanisme, et en développant, en partenariat avec l'ADEME, des politiques d'incitation spécifiques, ainsi que participer à la planification de l'implantation des éoliennes. » Il ressort ainsi de l'annexe que le rôle des collectivités territoriales en matière de promotion des énergies renouvelable dépend de leur seule volonté. Si elles le désirent, elles peuvent intervenir à l'aide de différents instruments mais aucune obligation ne semble exister.

437. En l'état actuel du droit, à l'exception de l'obligation faite à chaque région de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion, d'adopter et de mettre en œuvre un plan énergétique régional pluriannuel de prospection et d'exploitation des énergies renouvelables et d'utilisation rationnelle de l'énergie[820], rien ne semble imposer aux collectivités territoriales de se saisir de la question de la protection des ressources énergétiques. Toutefois, cet état de fait pourrait évoluer avec la loi Grenelle II dont l'article 68 modifiant l'article L. 222-1 du code de l'environnement ne semble pas laisser aux régions la simple faculté d'élaborer des schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie.

En revanche, l'article 7 de la loi Grenelle I du 3 août 2009 faisant lui aussi référence à l'élaboration d'une politique de protection des ressources énergétiques au niveau local indique que l'Etat incitera les collectivités territoriales à établir des plans climat-énergie territoriaux. Il ne le leur imposera pas de les élaborer.

---

malgré tout quelques crédits, au moins pour les axes les plus importants », *Compte rendu intégral des débats*, Sénat, 2 mai 2005, p. 3356.

[820] Cette obligation figure à l'article L. 4433-18 du CGCT.

Par conséquent, seule la région semble avoir l'obligation de s'impliquer dans l'élaboration d'une politique de protection des ressources énergétiques au niveau local. Les autres niveaux de collectivités territoriales semblent libres d'intervenir ou non en la matière.

438. Il ressort de ces diverses dispositions qu'en dehors des quelques exceptions précitées, si une collectivité territoriale ne souhaite pas se préoccuper de la question de la protection des ressources, à l'heure actuelle, elle n'est pas véritablement contrainte de le faire. La rédaction de certaines dispositions est, en outre, de nature à permettre à certaines d'entre elles de s'opposer au développement d'une telle politique. Bien qu'elles semblent contraintes d'y contribuer en vertu de l'annexe à la loi POPE – dont le caractère obligatoire fait par ailleurs largement débat – leur inaction peut constituer un véritable frein au développement d'une telle politique. Par ailleurs, dès lors que les collectivités territoriales ne s'impliquent pas dans l'élaboration d'une telle politique, il est probable qu'elle ne cherchent pas à la mettre en œuvre dans la mesure où là encore, le législateur n'impose pas aux collectivités territoriales d'agir mais ne cherche qu'à les encourager.

Chapitre 2 : Un nouveau rôle à renforcer

439. Il apparaît que l'intervention des collectivités territoriales s'agissant de l'élaboration d'une politique énergétique locale n'est pas obligatoire pour la grande majorité d'entre elles. Il est cependant nécessaire, au regard de l'urgence perpétuellement invoquée par les différents textes ou rapports les accompagnant[821], d'obtenir de chacune d'entre elles, qu'elle se mobilise afin de contribuer aux objectifs fixés par les différentes lois intervenues en la matière – au premier rang desquelles figurent les lois POPE du 13 juillet 2005 et Grenelle I du 3 août 2009.

Afin que les objectifs fixés par ces lois puissent être atteints, l'action des collectivités territoriales doit être renforcée. Si tel n'est pas le cas, la réalisation des objectifs s'avèrerait rapidement vaine dans la mesure où les collectivités territoriales sont un maillon essentiel de la chaîne. Certes, celles-ci peuvent intervenir afin de mettre en œuvre la politique décidée au niveau national[822] toutefois, une action efficace ne saurait faire l'économie d'un minimum de planification, de programmation locale en amont.

Les différentes mesures que peuvent d'ores et déjà prendre les collectivités territoriales en matière de protection des ressources énergétiques sont destinées à n'avoir que des effets limités s'ils ne sont pas coordonnés sur le territoire de la collectivité compétente voire, avec les actions ou projet des collectivités territoriales voisines ou d'un échelon supérieur. Par conséquent, la France ne peut se passer d'une action locale en matière de protection des ressources énergétiques ; or, celle-ci passe nécessairement par l'élaboration d'une politique locale de protection des ressources.

La compétence de certains niveaux de collectivités territoriales semble particulièrement opportune (Section 1). Toutefois, afin que celle-ci s'avère efficace, il est nécessaire d'envisager un nouveau cadre d'intervention, faisant de ces dernières un acteur de référence en matière de politique de protection des ressources (Section 2).

---

[821] A titre d'exemple, dans l'exposé des motifs du projet de loi Grenelle I, le ministre de ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire mentionne expressément « l'urgence » d'agir afin de limiter la dégradation de notre environnement.

[822] CE qui sera l'objet de notre titre II.

Section 1 : L'intervention légitime de certains niveaux de collectivités territoriales pour l'élaboration d'une politique de protection des ressources

440. Bien que l'échelon le plus pertinent pour déterminer une politique de protection des ressources énergétiques au niveau local ne soit pas facilement identifiable (§2), l'intervention des collectivités territoriales, aux côtés de l'Etat[823] s'agissant de telles politiques semble largement justifiée (§1).

§1 : La justification de l'élaboration de véritables politiques locales de protection des ressources

Qu'il s'agisse de l'élaboration d'une politique énergétique locale (A) ou de la participation à la détermination de la politique nationale, l'activité des collectivités territoriales est, depuis quelque temps, encouragée et devrait, dans les années à venir, se développer (B).

A- La pertinence de l'élaboration d'une politique locale de protection des ressources

441. La montée en puissance des politiques locales semble avoir mis en exergue la capacité qu'ont les élus locaux de mettre en œuvre des politiques publiques[824] (1), a fortiori en matière énergétique (2).

1) L'essor de l'élaboration de politiques publiques locales

442. « Une politique publique peut être élaborée et formulée en pleine autonomie par une collectivité territoriale, dans son champ de compétence. »[825] Aussi, non seulement ces dernières ne sont pas exclues par principe de l'élaboration des politiques publiques mais l'élaboration de politiques publiques locales semble de plus en plus fréquente. Pierre Muller

---

[823] Occupant la première place en la matière. Voir le chapitre 2nd de ce titre.
[824] P. MULLER, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, p. 108-109
[825] D. LAMARQUE, *L'évaluation des politiques publiques locales*, Paris, LGDJ, p.49

fait état, à ce sujet, « d'un certain renouveau des politiques locales »[826] et parle volontiers de « relocalisation » des politiques publiques[827].

L'auteur indique que « cette redécouverte de la dimension locale du politique résulte d'abord d'une prise de conscience des limites d'une approche verticale des problèmes sociaux dans plusieurs domaines importants comme la lutte contre la pauvreté, l'emploi, la sécurité, l'environnement ou l'urbanisme… »[828] L'élaboration de politique publiques locales semble parfaitement s'inscrire dans une organisation étatique décentralisée. La politique publique est le moyen de donner l'impulsion à une série d'actions coordonnées et allant dans le même sens. Dès lors que les collectivités territoriales sont compétentes dans certains domaines précis, il semble difficilement contestable de leur refuser la compétence d'élaborer des politiques publiques dans ces domaines. L'élaboration de politique publique étant un moyen de mener une action mieux coordonnée et plus efficace, il serait particulièrement maladroit de refuser aux collectivités territoriales compétentes dans un domaine la faculté de les élaborer.

443. Le moyen privilégié pour l'élaboration des politiques publiques locales est sans conteste la planification. Les plans climat-énergie territoriaux (PCET) ayant pour objet « de permettre à chaque collectivité d'élaborer, avec l'ensemble des parties prenantes, une véritable stratégie « climat » à l'échelle locale »[829] en sont un exemple caractéristique.

La planification est une « technique particulière d'élaboration d'une norme ou d'un document qui permet la définition à long terme dans un domaine d'intervention de la puissance publique réclamant l'application d'une politique rationnelle et cohérente. »[830]

444. L'intervention des collectivités territoriales en matière d'élaboration des politiques publiques est subordonnée à une condition : elles ne peuvent agir que dans les domaines dans lesquels elles sont compétentes ; or, la protection des ressources est susceptible de faire partie de leurs compétences.

2) L'énergie : possible objet de politique locale

---

[826] P. MULLER, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, p. 105
[827] P. MULLER, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, p. 107
[828] Op. Cit. p. 105
[829] C. LEPAGE, « Les plans « climat énergie » territoriaux », *Gaz. Pal.*, septembre-octobre 2008, p. 2813
[830] A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISET, *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, Sirey, 2008, p. 292

445. L'une des conditions nécessaires à la reconnaissance de l'élaboration d'une politique publique par une collectivité territoriale est qu'elle agisse dans son champ de compétence. Or, le champ de compétence des collectivités territoriales est relativement difficile à déterminer dès lors que la clause générale de compétence leur laisse, a priori, une importante marge de manœuvre. En effet, aussi contestée soit-elle, la clause générale de compétence figure encore[831] dans le code général des collectivités territoriales aux articles L. 4221-1 du CGCT s'agissant des compétences du Conseil régional[832], l'article L. 3211-1 du CGCT s'agissant du Conseil général[833] et l'article L. 2121-29 du CGCT concernant la commune[834]. La principale difficulté dans son utilisation vient de la notion « d'affaires locales » à laquelle elle se rapporte. Le débat relatif à la notion d'affaire locale ayant été largement relaté en amont[835], il ne sera pas revenu dessus. Il semble toutefois nécessaire de rappeler les éléments fondamentaux autour desquels un minimum de consensus existe afin d'envisager dans quelle mesure la politique de protection des ressources énergétiques pourrait – ou non – être considérée comme une affaire locale.

446. Le caractère local de la protection des ressources énergétiques ne saurait faire l'objet de doutes dans la mesure où le législateur a affirmé à plusieurs reprises, la compétence des collectivités territoriales s'agissant de la maîtrise de la demande d'énergie ou de la promotion des énergies renouvelables. En outre, afin d'assurer ces missions, les collectivités territoriales sont amenées à exercer certaines de leurs compétences traditionnelles. Ainsi, les compétences des collectivités territoriales en matière de fiscalité et d'urbanisme sont autant de vecteurs leur permettant de jouer un rôle considérable en la matière. Pour autant, et bien que le caractère local de la protection des ressources ne puisse être contesté, il doit être nuancé. Il s'agit en effet également d'une préoccupation internationale[836] qui nécessite une action des

---

[831] L'article 35 du projet de loi de réforme des collectivités territoriales prévoit de faire disparaître la clause générale de compétences des départements et régions. Voir infra n° 473. En tout état de cause, aucune disparition de cette clause s'agissant des communes n'est envisagée.
[832] L'article L. 4221-1 alinéa 1er dispose : « Le conseil général règle par ses délibérations les affaires de la région. »
[833] L'article L. 2311-1 alinéa 1er dispose : « Le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département. »
[834] L'article L. 2121-29 alinéa 1er dispose : « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune. »
[835] Voir chapitre 1er du titre 1er de la première partie.
[836] Le protocole de Kyoto en est un exemple.

Etats afin de limiter les risques inhérents à l'épuisement des ressources énergétiques. De fait, l'Etat s'est largement saisi de cette question au point d'élaborer une véritable politique nationale de protection des ressources[837]. Il apparaît ainsi clairement que la protection des ressources est également une affaire nationale. La spécificité de cette matière tient dès lors à son caractère mixte. Car s'il arrive parfois qu'une confusion puisse intervenir entre les affaires locales et les affaires nationales dans la mesure où il se peut que les premières soient identiques dans toutes les collectivités territoriales de même niveau[838], tel n'est pas le cas ici. La protection des ressources n'est en aucun cas une affaire locale que l'on retrouverait au sein de chaque collectivité territoriale de même niveau. Il s'agit bel et bien d'une affaire « mixte » ayant le double caractère d'affaire locale et nationale. Par conséquent, l'élaboration de politiques locales de protection des ressources énergétiques est parfaitement justifiée. Elle devra toutefois s'inscrire dans le cadre plus large de la politique élaborée au niveau national.

447. Ne souhaitant pas limiter la mission des collectivités territoriales à une simple « gestion » des économies d'énergie et des énergies renouvelables, Maurice Bourjol indique dès 1984 que « la décentralisation doit comporter dévolution en faveur des collectivités locales de compétences et moyens d'une politique locale de l'énergie »[839]. Yves Durrieu considère lui aussi, qu'une certaine décentralisation en la matière est « indispensable ; car elle seule peut entraîner des processus de décision démocratique et la diversification des ressources énergétiques, qui doit devenir la loi dans un monde où l'énergie est désormais rare et où toutes les possibilités de développement doivent être mises en œuvre. Ainsi, la décentralisation ne doit-elle pas être le propre d'un seul acteur, mais de tous ceux qui peuvent y concourir, et à tous les niveaux, chacun ayant son domaine de compétence, à commencer par les collectivités territoriales. »[840] Il ajoute : « La décentralisation est […] indispensable, car elle seule peut entraîner des processus de décision démocratique et la diversification des ressources énergétiques qui doit devenir la loi dans un

[837] Figurant dans les lois POPE du 13 juillet 2005 et Grenelle I du 3 août 2009.
[838] On remarquera à ce titre que la charge d'un certain nombre des services publics locaux est imposée aux communes. Tel est le cas des services départementaux d'incendie et de secours dont l'artice L. 1424-1 impose la création à chaque département.
[839] Idem p. 35
[840] Y. DURRIEU, « La décentralisation dans la politique énergétique », *précité*, p. 221

monde où l'énergie est désormais rare et où toutes les possibilités de développement doivent être mises en œuvre. »[841]

Vingt ans plus tard, Pierre Sablière, dans son ouvrage relatif au droit de l'énergie continue à penser qu'une décentralisation de la politique énergétique est nécessaire. Selon lui, « la politique énergétique ne saurait bien évidemment s'élaborer et se conduire avec une seule approche nationale et/ou européenne. Elle doit en effet se décliner au niveau local pour intégrer à la fois les besoins énergétiques des régions et leur potentiel de production locale. Cette analyse offre – demande sur l'ensemble du territoire est en effet indispensable pour programmer de manière harmonieuse les besoins en outils de production, de transformation, de transport et de stockage d'énergie. »[842] Par ailleurs, Pierre Sablière reconnaît implicitement qu'en matière de protection des ressources, le rôle des collectivités territoriales est particulièrement important puisqu'il considère que la politique énergétique « doit rechercher la mise en valeur optimale des ressources énergétiques locales, notamment en terme de ressources naturelles ou d'énergies renouvelables […] Elle doit également chercher à optimiser les potentiels de maîtrise de l'énergie qui existent au niveau local et à tirer le meilleur parti des outils énergétiques existants. »[843] Si le rôle des collectivités territoriales apparaît ainsi incontournable, c'est parce que selon plusieurs auteurs, bien que la centralisation ait permis à la France de se reconstruire d'un point de vue énergétique, elle a, à partir des années 1960, montré ses limites. En effet, la France a eu tendance à porter tout l'effort sur une seule énergie. Comme le remarque Yves Durrieu, « ce fut d'abord ' le tout pétrole ' de 1965 à 1974, sous l'égide de Monsieur P. GUILLAUMAT, et à partir de 1974, ce fut ce qu'on appelle à l'époque ' le tout nucléaire ' »[844]. Il apparaît que les gouvernements successifs ont imposé leurs choix sans consulter les citoyens, pas même à travers le Parlement ; or, il n'est plus envisageable de continuer à concevoir d'une telle façon la politique énergétique[845] alors que l'on cherche à protéger les ressources. Il semble en effet que décentralisation et diversification des énergies soient liées dans la mesure où l'on a commencé à favoriser les interventions des collectivités territoriales en matière de production à partir du moment où l'on a voulu diversifier l'offre et surtout développer les énergies renouvelables.

---

[841] Y. DURRIEU, *Précité*, p. 221
[842] P. SABLIERE, Droit de l'électricité, précité, p. 57
[843] Ibidem P. Sablière, p. 57
[844] Y. DURRIEU, « La décentralisation dans la politique énergétique », précité, p. 220
[845] La loi POPE en est la manifestation en ce sens qu'elle a été précédée d'un débat national.

448. Ainsi, l'intérêt d'injecter une dose de décentralisation dans la politique de protection des ressources reposerait sur deux éléments : la pertinence d'un territoire comme lieu de mise en œuvre de la politique de protection des ressources et le caractère plus démocratique d'une politique élaborée, au moins pour partie, au niveau local. Or, le caractère démocratique d'une telle politique est essentiel car il repose largement sur une adhésion des citoyens à celle-ci. Si ceux-ci n'adhèrent pas à ses objectifs, ils ne se mobiliseront pas. A partir du moment où l'Etat fait le choix d'une politique majoritairement – mais pas exclusivement – incitative, les acteurs concernés doivent être convaincus de sa légitimité et de sa pertinence pour la mettre en œuvre. Le fait de confier aux collectivités territoriales l'élaboration d'une politique locale – s'inscrivant dans le cadre de la politique de protection des ressources nationales – permet d'associer les citoyens et les divers acteurs impliqués dans sa réussite, aux discussions relatives à son élaboration[846] et ainsi d'obtenir un minimum de garantie quant à leur implication dans sa mise en œuvre.

Selon Joseph Puig[847] et Gérard Magnin[848] « la conduite d'une politique énergétique locale durable deviendra de plus en plus une composante à part entière de la demande sociale – et peut-être nationale – vis-à-vis des municipalités. »[849] Les deux auteurs esquissent alors le contenu d'une telle politique : « à l'échelle d'une agglomération, ou d'un pays, une politique énergétique locale durable reposerait sur : une utilisation précautionneuse des ressources naturelles énergétiques, des énergies de stock (fossiles) comme des énergies de flux (renouvelables) ; la promotion des équipements et des méthodes qui ont le meilleur rendement énergétique, la valorisation maximum des ressources locales renouvelables et des énergies de récupération ; et ; de façon croissante, la prévention des déchets, des émissions polluantes locales et des gaz à effet de serre liés au cycle énergétique. »[850]Dès lors qu'une politique nationale implique un effort global de tous les acteurs susceptibles de contribuer à la protection des ressources énergétiques, une politique locale prend tout son sens. En effet, il appartient aux collectivités territoriales de mettre en cohérence sur leur territoire, les diverses initiatives des différents acteurs.

---

[846] L'implication de ces différents acteurs aux débats au niveau national étant particulièrement décevante. Voir supra n° 402
[847] Alors Président d'Energie-Cités
[848] Alors délégué général d'Energie-Cités
[849] J. PUIG et G. MAGNIN, « L'expérience des villes européennes », in *Les collectivités locales et l'énergie, Economie et politique d'un nouveau service public, précité*, p. 57
[850] Op. cit., p. 58

449. Le législateur, allant dans ce sens, semble progressivement dresser les contours d'une compétence des collectivités territoriales en matière d'élaboration d'une politique locale de protection des ressources énergétiques. A titre d'exemple, alors que seule l'annexe de la loi POPE faisait référence à une politique locale de maîtrise de la demande d'énergie ou de diversification du bouquet énergétique, la loi Grenelle I prévoit, dans son article 7 l'élaboration de plans climat-énergie territoriaux par les régions, les département, et les communes et leurs groupements de plus de 50 000 habitants.

Par ailleurs, si la compétence des collectivités territoriales n'est pas clairement affirmée, en tant que telle, elle découle des diverses dispositions consacrant leur compétence sur des points précis de la politique de protection des ressources qui, en revanche, sont relativement nombreuses[851]. Celles-ci contribuent à la reconnaissance d'une compétence des collectivités territoriales en matière de protection des ressources qui va légitimer leur rôle s'agissant de l'élaboration de politiques publiques locales en la matière.

450. L'autre moyen pour les collectivités territoriales de participer à la politique de protection des ressources énergétiques ne consiste pas en l'élaboration de politiques à caractère local mais en leur participation à la politique nationale de protection des ressources.

B- L'existence d'une participation des collectivités territoriales à la définition d'une politique nationale de protection des ressources

451. Si toutes les collectivités territoriales ne se préoccupent pas encore pleinement de la question de la protection des ressources énergétiques, la plupart d'entre elles ont une certaine expérience de la question dans la mesure où elles ont déjà été associées à l'élaboration de la politique nationale de protection des ressources.

452. Le dernier alinéa de l'article 2 de la loi POPE du 13 juillet 2005 énonce que « dans le domaine énergétique, l'Etat veille à la recherche permanente, grâce à des procédures de concertation, d'un consensus le plus large possible prenant en compte la nécessaire conciliation entre le respect des intérêts locaux et les impératifs liés à l'intérêt général. » Par

[851] Voir supra n° 374 et suivants et n° 382 et suivants.

conséquent, il ne saurait élaborer une politique de protection des ressources en se désintéressant des collectivités territoriales. Celles-ci doivent nécessairement intervenir. En effet, elles sont en mesure de déterminer les besoins énergétiques sur leur territoire mais également les ressources dont elles disposent.

Par ailleurs, il est délicat de considérer la protection des ressources comme une affaire strictement locale ou, à l'inverse, strictement nationale dans la mesure où, par essence, la protection des ressources énergétiques, tout comme l'est la protection de l'environnement, est une affaire, mondiale, européenne, nationale et locale. En effet, alors qu'on a démontré que la distribution d'électricité et de gaz était une affaire locale il en va différemment s'agissant de la question de la protection des ressources énergétiques. Ainsi, une collaboration entre les différents niveaux territoriaux en matière d'élaboration d'une telle politique semble tout aussi souhaitable que l'élaboration des politiques publiques locales ou nationales. Aussi, peut-on observer que les communes et leurs groupements interviennent aux côtés de l'Etat en la matière.

Associer les collectivités territoriales à l'action de l'Etat permet de pallier les excès d'une trop grande centralisation dans l'élaboration de la politique nationale de protection des ressources. Les collectivités territoriales ont ainsi été associées à la préparation des dernières grandes lois intervenues en matière de protection des ressources.

S'agissant de la loi POPE du 13 juillet 2005, qui a, pour la première fois véritablement élaboré une politique de protection des ressources au niveau national, les collectivités territoriales ont été associées au processus décisionnel, en particulier, dans le cadre du grand débat national organisé à cette occasion. Toutefois, force est de constater qu'elles n'ont pas bénéficié d'une place différente de celle des autres participants à ce débat.

Concernant, le Grenelle de l'environnement et les textes qui en résultent[852], le constat est sensiblement identique. Les collectivités territoriales ont été partie prenante dans le « Grenelle de l'environnement » qui s'est tenu de juillet à octobre 2007. Elles étaient, en effet, l'un des cinq collèges dont étaient issus les membres des six groupes de travail aux côtés de l'Etat, des salariés, des responsables professionnels et des associations. Il apparaît ainsi que si les collectivités territoriales ont été consultées, c'est au même titre que les membres de la société civile.

[852] En particulier la loi Grenelle I du 3 août 2009.

Il ne doit toutefois aucunement être oublié que d'une manière générale, les collectivités territoriales jouent toujours, de manière indirecte, un rôle considérable dans l'élaboration de politiques publiques nationales quelles qu'elles soient par le biais des élus locaux cumulant leur mandat avec celui de député ou de sénateur. Néanmoins, dans cette hypothèse, ce n'est pas en tant qu'élu locaux mais en tant que parlementaires nationaux que débattent et votent ces différents acteurs.

453. Il ressort finalement des lois POPE, Grenelle I et Grenelle II que la politique nationale de protection des ressources revêt un aspect local. Ainsi, de la même façon que les collectivités territoriales doivent prendre en compte, dans l'élaboration de leurs propres politiques locales, les différentes exigences nationales, l'Etat, quand il élabore sa propre politique de protection des ressources, doit tenir compte des aspects locaux, ne serait-ce que s'agissant de sa mise en œuvre. Cette thématique n'est par conséquent pas inconnue des collectivités territoriales ce qui contribue à justifier l'élaboration de politiques locales de protection des ressources. En outre, parce qu'elles ont été partie prenante à l'élaboration de la politique nationale, elles sauront dessiner des politiques locales conformes aux objectifs nationaux.

454. Dès lors qu'il apparaît essentiel de reconnaître de manière plus claire, le rôle que doivent jouer les collectivités territoriales s'agissant de l'élaboration d'une politique de protection des ressources énergétiques, il est nécessaire de déterminer les échelons territoriaux les plus adéquats pour mener à bien cette mission.

§2 : La recherche de l'échelon territorial idoine pour élaborer une politique locale de protection des ressources énergétiques

455. Si plusieurs échelons territoriaux sont susceptibles d'intervenir dans le processus d'élaboration d'une politique locale de protection des ressources énergétiques et justifient d'une telle compétence, deux d'entre eux paraissent plus opportunément susceptible d'assurer efficacement cette mission : les groupements de communes tout d'abord, échelons traditionnellement associés à la matière énergétique, en particulier à travers la distribution et jouissant par ailleurs d'une certaine expérience de planificateurs (A) ; la région, ensuite, qui

est, quant à elle, un niveau de collectivité territoriale largement compétent s'agissant de l'élaboration de politiques locales, et présentant une dimension territoriale adaptée la matière (B).

A- La pertinence de l'intervention d'un l'échelon traditionnellement compétent en matière énergétique : l'intercommunalité

456. S'il apparaît justifié que les groupements de communes occupent une place primordiale en matière d'élaboration de politique locale de protection des ressources, c'est qu'en matière énergétique, ceux-ci interviennent traditionnellement (1) et constituent un échelon plus adapté que la commune pour assumer un tel rôle (2).

1) L'intercommunalité : échelon traditionnellement compétent en matière énergétique

457. Dès lors qu'il est question d'énergie, deux catégories de collectivités territoriales semblent a priori concernées : l'Etat et les communes ou leurs groupements. L'Etat d'une part, parce que depuis la loi de nationalisation du 8 avril 1946, il est celui qui occupe la place prépondérante en matière énergétique[853]. Les communes ou leurs groupements, d'autre part, parce qu'ils restent, même si leurs prérogatives sont réduites, les échelons territoriaux de référence en matière de distribution d'électricité et de gaz. Il apparaît ainsi que ces compétences traditionnelles en matière énergétique jouent en faveur de la reconnaissance d'un rôle certain s'agissant de la question énergétique nouvelle qu'est celle de la protection des ressources. Leur proximité avec les administrés renforce la nécessité d'une telle reconnaissance. En effet, s'agissant tout particulièrement de la maîtrise de la demande d'énergie, il est nécessaire d'agir au plus près du citoyen-consommateur. Dès lors, il ne fait aucun doute que les communes ou leurs groupements justifient de la reconnaissance d'une compétence pour mener des actions à cette fin.

458. Aucune des lois intervenues en matière énergétique n'a expressément consacré une compétence des communes ou de leurs groupements en matière d'élaboration de la

---

[853] Voir Ière partie, Titre Ier, chapitre 2nd

politique de protection des ressources énergétiques[854]. Cependant, la reconnaissance d'un rôle de la commune en la matière se dégage de façon relativement naturelle dans la mesure où en l'absence de dispositions précises, les compétences des collectivités territoriales utilisées aux fins d'élaboration d'une politique de protection des ressources, sont essentiellement attachées à l'urbanisme ; or, en la matière, les communes et leurs groupements sont largement compétents. Les transferts de compétence opérés lors des lois de décentralisation des années 1980 ont notamment eu pour effet de leur confier « une compétence de principe en matière d'élaboration des documents d'urbanisme, de délivrance des autorisations d'utilisation des sols, et d'opérations d'aménagement urbain. »[855] Dans la mesure où à l'occasion de l'élaboration ou de la délivrance de tels documents ils peuvent influer sur la protection des ressources, il apparaît qu'ils sont amenés à jouer un rôle relativement important en la matière[856]. Par ailleurs, c'est au travers des agendas 21 locaux que s'exprime la compétence des communes en matière d'élaboration de politique de protection des ressources. Il doit toutefois être précisé que c'est avant tout dans le cadre des groupements de communes que se développent de tels documents. D'une manière générale, dès lors qu'il est question d'énergie, le législateur semble encourager le recours à l'intercommunalité. Elle semble ainsi constituer un échelon territorial plus adapté que l'échelon communal pour élaborer une politique de protection des ressources énergétiques.

2) Le nécessaire développement du recours à l'intercommunalité pour élaborer des politiques locales de protection des ressources

459. Alors que se mettait en place le service public de la distribution de l'électricité et du gaz, l'encouragement au regroupement de communes au sein de structures intercommunales était encouragé[857]. Depuis la loi du 15 juin 1906, celles-ci peuvent intervenir en matière de distribution tout comme le peuvent les communes dès lors que ces dernières leur ont transféré cette compétence. C'est donc fort logiquement que le législateur a également entendu impliquer les EPCI dans la politique de protection des ressources énergétiques. La loi POPE du 13 juillet 2005 a ainsi consacré les compétences des différentes

---

[854] Il doit toutefois être précisé que dans l'annexe de la loi POPE, le législateur envisage une telle compétence. Voir Chapitre 2 de ce titre.
[855] J.B AUBY, J.F. AUBY, R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, précité, p. 219
[856] Voir titre 2, chapitre 1, section 2.

structures intercommunales en la matière. Ses articles 21 à 23 permettent respectivement aux communautés de communes[858] ainsi qu'aux communautés d'agglomération[859] d'être compétentes en matière de soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie. Les communautés urbaines connaissent un sort quelque peu différent puisque pour ce qui les concerne, il s'agit d'une compétence faisant obligatoirement l'objet d'un transfert de la part des communes qui en sont membres[860]. Il apparaît ainsi que seule la communauté urbaine détient obligatoirement une compétence en matière de maîtrise de la demande d'énergie[861]. Ces dispositions sont issues d'un amendement présenté au Sénat, lors de la deuxième lecture. Selon M. le Sénateur Roland Ries qui a présenté cet amendement, « la pertinence et l'intérêt des questions énergétiques, notamment celles concernant la maîtrise de la demande de l'énergie, sont évidents à la fois pour la communauté de communes, pour la communauté

[857857] Voir supra Première partie, titre 1er, chapitre 1er.

[858] L'article L. 5214-16 II du CGCT laisse, dans une certaine mesure, le choix aux communautés de communes d'exercer ou non cette compétence dans la mesure où il prévoit que : « *[l]a communauté de communes doit par ailleurs exercer dans les mêmes conditions des compétences relevant d'au moins un des cinq groupes suivants :*
1° Protection et mise en valeur de l'environnement, le cas échéant dans le cadre de schémas départementaux et soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie ;
2° Politique du logement et du cadre de vie ;
3° Création, aménagement et entretien de la voirie ;
4° Construction, entretien et fonctionnement d'équipements culturels et sportifs et d'équipements de l'enseignement préélémentaire et élémentaire ;
5° Action sociale d'intérêt communautaire. »

[859] L'article L.5216-5 II du CGCT offre également une certaine liberté aux communautés d'agglomérations s'agissant de l'exercice de la compétence relative au soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie. Il dispose en effet : « *La communauté d'agglomération doit en outre exercer au lieu et place des communes au moins trois compétences parmi les six suivantes :*
1° Création ou aménagement et entretien de voirie d'intérêt communautaire ; création ou aménagement et gestion de parcs de stationnement d'intérêt communautaire ;
2° Assainissement ;
3° Eau ;
4° En matière de protection et de mise en valeur de l'environnement et du cadre de vie : lutte contre la pollution de l'air, lutte contre les nuisances sonores, soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie, élimination et valorisation des déchets des ménages et déchets assimilés ou partie de cette compétence dans les conditions fixées par l'article L. 2224-13 ;
5° Construction, aménagement, entretien et gestion d'équipements culturels et sportifs d'intérêt communautaire ;
6° Action sociale d'intérêt communautaire. »

[860] L'article L. 5215-20 du CGCT dispose : « I. - *La communauté urbaine exerce de plein droit, au lieu et place des communes membres, les compétences suivantes : […]*
6° En matière de protection et mise en valeur de l'environnement et de politique du cadre de vie :
a) Elimination et valorisation des déchets des ménages et déchets assimilés ;
b) Lutte contre la pollution de l'air ;
c) Lutte contre les nuisances sonores ;
d) Soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie. »

[861] Toutefois, la discussion de cet amendement au Sénat laissait entrevoir qu'il ne s'agirait en aucun cas d'une obligation. En effet, les auteurs de cet amendement ont clairement indiqué que ce transfert ne se ferait que sur la base du volontariat et qu'il s'agissait d'offrir la possibilité aux communautés qui le désiraient d'une compétence qui jusque là ne leur appartenait pas sans mentionner une quelconque distinction selon le type d'EPCI. Cf. J.O. Compte rendu intégral des débats, Sénat, 3 mai 2005, p. 3489

urbaine et la communauté d'agglomération. »[862] Il n'a pas justifié davantage l'exercice d'une telle compétence. Adoptant un comportement similaire, M. le Sénateur Henri Révol alors rapporteur estime que « les communes et leurs regroupements sont fondés, par essence, à mener sur leurs propres installations des actions de maîtrise de l'énergie »[863]. Dès lors, pour ces parlementaires, la compétence des groupements de communes en matière énergétique n'est pas à prouver tellement elle est évidente. Toutefois, aussi pertinente et convaincante soit-elle, la compétence des groupements de communes en matière énergétique et en particulier s'agissant de l'élaboration d'une politique de protection des ressources ne saurait faire l'économie d'une justification.

460. Tout d'abord, et comme l'amorce la loi POPE à travers ses articles 21 à 23[864], tous les types d'intercommunalité n'ont pas vocation à être compétents en matière de protection des ressources énergétiques et partant, en matière d'élaboration d'une politique de protection des ressources : les EPCI à fiscalité propre semblent constituer la forme la plus adaptée pour conduire de tels projets. En effet des SIVOM tels que les syndicats d'électricité ne semblent pas parfaitement adaptés à l'élaboration d'une politique énergétique impliquant largement des questions environnementales. Ces structures sont habituées à ne traiter que l'aspect industriel et commercial de la gestion de l'énergie – la distribution ; or, cette compétence ne saurait suffire à mener une politique locale efficace de protection des ressources. L'élaboration d'une telle politique nécessite la mobilisation de compétences variées dépassant très largement le seul cadre de la distribution publique d'énergie[865]. A ce titre, les EPCI à fiscalité propre, susceptibles d'intervenir dans de très larges domaines semblent parfaitement adaptés.

461. Par ailleurs, confier l'élaboration d'une politique locale de protection des ressources aux groupements de communes serait extrêmement pertinent dans la mesure où une telle politique trouverait nécessairement sa place dans le cadre des agendas 21 locaux existants ou en cours d'élaboration.

---

[862] M. le Sénateur Roland RIES, J.O. Compte rendu intégral des débats, Sénat, 3 mai 2005, p. 3489
[863] M. le Sénateur Henri REVOL, J.O. Compte rendu intégral des débats, Sénat, 3 mai 2005, p. 3489
[864] La loi POPE ne s'intéresse qu'aux communautés de communes, communautés d'agglomération et communautés urbaines.
[865] A titre d'exemple peuvent être cités l'urbanisme, la planification climatique ou encore, la politique des transports.

« L'Agenda 21 local est un projet territorial de développement durable global, qui engage la plus grande partie voire la totalité des politiques publiques de la collectivité territoriale dans le développement durable »[866] dont les finalités sont la lutte contre le réchauffement climatique et la protection de l'atmosphère, la préservation de la biodiversité, la protection des milieux et des ressources, l'épanouissement de tous les êtres humains, la cohésion sociale et la solidarité entre les territoires et entre les générations, les dynamiques de développement suivant des modes de production et de consommation responsables[867]. La protection des ressources énergétiques n'est pas expressément visée par les Agendas 21 locaux ni par les documents qui s'y rapportent. Toutefois, à la lecture des finalités du développement durable, il apparaît que cette question y trouve incontestablement sa place. En effet, la politique de protection des ressources, en plus de contribuer à l'indépendance énergétique nationale, objectif ne répondant pas aux impératifs du développement durable, consiste tout d'abord en un mode de consommation de l'énergie responsable grâce à la politique de maîtrise de la demande d'énergie et contribue par là-même à la protection des milieux et des ressources ainsi qu'à la lutte contre le réchauffement climatique qui, quant à eux, sont clairement des objectifs du développement durable. Bien que la question de la protection des ressources trouve, en principe, sa place dans les Agendas 21 locaux, elle est encore loin de figurer dans chacun d'entre eux[868]. Ceci est d'autant plus regrettable que les Agendas 21 des communes ou de leurs groupements peuvent légitimement intégrer cette question, la loi POPE du 13 juillet 2005 ayant renforcé leurs compétences en matière de protection des ressources.

La question énergétique est encore souvent absente des agendas 21 communaux à l'inverse des agendas 21 intercommunaux ce qui contribue à prouver que les groupements de communes sont davantage sensibles à cette problématique.

---

[866] Définition figurant dans le document du ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durable : *Appel à reconnaissance Première session, Février 2007, Présentation des projets territoriaux de développement durable et Agendas 21 reconnus*, Paris, juin 2007, p. 77

[867] Finalités mentionnées dans le document du ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durable précité, p. 75

[868] Nous nous fondons sur deux documents du Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durable : Appel à reconnaissance Première session, Février 2007, Présentation des projets territoriaux de développement durable et Agendas 21 reconnus, Paris, juin 2007, 77 p. et la liste des collectivités concernées par la reconnaissance de leur projet disponible sur le site du Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durable le 21 juillet 2008 : http://www.ecologie.gouv.fr/IMG/pdf/Liste-des-projets-reconnus-novembre-2007.pdf

En outre, la planification – rendue nécessaire par l'exercice – n'est pas étrangère aux intercommunalités déjà largement impliquées en matière de planification urbaine, en particulier à travers l'élaboration et la gestion des SCOT ainsi que celle, des PLU communautaires.

462. En tout état de cause, la compétence des EPCI pour élaborer des politiques locales de protection des ressources ne doit pas occulter la pertinence de confier à un autre niveau territorial la tâche de prendre en charge une telle mission. Il apparaît alors que la région constitue l'autre échelon territorial pertinent pour mener une action efficace en la matière.

B- Un échelon local s'imposant également en matière d'élaboration de politique énergétique locale : la région

463. Si la région semble s'imposer comme l'échelon local de référence s'agissant de l'élaboration de politique locale de protection des ressources énergétiques, c'est avant tout parce qu'aux côtés des communes et de leurs groupements, elle est la collectivité territoriale de référence en matière d'élaboration de politiques locales.

464. Traditionnellement, la région est l'échelon territorial présenté comme particulièrement adapté pour l'élaboration de politiques publiques. L'existence des contrats de projets Etat-Région en est une manifestation. Selon Pierre Muller, une telle procédure est « à l'origine d'un embryon de réflexion sur une politique globale, au niveau régional, de développement économique »[869]. Il précise toutefois que les régions françaises sont handicapées par la « faiblesse de leurs moyens, le flou de leurs compétences et leur manque de légitimité politique si on les compare à d'autres entités territoriales comme les *Länder* ou la communauté autonome de Catalogne »[870]. Malgré ces faiblesses, les régions continuent à constituer un niveau d'action privilégié en matière d'élaboration de politiques publiques.

Concernant la protection des ressources, le rôle de la région avait précisément été envisagé à travers les agences régionales de l'énergie mais celles-ci n'ont jamais été

[869] P. MULLER, Op. Cit. P. 109

développées en tant que telles. Lors de la nationalisation de 1946, était envisagée la création d'agences se préoccupant uniquement des questions énergétiques[871]. Elles devaient être conçues afin de jouer le rôle de « véritable[s] commission[s] permanente[s] énergie auprès [des] Conseil[s] régionau[x] »[872]. A l'heure actuelle, on compte onze agences régionales de l'énergie et de l'environnement[873]. Elles sont constituées le plus souvent sous la forme d'associations loi 1901. Leur point commun est de compter un grand nombre de conseillers régionaux parmi leurs membres. Elles ont pour mission de répondre au besoin d'information, de conseil et d'assistance des collectivités territoriales et constituent des lieux de réflexion et d'échange entre les différents partenaires institutionnels, économiques et associatifs concernés par les questions d'énergie et d'environnement. Ces agences ne sont pas des émanations des régions. Toutefois, la présence de conseillers régionaux en leur sein traduit la proximité existante entre celles-ci et l'agence.

Dans les années 1980, les hommes politiques voyaient dans les régions, l'échelon idoine de coordination de la politique énergétique. Ainsi qu'en témoigne le rapport Bourjol, l'idée de décentralisation de la politique énergétique est vielle de plusieurs années. En effet, ce rapport bien que reconnaissant que « les grandes énergies classiques […] sont difficilement décentralisables » admet que « la gestion des économies d'énergie et des énergies renouvelables et le plan peut être confiée aux instances régionales, départementales ou municipales. »[874]

465. A l'heure actuelle, la région peut d'ores et déjà intervenir en matière de protection des ressources énergétiques par le biais des contrats de projet Etat-Régions. Ces contrats succédant à quatre générations de contrats de plan Etat-Régions[875], permettent d'élaborer des projets prenant en compte prioritairement la compétitivité et l'attractivité des

---

[870] P. MULLER, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, p. 110

[871] Certaines agences de ce type existaient déjà. Toutefois, l'ambition du gouvernement était de les développer. A titre d'exemple, c'est le cas de Rhônalpénergie, agence créée en 1978 sous la forme d'une association loi 1901. Cette agence est devenue, en 1995, Rhônalpénergie-Environnement étendant son activité aux questions environnementales.

[872] J.O. doc. A.N. 7 octobre 1981, p. 1505

[873] Onze agences sont ainsi répertoriées sur le site du Réseau des agences régionales de l'énergie et de l'environnement. Toutefois, certaines d'entre elles ne comportent pas le mot énergie dans leur intitulé.

[874] Rapport Bourjol, p. 35

[875] Le régime de ces contrats a été modifié à la suite d'un rapport de la Cour des comptes critiquant leur gestion dans des observations remises au gouvernement le 17 février 2006. La multiplication des domaines d'intervention avait abouti à une dilution des moyens financiers dans la mesure où les priorités n'étaient plus clairement affirmées. Désormais, les nouveaux contrats voient leur contenu plus restreint.

territoires, le développement durable ainsi que la cohésion sociale. C'est au titre du développement durable que le politique de protection des ressources énergétique peut trouver sa place au sein de tels contrats. C'est, semble-t-il, à cette fin que le recours aux « contrats de plan Etat- régions » est prévu dans l'annexe de la loi POPE[876].

En outre, et il s'agit là d'un cas particulier, peuvent également intervenir en matière de protection les régions d'outre-mer. Elles disposent de prérogatives propres à la question de la politique de protection des ressources, résultant notamment de l'article L. 4433-18 alinéa 1er du code général des collectivités territoriales qui dispose : « Dans le respect de la programmation nationale pluriannuelle des investissements de production d'électricité et du schéma de services collectifs de l'énergie, chaque région de Guadeloupe, Guyane, Martinique et de la Réunion élabore, adopte et met en œuvre, après concertation avec les autres collectivités territoriales, les établissements publics de coopération intercommunale et les producteurs intéressés de son territoire, un plan énergétique régional pluriannuel de prospection et d'exploitation des énergies renouvelables et d'utilisation rationnelle de l'énergie. » C'est l'article 19 de la loi n°84-747 du 2 août 1984 relative aux compétences des régions d'outre-mer[877] qui a rendue obligatoire cette compétence[878]. La rédaction de cette disposition a été modifiée par l'article 50 de la loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer[879]. Désormais, l'élaboration de ce plan énergétique régional est pluriannuelle. En outre, alors que la rédaction antérieure de cette disposition prévoyait une participation de l'Etat, des autres collectivités territoriales et des établissements publics intéressés, la nouvelle rédaction n'y fait plus référence. L'action des ROM reste toutefois encadrée dans la mesure où le plan énergétique régional doit respecter la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité instaurée par la loi n° 2000-108 de 10 février 2000 relative à la modernisation du service public de l'électricité et le schéma de services collectifs de l'énergie issu de la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation et de développement durable du territoire.

---

[876] Cf. section 2 de ce chapitre.
[877] J.O. 3 août 1984, p. 2559
[878] Dans sa rédaction initiale, l'article 19 de la loi n°84-747 du 2 août 1984 relative aux compétences des régions d'outre-mer disposait : « Les régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion peuvent élaborer et adopter un plan énergétique régional et, pour son application, participer, par voie de conventions, avec l'Etat, les autres collectivités territoriales et les établissements publics intéressés à un programme de prospection, d'exploitation et de valorisation des énergies nouvelles et renouvelables et de maîtrise de l'énergie. »
[879] J.O. 14 décembre 2000, p. 19760

Une telle disposition trouve son origine dans les difficultés relatives à l'importation d'énergie que connaissent les ROM. Dans la mesure où elles sont dépourvues de combustibles fossiles, il est apparu nécessaire au législateur d'accroître le développement de leur indépendance énergétique en encourageant le recours à la protection locale d'énergie d'origine renouvelable. Cette nécessité explique, pour partie, le fait que cette compétence ne soit reconnue qu'aux régions d'outre mer et non aux régions métropolitaines.

Un phénomène comparable existe s'agissant de la Corse qui jouit de compétences particulières en ce domaine. L'article L. 4424-39[880] dispose : « Dans le respect des dispositions du plan de la nation, la collectivité territoriale de Corse : /1° Elabore et met en œuvre le programme de prospection, d'exploitation et de valorisation des ressources énergétiques locales de Corse, qui porte sur la géothermie, l'énergie solaire, l'énergie éolienne et de la mer, l'énergie tirée de la biomasse, l'énergie tirée de la valorisation et de la récupération des déchets, des réseaux de chaleur, l'énergie hydraulique des ouvrages dont la puissance est inférieure à 8 000 kilowatts et qui comporte également des mesures destinées à favoriser les économies d'énergie ; / 1° bis Est préalablement consultée sur tout projet d'implantation d'un ouvrage de production utilisant les ressources locales énergétiques mentionnées au 1°. Cette consultation prend la forme d'une délibération de l'Assemblée de Corse, sur proposition du conseil exécutif de Corse. »

Enfin, il existe dans chaque région un fonds régional pour la maîtrise de l'énergie alimenté à parts égales, par la Région et par l'ADEME ayant pour objet d'offrir aux porteurs de projets de bénéficier de fonds de l'ADEME et de fonds régionaux.

466. En tout état de cause, il apparaît qu'un niveau de collectivité territoriale n'intervient pas ou très peu en matière de politique de protection des ressources : le département qui est le grand absent de la décentralisation énergétique. Alors que le rôle des collectivités territoriales est progressivement reconnu par le législateur faisant de ces dernières un pilier de l'élaboration de la politique de protection des ressources, le département n'a pas vu son rôle davantage pris en compte. Dans les années 1980, plusieurs auteurs voient cependant, dans le département, le niveau de décentralisation pertinent pour fixer une politique des économies d'énergie. Ainsi, Yves Durrieu [881] remarque qu'avant les lois de

[880] Ancien article L. 4424-33 du CGCT.
[881] Yves DURRIEU, *précité*, p. 223

décentralisation, « certains départements avaient pris des initiatives intéressantes, que ce soit en matière d'économie d'énergie ou de promotion des énergies nouvelles ». Il voit alors dans le département, le niveau territorial pertinent pour fixer « la politique des économie d'énergies pour laquelle il semble plus apte que pour les énergies nouvelles. » Il reconnaît notamment que « Le département est une entité territoriale de petite dimension au contact direct des responsables municipaux »[882].

467. L'absence de reconnaissance effective d'un rôle du département en matière d'élaboration d'une politique de protection des ressources énergétiques est la conséquence de plusieurs facteurs au premier plan desquels figure l'intercommunalité. C'est ce niveau qui est désormais l' « entité territoriale de petite dimension au contact direct des responsables municipaux » dans la mesure où les conseillers communautaires en sont des émanations. Par ailleurs, une autre raison semble justifier l'absence de renforcement de la présence du département par les récentes lois ayant traité de la matière énergétique : la réforme des collectivités territoriales et l'avenir incertain du département[883].

468. Il apparaît ainsi que ce sont les intercommunalités et la région qui ont vocation à jouer un rôle essentiel en la matière. Afin qu'ils puissent mener une action véritablement efficace, il est néanmoins nécessaire d'envisager les moyens de consacrer une telle compétence.

Section 2 : Les moyens de renforcer ce rôle

469. La fragilité du rôle des collectivités territoriales tenant, pour une large partie à l'ambiguïté et au flou des textes les concernant[884], il est nécessaire, d'élaborer des textes clairs quant à la mission exacte que devraient assurer les collectivités territoriales en la matière et à son étendue (§1) à cette fin, le législateur pourrait s'inspirer de quelques exemples étrangers où internes insuffisamment développés (§2).

---

[882] Ibidem
[883] L'avant projet de loi relatif à la réforme des collectivités territoriales consacre un chapitre à la création de « métropoles » qui a, selon l'exposé des motifs « vocation à se substituer, sur son territoire, au département dont elle prendrait les compétences, auxquelles s'ajoutent les compétences exercées par les communautés urbaines ».
[884] Voir infra n° 420 et suivants. .

§1 : La nécessité d'une loi dépourvue d'ambiguïtés

470. Il apparaît, à la lecture des diverses dispositions se rapportant à la question de l'élaboration de politiques locales de protection des ressources[885], que celles-ci sont empruntes d'une trop grande ambiguïté, tant, pour ce qui concerne la réalité d'une compétence générale d'élaboration d'une politique locale de protection des ressources des collectivités territoriales que s'agissant du caractère impératif d'une telle compétence. Afin de clarifier le rôle des collectivités territoriales en la matière et d'une façon plus globale, de rendre la politique de protection des ressources telle qu'envisagée par les lois POPE et Grenelle I plus efficace, la compétence des collectivités territoriales devra être clairement affirmée par le législateur (A). Ce dernier devant également trancher le débat du caractère facultatif ou non de l'exercice d'une telle compétence par les intercommunalités et les régions (B).

A- La nécessaire reconnaissance d'une compétence des collectivités territoriales en matière d'élaboration de la politique de protection des ressources

471. Afin de mettre fin aux ambiguïtés susceptibles de paralyser l'action des collectivités territoriales en matière d'élaboration d'une politique de protection des ressources, il est nécessaire de leur reconnaître expressément une telle compétence (1) le législateur, à cette fin, peut utilement se fonder sur le principe de subsidiarité (2).

1) Une nécessaire reconnaissance expresse des collectivités territoriales en la matière

472. Il n'existe pas d'obligation de préciser qu'une affaire est de la compétence d'une collectivité territoriale ou non pour qu'elle puisse l'exercer dans la mesure où le code général des collectivités territoriales leur permet de gérer selon le cas de figure, les affaires de la commune, du département ou de la région. Ainsi, à l'heure actuelle le CGCT indique que « le

[885] Voir infra chapitre Ier de ce titre.

conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune »[886] ; que « Le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département. »[887] ; que « le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région. »[888] Par conséquent, ces dispositions pourraient, a priori, à elles seules, suffire à une appropriation par les collectivités territoriales de l'élaboration d'une politique de protection des ressources. Toutefois, plusieurs problèmes se posent : tout d'abord, il n'existe pas de clause générale de compétence au bénéfice des intercommunalités ; or, comme nous l'avons indiqué en amont[889], il nous semble qu'elles sont, avec les régions, le niveau plus adapté pour assumer un tel rôle. Par conséquent, il ne leur est pas possible, en l'absence de dispositions législatives expresses d'intervenir en ce domaine. Or, ce n'est pas tant l'intervention des communes que celle de leurs groupements qui nous apparaît opportune en la matière[890].

473. Par ailleurs, deux autres difficultés confortent la nécessité d'une reconnaissance expresse d'une compétence des collectivités territoriales en matière d'élaboration d'une politique locale de protection des ressources énergétiques.

La première d'entre elles réside dans l'incertitude entourant la notion d'affaire locale et partant, des affaires communales, départementales ou régionales[891]. La seconde ressort du projet de loi relatif aux collectivités territoriales prévoyant suppression de la clause générale de compétences au bénéfice du département et de la région[892]. Or, la politique de protection des ressources devrait intéresser les régions et les intercommunalités. Par conséquent, la région pourra difficilement se fonder sur cette notion pour justifier la prise en charge de cette mission. Les intercommunalités, quant à elles ne peuvent pas envisager sérieusement pouvoir se fonder sur une quelconque notion d'affaires communautaires. En effet, si le législateur envisage la disparition des notions d'affaires départementales, et régionales, il ne consacrera pas, *a priori*, celles d'affaires communautaires. La notion d'intérêt communautaire ne saurait, quant à elle, justifier l'exercice par les intercommunalités, de l'élaboration d'une politique

---

[886] Article 2121-29 du CGCT
[887] Article 3211-1 du CGCT
[888] Article 4221-1 du CGCT
[889] Voir infra n° 473.
[890] Voir supra n° 459 et suivants.
[891] Voir supra n° 35 et suivants.
[892] L'article 35 du projet de loi de réforme des collectivités territoriales tel qu'adopté par le Sénat énonce en effet : « la région et le département exercent, en principe exclusivement, les compétences qui leur sont attribuées par la loi ; dès lors que la loi a attribué une compétence à l'une de ces collectivités, cette compétence ne peut être exercée par une autre collectivité ».

locale de protection des ressources énergétiques. Si l'intérêt communautaire existe bel et bien[893] il se définit par rapport à la notion d'intérêt communal[894] lequel n'est pas lui-même clairement identifiable[895]. Par ailleurs, reconnaître clairement une compétence comme étant communale afin que celle-ci puisse être déléguée aux EPCI ne semble pas opportun. Il semble quelque peu hasardeux de conférer à un certain niveau territorial un type de compétence en espérant qu'agissant au mieux, celui-ci délèguera l'exercice de cette compétence à un autre niveau : l'intercommunalité.

474. Enfin, comme nous l'avons préalablement indiqué, la politique de protection des ressources ne saurait pertinemment être qualifiée d' « affaire locale » dans la mesure où elle implique largement l'Etat[896]. Ceci sème par conséquent un certain trouble quant à l'exercice d'une telle compétence par les collectivités territoriales en la matière. Dès lors que différentes personnes sont compétentes dans un même domaine, il est nécessaire de délimiter leurs champs d'action respectifs afin que leurs décisions et leurs actes soient cohérents et partant, les plus efficaces possibles.

475. Afin que les objectifs de la politique de protection des ressources soient atteints, il est nécessaire que son élaboration soit expressément reconnue comme étant une affaire « mixte » c'est-à-dire impliquant à la fois l'Etat et certaines collectivités territoriales. Le doute ne serait alors plus permis, l'élaboration de la politique de protection des ressources énergétiques serait une affaire « mixte » par détermination de la loi. Pour fonder une telle compétence des collectivités territoriales, le législateur pourrait utilement se fonder sur le principe de subsidiarité.

---

[893] L'article 71 de la loi du 6 février 1992 Administration territoriale de la république « La communauté de communes a pour objet d'associer des communes au sein d'un espace de solidarité, en vue de l'élaboration d'un projet commun de développement et d'aménagement de l'espace en milieu rural. Elle exerce de plein droit aux lieu et place des communes membres, pour la conduite d'actions d'intérêt communautaire, des compétences relevant de chacun des deux groupes suivants ».

[894] Circulaire DGCL du 5 juillet 2001 : « L'intérêt communautaire s'analyse comme la ligne de partage au sein d'une compétence entre les domaines d'action transférés à la communauté et ceux qui demeurent au niveau communal. C'est en d'autres termes, le moyen, pour certaines compétences expressément énumérées par la loi, de laisser au niveau communal ce qui peut l'être et de transférer à l'EPCI ce qui exige une gestion communale. »

[895] Voir n° 35 et suivants.

[896] Voir § 1 de cette section.

2) *Le principe de subsidiarité, fondement de la reconnaissance d'une compétence des collectivités territoriales en la matière*

476. Afin de fonder la compétence des collectivités territoriales en matière d'élaboration de la politique de protection des ressources énergétiques, la méthode la plus appropriée semble être l'application du principe de subsidiarité.

Bien qu'il ne soit pas expressément formulé, c'est bien le principe de subsidiarité[897] qui a été intégré à l'article 72 de la Constitution par la loi du 28 mars 2003. Ainsi, conformément à la formulation du principe figurant dans la Constitution, les collectivités territoriales « ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Ce principe ne va pas nécessairement permettre de renforcer les compétences des collectivités territoriales en ce sens qu'il justifie également que certaines décisions restent de la compétence de l'Etat. Il semble néanmoins susceptible d'asseoir, voire, de développer certaines compétences des collectivités territoriales.

Selon Régisse Fraisse, le principe de subsidiarité signifie « qu'il appartient au législateur de confier l'exercice d'une compétence à la collectivité qui, eu égard aux caractéristiques de cette compétence et aux intérêts concernés, est le mieux à même de l'exercer. »[898] En effet, une interprétation différente de ce principe conduirait à faire de la France un Etat proche d'un Etat fédéral. En outre, en vertu de l'article 34 de la Constitution il appartient au législateur de déterminer les principes fondamentaux « de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». Comme le remarque Jean-François Brisson, « le constituant s'est bien gardé d'ériger un droit pour les collectivités locales qui serait opposable au législateur »[899]. Ainsi, si la reconnaissance de cette compétence des collectivités territoriales doit émaner du législateur c'est parce que le principe de subsidiarité ne permet pas aux collectivités territoriales de s'approprier, sur leur propre initiative une compétence.

---

[897] Le rapporteur P. Clément, semblait toutefois le préférer le terme de principe d'adéquation. Cf. p. 84 du rapport n° 376.
[898] R. FRAISSE, « Quelle est la portée du 'principe de subsidiarité' ? », *DA*, 2005, Août-septembre, p. 21
[899] J.-F. BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 532

477. Dès lors qu'il apparaît que ce principe est destiné au seul usage du législateur, il est nécessaire de s'interroger sur l'intérêt de l'inscrire dans la Constitution. Le législateur n'appliquait-il pas déjà implicitement ce principe lorsqu'il décidait d'attribuer l'exercice d'une compétence à telle ou telle catégorie de collectivités territoriales ?[900]

Dans son rapport législatif, Pascal Clément énonçait qu'« utilisant pleinement le principe d'évocation des affaires générales qu'elles tiennent de par la loi, les collectivités ont également eu tendance à intervenir plus activement pour répondre aux besoins économiques et sociaux, parfois au détriment des règles de répartition fixées par les lois de 1983. »[901] Doit-on en déduire que ce principe a pour objet de conforter de telles prises de positions ? Le principe de subsidiarité pourrait parfaitement conforter l'intervention des collectivités territoriales en matière d'élaboration d'une politique protection des ressources. En effet, la loi prévoit que celles-ci sont compétentes en la matière ; ce principe pourrait permettre d'organiser ces compétences. Par ailleurs, l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle assignait deux objectifs au pouvoir constituant dont l'un était la clarification des compétences ; or, le principe de subsidiarité pourrait être utilisé afin de clarifier une répartition des compétences lorsque celle-ci a insuffisamment été organisée par le législateur. Dans la mesure où il résulte de la loi que les collectivités territoriales ont un rôle à jouer en matière énergétique, le principe de subsidiarité, éclairé par les textes relatifs à cette question, pourrait permettre de délimiter de manière plus précise le rôle de chaque niveau de collectivité territoriale. Force est toutefois de constater qu'une telle acception du principe de subsidiarité a peu de chances de devenir réalité à l'heure où le législateur ne donne pas de signes allant dans le sens d'une plus grande liberté des collectivités territoriales dans les compétences qu'elles souhaitent mettre en œuvre. La suppression programmée des clauses générales de compétences du département et de la région en sont une manifestation.

Par conséquent, il semble effectivement que le principe de subsidiarité n'est pour réel destinataire que le seul législateur qui pourra l'utiliser dans le sens d'une plus grande décentralisation, accentuant le nombre de compétences reconnues aux collectivités

---

[900] M. Brisson remarque à ce titre que « le principe de subsidiarité comme principe de répartition des compétences n'est pas complètement nouveau. Le rapport Guichard 'Vivre ensemble' s'en faisait déjà l'écho en 1976. Et, sans que le législateur s'en réclame ouvertement, la subsidiarité était déjà à l'œuvre à l'œuvre dans le texte de 1983. N'était-ce pas en effet déjà raisonner en termes de subsidiarité quand le législateur confia l'urbanisme à la commune plutôt qu'au département ou l'aide sociale au département plutôt qu'à la région. » , J.-F. BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *précité*, p. 531

territoriales ou à l'inverse, d'une plus grande centralisation, limitant les transferts de compétences à destination de ces dernières.

478. Le principe de subsidiarité pourrait permettre d'organiser ces compétences. Dans la mesure où il résulte de la loi que les collectivités territoriales ont un rôle à jouer en matière énergétique, le principe de subsidiarité, éclairé par les textes relatifs à cette question, pourrait permettre de délimiter de manière plus précise le rôle de chaque niveau de collectivité territoriale et, en particulier, des EPCI et des régions.

Ayant déjà réfléchi à cette question, Yves Durieu[902], dans les années 1980, propose de répartir les rôles en fonction du niveau de collectivité territoriale. Selon lui, la région est « un niveau essentiel de la politique décentralisatrice en matière énergétique », elle doit « évoquer un certain nombre de problèmes réglés jusqu'alors par l'Etat nécessitant, pour être efficacement assurés, un territoire relativement étendu. Il énonce qu' « alors que le département s'intéresse surtout aux économies d'énergie, la région a plutôt pour mission de promouvoir les énergies nouvelles, qui exigent un effort plus global et moins localisé »[903] en plus de son rôle fondamental en matière de planification énergétique. Enfin, il considère que les communes sont compétentes pour étudier « les fondements d'une politique d'information en profondeur ».

Dans son rapport, Jean-Pierre Souviron suggère quant à lui de développer les actions des collectivités territoriales dans deux secteurs prioritaires : les contrats de plan entre l'Etat et les régions qui « pourraient comprendre un volet portant sur la maîtrise de l'énergie et les énergies renouvelables. Dans ce cadre, des actions associant également les départements et les villes les plus importantes pourraient être menées dans les domaines suivants : consommations des collectivités locales, réduction des consommations dans les PMI, dans les logements, promotion des énergies renouvelables, approvisionnement énergétique des zones rurales, maîtrise de l'énergie dans les transports (véhicule alternatif, etc). »[904]

479. Il nous semble que les deux tendances d'alors pourraient pertinemment se concrétiser : la région serait l'échelon idoine pour mener une politique en faveur de

---

[901] P. CLEMENT, Rapport législatif n° 376 relatif à l'organisation décentralisée de la République, AN, 2002, p. 85
[902] Y. DURRIEU, « La décentralisation de la politique énergétique », *précité*, p. 219
[903] Ibidem.

développement des énergies renouvelables. D'une part, parce qu'une telle politique nécessite des moyens importants et des compétences en matière de recherche, d'industrie et de nouvelles technologies. D'autre part, parce que pour être efficace, une telle politique nécessite d'être menée sur un territoire relativement vaste. Le volet de la politique de protection des ressources correspondant à la maîtrise de la demande d'énergie exige, quant à lui, une proximité certaine avec les administrés. Par conséquent, la région n'est pas l'échelon le plus adéquat. En revanche, les EPCI remplissent parfaitement les critères permettant d'assumer au mieux une telle mission. Ils sont relativement proches des citoyens et d'une taille suffisante pour mener une politique d'une certaine envergure. Par ailleurs, le législateur semble avoir déjà esquissé un mouvement en ce sens à l'occasion de la loi POPE. Les articles 21, 22 et 23 de la loi POPE du 13 juillet 2005 ont en effet respectivement pour objet de confier aux communautés de communes, communautés urbaines et communautés d'agglomération une compétence en matière de « soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie »[905].

480. En tout état de cause, reconnaître, même expressément, la compétence des collectivités territoriales en matière d'élaboration de la politique de protection des ressources ne saurait suffire. Afin, que les objectifs fixés par les diverses lois traitant de cette question soient atteints, les collectivités territoriales doivent se saisir de cette compétence : il semble indispensable d'en faire une compétence obligatoire des EPCI et des régions.

B- Une compétence devant s'imposer aux collectivités territoriales

481. A l'heure actuelle, l'élaboration d'une politique énergétique locale n'est pas obligatoire pour les collectivités territoriales[906]. Par conséquent, si certaines d'entre elles ne se sentent pas concernées par cette question, rien ne les contraindra à s'en préoccuper.

La question est ici de savoir dans quelle mesure il est envisageable de faire de l'élaboration d'une politique locale de protection des ressources une compétence obligatoire des collectivités territoriales. Une disposition prévoyant ceci ne risquerait-elle pas d'être

---

[904] Rapport Souviron, p. 8
[905] Voir §2 section 1 de ce chapitre.
[906] S'agissant des collectivités territoriales métropolitaines.

censurée par le Conseil constitutionnel au motif qu'elle méconnaîtrait la libre administration des collectivités territoriales ?

482. La libre administration des collectivités territoriales revêt, d'un point de vue matériel[907], deux aspects principaux : l'existence d'un minimum de compétences propres reconnues aux collectivités territoriales d'une part et l'existence d'une certaine marge de manœuvre dans le cadre de l'exercice de ces compétences.

Dans la mesure où il s'agirait d'une compétence obligatoire, il est nécessaire de rechercher si une telle mesure n'encourt pas la censure du Conseil constitutionnel.

Il ne nous semble pas que tel soit le cas. En effet, si le législateur contraignait les intercommunalités (EPCI à fiscalité propre) et les régions à élaborer des politiques de protection des ressources énergétiques, celles-ci n'auraient qu'une obligation de moyen, obligation qui, formulée de la sorte leur permettrait de bénéficier d'une grande marge de manœuvre quant à la façon d'envisager et de concevoir une telle politique. Ces politiques n'auraient pour autre objet que celui de contribuer à la réalisation des objectifs fixés par les lois.

En outre, contraindre les collectivités territoriales à agir en ce sens permettrait au législateur de conserver les dispositions relatives à la mise en œuvre encore facultatives[908] en l'état. En effet, si les collectivités territoriales sont tenues d'élaborer des politiques de protection des ressources, elles auront sans aucun doute recours aux dispositifs existants permettant de réaliser les objectifs de leurs propres politiques. Ainsi, dans une certaine mesure, les collectivités territoriales jouiraient d'un certain pouvoir de discrétion mais un minimum d'action de leur part serait certain. Les risques de censure de la part du Conseil constitutionnel seraient ainsi extrêmement faibles.

Dans se décision du 29 mai 1990 Droit au logement[909], le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur pouvait mettre de nouvelles obligations à la charge des collectivités territoriales à condition que celles-ci soient « définies avec précision quant à leur objet et à leur portée » et qu'ainsi, elles « ne sauraient méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni entraver leur libre administration ». Par ailleurs, comme le

[907] D'un point de vue organique, il s'agit de l'administration des collectivités territoriales par des conseils élus.
[908] Voir chapitre 2 de ce titre.
[909] N° 90-274 DC, rec. Cons. const. , p. 61

remarque Maurice Bourjol[910], dans sa décision du 7 décembre 2000, loi SRU[911], le Conseil a ajouté une nouvelle condition : « si le législateur peut, sur le fondement des dispositions des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations et à des charges, c'est à la condition que celles-ci répondent à des exigences constitutionnelles ou concourent à des fins d'intérêt général, qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités concernées ». Pour ce qui concerne l'élaboration d'une politique de protection des ressources, il ne fait aucun doute que celle-ci concourt « à des fins d'intérêt général » conformément à ce qu'affirment les lois POPE et Grenelle I.

483. Le législateur reconnaissant une nouvelle compétence obligatoire à la charge des collectivités territoriales ne saurait s'affranchir de la question des ressources permettant le financement de l'élaboration de la politique de protection des ressources. Conformément à l'article 72-2 alinéa 4 de la Constitution du 4 octobre 1958 « tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi. »

En tout état de cause, la question des ressources accompagnant l'affirmation d'une nouvelle dévolution de compétence ne saurait, ici, être source de profondes discussions dans la mesure où l'élaboration d'une politique locale de protection des ressources consisterait essentiellement en la fixation d'objectifs au niveau local et en l'énumération des moyens mis en œuvre afin de les réaliser. Or, les moyens permettant de réaliser ces objectifs existent déjà.

484. L'élaboration d'une politique locale de protection des ressources ne saurait que le moyen d'organiser – mais également d'inciter – les collectivités territoriales à les mettre en œuvre.

---

[910] M. BOURJOL, « Statut constitutionnel, Exercice de la libre administration », Jcl. Collectivités territoriales, fasc. 23, §59

[911] CC, 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, rec. Cons. const., p. 176

§ 2 : Des actions susceptibles d'être menées

485. Afin de conforter le rôle des collectivités territoriales, la France pourrait s'inspirer de certains modèles étrangers d'une part (A) mais également étendre des pratiques internes existantes mais non encore étendues à l'ensemble du territoire (B).

A- Les exemples européens à adapter : la consécration du rôle des intercommunalités

486. Avant d'envisager dans quelle mesure certains exemples européens pourraient être adaptés en France (2) il est nécessaire de brièvement les présenter (1).

1) Exemples de mesures existantes en Europe

487. Dans certains Etats européens, le centre impose aux collectivités territoriales d'agir en faveur de la protection des ressources. Dans sa thèse de sciences économiques[912], Laurent Gayral distingue trois types de « pays » : ceux qui « 'obligent' les collectivités territoriales à s'intéresser de très près aux questions énergétiques ; d'autres qui les y 'incitent' alors que certains ne les mentionnent pas du tout. »[913]

Au titre des Etats obligeant les collectivités territoriales à agir en la matière, l'auteur cite l'Italie où la loi 10/91 de 1991 impose à toutes les villes de plus de 50 000 habitants de réaliser une programmation énergétique[914].

Empruntant une voie similaire, le Royaume Uni, le Home Energy Conservation Act (HECA) de 1995[915] impose aux collectivités territoriales de préparer des plans de maîtrise d'l'énergie avec un objectif de réalisation de 30% d'économies d'énergie sur une période de 10 à 15 ans, sur tous les logements domestiques dont elles ont la charge de la gestion.

Dans ces deux exemples, le centre impose à des collectivités territoriales d'agir dans un sens donné en matière d'élaboration d'une politique énergétique locale. Or, cela prouve qu'il existe des Etats au sein de l'Union Européenne où des Etats décentralisés imposent ce

---

[912] L. GAYRAL, « Gestion de l'énergie au sein du patrimoine bâti des collectivités territoriales européennes dans le cadre de la libéralisation des marchés », Thèse de doctorat, Paris Dauphine, 2005, Tome 1, 461 p.
[913] Op. Cit. , p. 129
[914] Op. cit. p. 129
[915]http://www.defra.gov.uk/environment/climatechange/uk/publicsector/localauth/heca95/index.htm#Background

type de mesure à des collectivités territoriales autonomes ce qui rend parfaitement envisageable la transposition de ce type de mesures en droit interne.

2) Une adaptation envisageable

488. Il serait souhaitable qu'une disposition législative prévoie que les communautés de communes, les communautés d'agglomération et les communautés urbaines mettent en place des politiques d'incitation aux économies d'énergie. Afin de leur laisser une marge de manœuvre, le législateur devrait leur laisser le choix de l'outil servant de support à l'élaboration d'une telle politique. Elles pourraient ainsi choisir de les élaborer dans le cadre d'agendas 21 locaux ou de plans climat-énergie territoriaux.

Le choix de confier une telle compétence aux communautés de communes, communautés d'agglomération et communautés urbaines résultera de leur capacité à s'approprier les questions relatives à la maîtrise de l'énergie.

Une telle disposition n'inclurait alors qu'un pan de la politique de protection des ressources : la maîtrise de la demande d'énergie. Il ne semble pas souhaitable de confier aux EPCI à fiscalité propre une compétence s'agissant de l'élaboration de la politique de développement des énergies renouvelables dans la mesure où ce rôle correspond davantage à la région. Confier une compétence similaire à deux niveaux décentralisés risquerait de conduire à des incohérences nuisant à l'exécution de la politique alors élaborée. Ainsi, il est préférable de délimiter clairement le champ d'action des intercommunalités que sont les communautés d'agglomération, les communautés de communes et les communautés urbaines d'une part et de la région d'autre part.

B- Les dispositions internes à étendre : la consécration du rôle de la région

489. Dans une certaine mesure, le rôle de la région en matière d'élaboration d'une politique de développement des énergies d'origine renouvelables a déjà été consacré. L'article L. 4433-18 alinéa 1er du CGCT dispose en effet : « Dans le respect de la programmation nationale pluriannuelle des investissements de production d'électricité et du schéma de services collectifs de l'énergie, chaque région de Guadeloupe, Guyane, Martinique et de la Réunion élabore, adopte et met en œuvre, après concertation avec les autres collectivités

territoriales, les établissements publics de coopération intercommunale et les producteurs intéressés de son territoire, un plan énergétique régional pluriannuel de prospection et d'exploitation des énergies renouvelables et d'utilisation rationnelle de l'énergie. » Cette disposition trouve son origine dans l'article 19 de la loi n°84-747 du 2 août 1984 relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion[916]. Initialement, l'élaboration d'un tel plan n'était qu'une possibilité, l'article 19 de la loi du 2 août 1984 prévoyant en effet que « les régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion peuvent élaborer et adopter un plan énergétique régional et, pour son application, participer, par voie de conventions, avec l'Etat, les autres collectivités territoriales et les établissements publics intéressés à un programme régional de prospection, d'exploitation et de valorisation des énergies nouvelles et renouvelables et de maîtrise de la demande d'énergie. » C'est avec l'article 50 de la loi du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer[917] ce qui n'était jusqu'alors une possibilité devient une obligation.

490. Dans son article intitulé « Energie : les réticences de la décentralisation », Jean-Yves Faberon se demande « pourquoi ces possibilités ne sont pas explicitement ouvertes aux autres régions » et s'il s'agit d'un « 'privilège' insulaire et ultramarin » ou d'une « réparation partielle de 'l'oubli' d'un secteur »[918]. Si une telle disposition est justifiée par la situation particulière dans laquelle se trouvent les ROM à l'égard des énergies fossiles il n'apparaît plus justifié de leur réserver une telle obligation. Désormais, et dans la mesure où le développement des énergies renouvelables est un objectif affiché de la politique énergétique[919], il est injustifié de ne pas étendre cette obligation à l'ensemble des régions françaises, d'autant plus qu'une disposition allant dans ce sens a été adoptée s'agissant de la Corse. L'article L. 4424-39 du CGCT dispose : « Dans le respect des dispositions du plan de la nation, la collectivité territoriale de Corse : /1° Elabore et met en œuvre le programme de prospection, d'exploitation et de valorisation des ressources énergétiques locales de Corse, qui porte sur la géothermie, l'énergie solaire, l'énergie éolienne et de la mer, l'énergie tirée de la biomasse, l'énergie tirée de la valorisation et de la récupération des déchets, des réseaux de

---

[916] N°84-747 du 2 août 1984 relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion, J.O. 3 août 1984, p. 2560
[917] Loi n°2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer
[918] J.Y. FABERON, précité, p. 575
[919] L'article 2 de la loi POPE du 13 juillet 2005 énonce que l'Etat veille à « diversifier les sources d'approvisionnement énergétique ».

chaleur, l'énergie hydraulique des ouvrages dont la puissance est inférieure à 8 000 kilowatts et qui comporte également des mesures destinées à favoriser les économies d'énergie ; / 1° bis Est préalablement consultée sur tout projet d'implantation d'un ouvrage de production utilisant les ressources locales énergétiques mentionnées au 1°. Cette consultation prend la forme d'une délibération de l'Assemblée de Corse, sur proposition du conseil exécutif de Corse. »

Conclusion du titre premier

491. Le rôle des collectivités territoriales en matière énergétique est actuellement en mutation. Pendant longtemps limitées à leur rôle de distributrices sans réels pouvoirs, elles investissement aujourd'hui un nouveau terrain : celui de la protection des ressources. En particulier, elles élaborent, dans une certaine mesure, des politiques de protection des ressources énergétiques conformément à ce que leur permet le législateur. Toutefois, parce cette activité est empreinte d'une grande centralisation et parce qu'il apparaît lors de son analyse que ce rôle est relativement vague, l'action des collectivités territoriales est quelque peu figée. Celle-ci mériterait toutefois d'être renforcée. D'une manière générale, il est probable que l'élaboration de politiques locales de protection des ressources se développe considérablement dans les années à venir dans la mesure où leur rôle en matière de politique de protection des ressources ne se limite pas à son élaboration. En effet, elles sont des acteurs essentiels de sa mise en œuvre, qu'elle soit nationale ou locale. Elles disposent de divers outils leur permettant d'asseoir leur rôle en la matière même si ceux-ci sont encore, à l'heure actuelle, inadaptés pour leur permettre d'exercer au mieux cette mission.

Titre 2 : Les moyens d'action locaux au service de la mise en œuvre de la politique de protection des ressources énergétiques

492. Si le rôle des collectivités territoriales est secondaire dès lors qu'il s'agit d'élaborer une politique de protection des ressources, elles ont vocation à occuper une place primordiale s'agissant de mise la en œuvre cette politique. Comme le remarque Jean-Yves Faberon, « les collectivités locales ne sont pas, dans le secteur de l'énergie, conçues comme de véritables centres autonomes de décision, mais plutôt comme des sièges territoriaux pour le développement local de la politique nationale. »[920] Aussi, les compétences reconnues aux collectivités territoriales afin qu'elles mettent en œuvre la politique de protection des ressources énergétiques sont-elles de plus en plus nombreuses.

Toutefois, si celles-ci leur permettent d'influer sur la politique de protection des ressources, elles ne produisent parfois cet effet qu'à titre secondaire. Tel est le cas lorsqu'elles utilisent des compétences par le biais desquelles elles interviennent indirectement sur la protection des ressources énergétiques (Chapitre 1er). En revanche, l'efficacité de l'action des collectivités territoriales est plus évidente lorsqu'elles agissent directement sur la protection des ressources même si elle reste variable (Chapitre 2nd).

[920] J.-Y. FABERON, « Energie, les réticences de la décentralisation », précité, p. 572

Chapitre 1 : Des outils d'intervention indirects

493. Contrairement à la façon dont elles se comportent lorsqu'elles utilisent des moyens d'intervention directs, ici, les collectivités territoriales utilisent leurs prérogatives de puissance publique. Elles ont un véritable rôle d'impulsion et de sensibilisation mais n'interviennent pas directement sur la production ou la consommation d'énergie.

Les interventions indirectes sont celles par le biais desquelles, les collectivités territoriales vont influer sur le comportement de leurs administrés afin qu'ils rationalisent leur consommation d'énergie et /ou consomment de préférence des énergies d'origine renouvelable.

L'habitat et le tertiaire constituent le plus gros poste de dépense énergétique de la France et bien qu'il semble délicat d'intervenir de façon directe dans ces domaines, les collectivités territoriales peuvent influer sur ce type de poste de dépense. Toutefois, force est de constater que le résultat d'une action incitative en matière de protection des ressources est quelque peu mitigé. Deux éléments semblent constants quel que soit le type d'outil utilisé par les collectivités territoriales : tout d'abord, il apparaît que les mesures qu'elles sont susceptibles de prendre ne sont pas systématiquement efficaces ; ensuite, les instruments dont elles disposent ne sont pas nécessairement, à proprement parler, des instruments décentralisés.

Ainsi, qu'il s'agisse de l'aménagement de l'espace (Section 1), de la fiscalité (Section 2) ou du conseil aux particuliers (Section 3)[921], l'influence que sont susceptibles d'avoir les collectivités territoriales sur la protection des ressources énergétiques, si elle reste essentielle, est quelque peu limitée.

[921] Il s'agit des principaux moyens mentionnés par le législateur dans l'annexe de la loi POPE afin de permettre aux collectivités territoriales d'intervenir en matière de protection des ressources énergétiques.

Section 1 : L'aménagement de l'espace : les limites de l'intervention des collectivités territoriales sur la protection des ressources

494. Pour une large partie, la mission des collectivités territoriales en matière énergétique nécessite d'exercer différemment des compétences qu'elles exercent vraisemblablement d'ores et déjà.

Dans l'annexe de la loi POPE du 13 juillet 2005, le législateur indique qu' « en matière de promotion de la maîtrise de la demande d'énergie, outre les actions tendant à réduire la consommation d'énergie de leurs services, les collectivités compétentes définissent des politiques d'urbanisme visant, par les documents d'urbanisme ou la fiscalité locale, à une implantation relativement dense des logements et des activités à proximité des transports en commun et à éviter un étalement urbain non maîtrisé ». « En matière de promotion des énergies renouvelables, les collectivités peuvent favoriser le recours à ces sources de production, notamment par des dispositions d'urbanisme ».

« Les énergies renouvelables sont longtemps restées inconnues du droit de l'urbanisme, seulement traitées en termes de hauteur dans le code éponyme. Il faut attendre la loi Urbanisme et Habitat pour que les éoliennes soient explicitement mentionnées de façon générique sous l'article L. 421-1-1[922] […] [l']exception corse mise à part[923], qui permet d'identifier les différentes formes de production d'énergie renouvelable le Code de l'urbanisme issu de la réforme de 2005/2007 ne connaît une fois encore que les éoliennes »[924].

495. La loi Grenelle I entend renforcer l'urbanisme comme instrument permettant d'agir sur la protection des ressources. A titre d'exemple, son article 7 énonce que « Le droit de l'urbanisme devra prendre en compte les objectifs suivants, dans un délai d'un an suivant la

---

[922] L. 421-1-1 : « L'implantation d'une installation produisant de l'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent d'une hauteur égale ou supérieure à 12 mètres est subordonnée à l'obtention d'un permis de construire. La hauteur de l'installation est définie comme celle du mât et de la nacelle de l'ouvrage, à l'exclusion de l'encombrement des pales »

[923] l'article R-423-56 du code de l'urbanisme prévoit que : « Lorsque la demande porte sur un projet d'implantation en Corse d'un ouvrage de production utilisant la géothermie, l'énergie solaire, l'énergie éolienne et de la mer, l'énergie tirée de la biomasse, l'énergie tirée de la valorisation et de la récupération des déchets, des réseaux de chaleur, l'énergie hydraulique, le service chargé de l'instruction adresse un exemplaire du dossier de la demande au conseil exécutif, en vue de la saisine de l'Assemblée de Corse, conformément au 1° bis de l'article L. 4424-39 du code général des collectivités territoriales. »

[924] Ph. BILLET, « Le nouveau régime des autorisations d'urbanisme et la protection de l'environnement », Construction – Urbanisme, n° 9, Septembre 2007, étude 22 p. 13

publication de la présente loi :/ a) Lutter contre la régression des surfaces agricoles et naturelles, les collectivités territoriales fixant des objectifs chiffrés en la matière après que des indicateurs de consommation d'espace auront été définis. Dans les six mois suivant la publication de la présente loi, une étude sur la réforme de la fiscalité et sur les incitations possibles pour limiter l'extension du foncier artificialisé sera effectuée ;/ b) Lutter contre l'étalement urbain et la déperdition d'énergie, ainsi que permettre la revitalisation des centres-villes, les collectivités territoriales disposant désormais, ou étant dotées dans l'année qui suit l'adoption de la présente loi, d'outils leur permettant en particulier de conditionner la création de nouveaux quartiers, d'opérations d'aménagement à dominante d'habitat ou de bureaux à la création ou au renforcement correspondant des infrastructures de transport, ainsi que de prescrire, dans certaines zones, des seuils minimaux de densité ou des performances énergétiques supérieures à la réglementation » .

496. D'une manière générale, le droit de l'urbanisme va devenir le support principal de la politique de maîtrise de la demande d'énergie mais va également, à titre secondaire, influer sur la consommation d'énergie d'origine renouvelable.

Il convient de distinguer deux pans du droit de l'urbanisme susceptibles d'influer sur la protection des ressources énergétiques : les règles d'urbanisme et la planification. En tout état de cause, l'urbanisme étant devenu une compétence décentralisée depuis la loi du 7 janvier 1983, il est, a priori justifié de penser que dès lors qu'il est question d'urbanisme et d'énergie, les collectivités territoriales vont avoir un rôle à jouer. Après l'avoir analysé, il s'avèrera cependant plus limité qu'il n'y paraît, tant en matière de planification et de règlementation de l'espace (§1) que s'agissant de l'implantation des unités de production (§2).

§1 : La planification et la réglementation de l'espace : l'absence de réalité d'un rôle affirmé en matière de politique de protection des ressources

497. Même si par le biais de la planification et de la réglementation de l'espace les collectivités territoriales interviennent nécessairement sur la protection des ressources énergétiques, rôle qui devrait être renforcé à l'issu du vote de la loi Grenelle II (A), une telle intervention s'avère quelque peu limitée s'agissant de l'effectivité du rôle de celles-ci (B).

A- Les documents de planification et de réglementation de l'espace : un moyen pour les collectivités territoriales d'agir sur la protection des ressources énergétiques

498. Alors que les collectivités territoriales pouvaient déjà s'appuyer sur leurs différents documents d'urbanisme afin d'agir sur la politique de protection des ressources énergétiques, l'article 14 de la loi Grenelle II prévoit de conforter cette faculté. Il modifie l'article L. 121-1 du code de l'urbanisme qui dispose désormais : « Les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales déterminent les conditions permettant d'assurer, dans le respect des objectifs du développement durable : « 1° L'équilibre entre : / *a)* Le renouvellement urbain, le développement urbain maîtrisé et le développement rural ; / *b)* Une utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières, la protection des sites, des milieux et paysages naturels ; / *c)* La sauvegarde des ensembles urbains et du patrimoine bâti remarquables ; / 2° La diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs en matière d'habitat, d'activités économiques, d'activités sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d'amélioration des performances énergétiques, de diminution des obligations de déplacement et de développement des transports collectifs ; / 3° La réduction des émissions de gaz à effet de serre, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique à partir de sources renouvelables, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques, la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature. » Dès lors, les deux axes de la politique de protection des ressources feraient partie des objectifs de l'article L. 121-1 du code de l'urbanisme, légitimant et encourageant les actions des collectivités territoriales en la matière.

C'est essentiellement par le biais des schémas de cohérence territoriale (1) et des plans locaux d'urbanisme (2) que les collectivités territoriales vont contribuer à mettre en œuvre la politique de protection des ressources énergétiques.

1) *Les schémas de cohérence territoriale*

499. Le schéma de cohérence territoriale (SCOT)[925] est un document de planification stratégique élaboré par une commune ou un groupement compétent[926] ayant pour objet, « à partir d'un diagnostic préalable, d'établir un projet d'aménagement et de développement durable du territoire et de fixer ensuite les conditions de mise en œuvre de celui-ci. »[927]

L'objet du SCOT n'est pas particulièrement d'agir sur la politique de protection des ressources énergétiques. Toutefois, ce document peut être un moyen d'influencer sa mise en œuvre au niveau local. Contrairement au PLU, envisagé depuis la loi POPE comme un moyen d'influer sur la protection des ressources, le SCOT a, dans un premier temps, été oublié par le législateur. A priori, il n'est pas particulièrement adapté à la mise en œuvre d'une politique énergétique locale. Néanmoins, les orientations du SCOT sont susceptibles d'emporter des conséquences sur la consommation d'énergie ainsi que sur le développement des énergies renouvelables et ce, à trois titres : tout d'abord, les SCOT vont permettre de lutter contre l'étalement urbain, responsable d'un certain gaspillage énergétique et agir en faveur de la densification des constructions de manière à limiter la consommation énergétique. Ensuite, parce qu'ils posent des orientations en matière d'implantation des constructions, les SCOT devraient pouvoir envisager l'implantation d'installations de production d'énergie d'origine renouvelable.

500. Le projet de réforme des SCOT par la loi Grenelle II va notamment avoir pour conséquence d'accroître leur impact sur la protection des ressources énergétiques. Tout d'abord, l'article 9 qui leur est consacré et les remanie en profondeur. Il fait du SCOT un véritable instrument d'une gestion rationalisée du territoire. En particulier, le SCOT devrait devenir un instrument efficace de lutte contre l'étalement urbain et, par conséquent, de lutte en faveur de la maîtrise de la demande d'énergie. L'exposé des motifs du projet de loi indique s'agissant du SCOT que « désormais, l'accent est mis sur la réduction de la consommation d'espaces (avec objectifs chiffrés et possibilité d'étude d'impact avant ouverture à l'urbanisation), sur la densité (définition de secteurs situés à proximité des transports

---

[925] Le chapitre II du titre II du livre I de la partie législative du code de l'urbanisme leur est intégralement consacré.
[926] Article L.122-3 I du code de l'urbanisme
[927] H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, précité (ed 2008), p. 196

collectifs existants ou programmés dans lesquels les plans locaux d'urbanisme devront imposer une densité minimale de construction) et sur le respect des performances énergétiques et environnementales conditionnant l'ouverture à l'urbanisation de nouvelles zones. » La loi prévoit notamment que le document d'orientation et de programmation[928] « arrête des objectifs chiffrés d'une consommation économe de l'espace qui peuvent être ventilés par secteur géographique. » Par ailleurs, il est prévu que le SCOT puisse « Dans des secteurs qu'il délimite en prenant en compte la desserte par les transports collectifs, l'existence d'équipements collectifs et des protections environnementales ou agricoles, […] peut fixer une valeur plancher au niveau maximal de densité de construction résultant de l'application des règles du plan local d'urbanisme ou du document en tenant lieu. » Allant dans le même sens, la loi Grenelle II énonce que « sous réserve d'une justification particulière, il peut définir des secteurs, situés à proximité des transports collectifs existants ou programmés, dans lesquels les plans locaux d'urbanisme doivent imposer une densité minimale de construction »[929].

501. S'agissant plus précisément de la protection des ressources, la loi Grenelle II devrait avoir pour effet de faire des SCOT de véritables instruments au service de la maîtrise de la demande d'énergie. En effet le document d'orientation et de programmation pourra « définir des secteurs dans lesquels l'ouverture de nouvelles zones à l'urbanisation est subordonnée à l'obligation pour les constructions, travaux, installations et aménagements de respecter des performances énergétiques et environnementales renforcées. »

Enfin, les SCOT devraient, à l'avenir, prendre en compte lorsqu'ils existent, les plans territoriaux pour le climat[930].

---

[928] Il s'agit du « nouveau » document d'orientations générales du SCOT.
[929] Article 17 de la loi Grenelle II.
[930] L'article 17 de loi Grenelle II prévoit d'insérer un article L. 122-1-12 prévoyant : « Les schémas de cohérence territoriale prennent en compte :« – les programmes d'équipement de l'État, des collectivités locales et des établissements et services publics ; / « – les schémas régionaux de cohérence écologique et les plans climat-énergie territoriaux lorsqu'ils existent./ « Ils sont compatibles avec:/ « – les directives de protection et de mise en valeur des paysages ; / « – les chartes des parcs naturels régionaux et des parcs nationaux ;/ « – les orientations fondamentales d'une gestion équilibrée de la ressource en eau et les objectifs de qualité et de quantité des eaux définis par les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux en application de l'article L. 212-1 du code de l'environnement ; / « – les objectifs de protection définis par les schémas d'aménagement et de gestion des eaux en application de l'article L. 212-3 du même code./ « Lorsqu'un de ces documents est approuvé après l'approbation d'un schéma de cohérence territoriale, ce dernier est, si nécessaire, rendu compatible dans un délai de trois ans.
»

502. Les effets du SCOT en matière énergétique seront d'autant plus renforcés qu'il « ne sera plus seulement un document encadrant, sous forme d'orientations et d'objectifs, le contenu des PLU mais pourra désormais contenir, comme ce dernier, des règles précises d'utilisation des sols. » [931]

503. Le SCOT semble ainsi pouvoir devenir un instrument relativement efficace de mise en œuvre de la politique de protection des ressources à la disposition des collectivités territoriales, tout comme semble le devenir le PLU.

2) Les plans locaux d'urbanisme

504. Le plan local d'urbanisme est un document de planification et de réglementation de l'espace communal ou intercommunal succédant à l'ancien plan d'occupation des sols. En vertu de l'article L. 123-1 du code de l'urbanisme, « les plans locaux d'urbanisme exposent le diagnostic établi au regard des prévisions économiques et démographiques et précisent les besoins répertoriés en matière de développement économique, d'agriculture, d'aménagement de l'espace, d'environnement, d'équilibre social de l'habitat, de commerce, de transports, d'équipements et de services. / Ils comportent un projet d'aménagement et de développement durable qui définit les orientations générales d'aménagement et d'urbanisme retenues pour l'ensemble de la commune. […] / Les plans locaux d'urbanisme comportent un règlement qui fixe, en cohérence avec le projet d'aménagement et de développement durable, les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols permettant d'atteindre les objectifs mentionnés à l'article L. 121-1[932], qui peuvent notamment comporter l'interdiction de construire,

---

[931] G. GODFRIN, « L'urbanisme en voie de 'transition environnementale' ? », *Construction-urbanisme*, janvier 2009, p. 5

[932] L'article L. 121-1 du code de l'urbanisme dispose : « Les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales déterminent les conditions permettant d'assurer :
1° L'équilibre entre le renouvellement urbain, un développement urbain maîtrisé, le développement de l'espace rural, d'une part, et la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières et la protection des espaces naturels et des paysages, d'autre part, en respectant les objectifs du développement durable ;
2° La diversité des fonctions urbaines et la mixité sociale dans l'habitat urbain et dans l'habitat rural, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs en matière d'habitat, d'activités économiques, notamment commerciales, d'activités sportives ou culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics, en tenant compte en particulier de l'équilibre entre emploi et habitat, de la diversité commerciale et de la préservation des commerces de détail et de proximité ainsi que des moyens de transport et de la gestion des eaux ;
3° Une utilisation économe et équilibrée des espaces naturels, urbains, périurbains et ruraux, la maîtrise des besoins de déplacement et de la circulation automobile, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du

délimitent les zones urbaines ou à urbaniser et les zones naturelles ou agricoles et forestières à protéger et définissent, en fonction des circonstances locales, les règles concernant l'implantation des constructions. »

505. La loi POPE du 13 juillet 2005 avait déjà permis d'utiliser le droit de l'urbanisme afin d'agir sur la protection des ressources énergétiques en instaurant la possibilité d'inclure des considérations environnementales dans les plans locaux d'urbanisme. Ainsi, l'article 30 de la loi POPE modifiant l'article L. 128-1 du code de l'urbanisme prévoit-il que « le dépassement du coefficient d'occupation des sols est autorisé, dans la limite de 20 %[933] et dans le respect des autres règles du plan local d'urbanisme, pour les constructions remplissant des critères de performance énergétique ou comportant des équipements de production d'énergie renouvelable. » Cela n'est toutefois pas automatique dans la mesure où l'application de cette augmentation du coefficient d'occupation des sols est subordonnée à une décision du conseil municipal. [934]. En outre, la limite de 20% n'est qu'un plafond : « l'autorité locale est parfaitement en droit de prévoir une bonification moindre. Il faut rappeler de plus que ce dépassement est autorisé ' dans le respect des autres règles du plan local d'urbanisme ', en particulier les règles de hauteur du bâtiment, qui peuvent amoindrir la portée effective de la bonification. »[935] Ainsi, aussi incitative cette disposition soit-elle, rien ne garanti a priori les administrés souhaitant réaliser des travaux visant à améliorer l'efficacité énergétique de leur habitation de bénéficier d'une bonification de densité. Malgré ces quelques réserves, force est de constater qu'une telle mesure va incontestablement dans le sens de l'encouragement à la réalisation de bâtiments économes en énergie. Les collectivités territoriales, à travers l'élaboration de leur PLU vont pouvoir influer sur la maîtrise de la demande d'énergie. Elles vont également, à travers ce document, être en mesure d'inciter leurs administrés à consommer de l'énergie d'origine renouvelable.

L'article 31 de la loi POPE modifiant l'article L. 123-1 du code de l'urbanisme énonce que désormais, les plans locaux d'urbanisme peuvent « recommander l'utilisation des énergies renouvelables pour l'approvisionnement énergétique des constructions neuves, en

---

sous-sol, des écosystèmes, des espaces verts, des milieux, sites et paysages naturels ou urbains, la réduction des nuisances sonores, la sauvegarde des ensembles urbains remarquables et du patrimoine bâti, la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature.

[933] L'article 11 du projet de loi Grenelle 2 prévoit de faire passer ce seuil à 30%.

[934] Cette exigence est posée par l'article L. 128-2 du code de l'urbanisme.

[935] J.-P. BROUANT, *précité*, fiche 5, p. 2

fonction des caractéristiques de ces constructions, sous réserve de la protection des sites et des paysages. » Cette disposition est le résultat d'un amendement parlementaire adopté à l'occasion de la première lecture. Le rapporteur souhaitait compléter la disposition relative au COS par une « mesure plus forte en direction des collectivités locales désireuses de s'investir dans le développement durable de leur territoire et de mettre en œuvre une politique volontariste en matière d'énergies renouvelables »[936]. A l'origine toutefois, cette disposition se veut beaucoup plus contraignante que celle qui sera finalement adoptée : les députés souhaitent donner « la possibilité aux collectivités locales de délimiter des zones où l'utilisation d'énergies renouvelables sera obligatoire, dans des proportions et selon des modalités définies par le plan local d'urbanisme. » Ce sont les sénateurs qui assoupliront cette disposition pour changer l'obligation en simple recommandation. En effet, dans son rapport législatif, le Sénateur Henri Révol estime qu'une telle obligation « se heurterait à deux difficultés : elle s'appliquerait sans distinction aux constructions nouvelles et aux constructions anciennes (ce qui pose des problèmes techniques pour ces dernières) ; elle ne vaudrait que dans certaines zones des communes qu'il sera quasiment impossible de définir eu égard aux critiques que ne manqueront pas d'émettre certains habitants au nom du principe d'égalité. » [937] La remarque du Sénateur témoigne de la difficulté d'imposer aux administrés la réalisation de travaux ou d'investissements allant dans le sens de la rationalisation de la consommation d'énergie. Le coût des travaux souvent nécessaire à la réalisation d'un tel objectif est un réel obstacle au développement d'une politique de protection des ressources impérative. La grande majorité des mesures prises en la matière, à l'image de celle-ci, ne pourront, par conséquent, revêtir qu'un caractère pédagogique.

506. L'article 19 de la loi Grenelle II prévoit également de modifier le PLU. Par conséquent, l'article L. 123-1 du code de l'urbanisme devrait énoncer : «Les plans locaux d'urbanisme définissent, dans le respect des principes énoncés aux articles L. 110 et L. 121-1, les orientations générales des politiques d'aménagement et d'urbanisme, les règles d'urbanisme, de protection des espaces naturels, agricoles et forestiers, des paysages et de préservation ou de remise en bon état des continuités écologiques ainsi que les orientations

[936] Rapport n° 1597, fait par Monsieur le député Serge POIGNANT AU NOM DE LA COMMISSION DES AFFAIRES ECONOMIQUES, DE L'ENVIRONNEMENT ET DU TERRITOIRE SUR LE PROJET DE LOI (n° 1586), d'orientation sur l'énergie, AN p. 67

[937] Rapport n° 330, fait par Monsieur le Sénateur Henri Révol, p. 83

d'aménagement et de programmation relatives à l'urbanisme, à l'habitat et aux déplacements. »[938] La réforme du PLU devrait ainsi avoir plusieurs répercussions s'agissant de la mise en œuvre de la politique de protection des ressources : tout d'abord, le gouvernement souhaite faire du PLU un document intercommunal, en outre, le plan de déplacement urbain et le programme local de l'habitat devraient être intégrés aux orientations d'aménagement et de programmation[939].

507. Par conséquent, ces différents documents sont susceptibles d'avoir un impact sur la mise en œuvre de la politique de protection des ressources par les collectivités territoriales. Néanmoins, il apparaît que si le SCOT et le PLU sont des moyens dont disposent les collectivités territoriales pour agir sur la protection des ressources, leur efficacité n'est à l'heure actuelle, pas garantie.

B- Les limites à l'influence des collectivités territoriales sur la protection des ressources par le biais de la planification et de la réglementation de l'espace

508. Plusieurs éléments indiquent que les documents de planification et de réglementation de l'espace ne garantissent pas la mise en œuvre efficace de la politique de protection des ressources par les collectivités territoriales.

En effet, dans la plupart des cas, les dispositions relatives aux documents de planification et de réglementation intéressant la politique de protection des ressources ne font qu'offrir aux collectivités territoriales des possibilités d'agir sur la politique de protection des ressources, ce qui est la conséquence du caractère global et généraliste des documents dont la vocation initiale n'est pas la protection des ressources énergétiques bien que la loi Grenelle II amorce un changement certain (1). En outre, il apparaît que pour limitées qu'elles soient, les possibilités offertes aux collectivités territoriales d'utiliser les SCOT et les PLU pour intervenir en matière de protection des ressources ne sont pas nécessairement la traduction d'une volonté locale. En effet, les dispositions relatives à l'élaboration de ces documents

---

[938] Rédaction issue de l'adoption du texte par le Sénat.

[939] Le plan de déplacements urbains a pour objectif, depuis la loi sur l'air n°96-1236 du 30 décembre 1996, « un usage coordonné de tous les modes de déplacements, notamment par une affectation appropriée de la voirie, ainsi que la promotion des modes les moins polluants et les moins consommateurs d'énergie. »

impliquent largement l'Etat, un phénomène qui devrait être accentué avec la loi Grenelle II amorçant « un véritable retour de l'Etat dans l'urbanisme »[940] (2).

1) Des documents n'impliquant pas nécessairement une réelle prise en compte de la politique de protection des ressources

509. Si les SCOT et les PLU n'impliquent pas nécessairement une prise en compte de la politique de protection des ressources de la part de leurs auteurs, c'est parce qu'initialement, ils étaient largement détachés de cette préoccupation. Il apparaît, alors même que des évolutions sont sur le point de modifier sensiblement les SCOT et les PLU que ceux-ci souffrent de quelques lacunes n'en faisant pas les alliés certains de la politique de protection des ressources énergétiques (a). Toutefois, les évolutions programmées du SCOT doublées du nécessaire respect du principe de compatibilité limitée pourrait être de nature à contraindre les auteurs des PLU à prendre en compte un certain nombre de mesures destinées à influer sur la mise en œuvre de cette politique (b).

a. Des documents dont la vocation initiale est détachée de la protection des ressources énergétiques

510. Si aujourd'hui, il est difficile d'affirmer que « le thème de l'énergie n'apparaît manifestement pas comme une priorité au sein du code de l'urbanisme »[941] force est de constater que certaines lacunes pèsent sur l'efficacité des SCOT et des PLU en matière énergétique.

511. Les SCOT, tout comme les PLU, n'ont pas pour vocation initiale de protéger les ressources énergétiques[942] et malgré les avancées du droit de l'urbanisme, les SCOT et les PLU n'apparaissent pas encore être des instruments incontournables en matière de protection des ressources énergétiques.

---

[940] G. GODFRIN, *précité*, p. 4

[941] En 2007, Jean-Philippe Brouant affirmait ceci. J.-P. BROUANT, « PLU et énergie », *Ecriture du PLU*, GRIDAUH, Fiche 1, p.1

[942] Ce constat doit toutefois être nuancé dans la mesure où, comme cela a été présenté en amont, la loi Grenelle II a pour objectif de faire du droit de l'urbanisme un appui essentiel de la politique de protection des ressources

En premier lieu, comme le rappelle Jean-Philippe Brouant, « si l'article L. 110 du code de l'urbanisme invite chaque collectivité publique à 'gérer le sol de façon économe' ou encore 'rationaliser la demande de déplacement', il ne s'agit en rien d'une obligation pouvait faire l'objet d'une sanction juridique. […] on peut certes rappeler que l'article L. 121-1 du code issu de la loi SRU du 13 décembre 2000, les oblige à respecter les principes d'équilibre, de diversité des fonctions urbaines, de mixité sociale ou de développement durable. Mais, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi SRU, cette disposition n'impose aucune obligation de résultat aux collectivités locales, compte tenu de l'imprécision des objectifs en cause, et doit être interprétée comme imposant seulement aux auteurs des documents d'urbanisme d'y faire figurer des mesures tendant à la réalisation de ces objectifs[943]. »[944] Cette interprétation sied parfaitement à la question de la mise en œuvre de la politique énergétique. En la matière, il ne peut s'agir que d'obligations de moyens, en aucun cas, de résultat dans la mesure où pour une majeure partie, la réalisation des objectifs dépend non pas du comportement de la seule collectivité territoriale mais de celui de ses administrés.

En dehors de cette obligation, rien n'obligera a priori les auteurs des SCOT à intégrer des dispositions destinées à avoir un impact sur la protection des ressources énergétiques. En effet, la loi Grenelle II n'énonce que des possibilités : les groupements de communes sont ainsi libres de ne pas tenir compte de ces préoccupations. Certaines mesures destinées à avoir un impact sur la protection des ressources semblent même destinées à ne jamais être appliquées. En effet, si la loi Grenelle II prévoit que le document d'orientation et de programmation du SCOT « peut définir des secteurs, situés à proximité des transports collectifs existants ou programmés, dans lesquels les plans locaux d'urbanisme doivent imposer une densité minimale de construction » ce n'est que « sous réserve d'une justification particulière »[945].

512. Il en va de même s'agissant des modifications du contenu du PLU : il s'agit uniquement de possibilités reconnues aux collectivités territoriales. A titre d'exemple, lorsque l'article L.128-1 alinéa du code de l'urbanisme énonce que « le dépassement du coefficient d'occupation des sols est autorisé, dans la limite de 20 % et dans le respect des autres règles

---

énergétiques. Cependant, malgré ces ambitions, à l'heure actuelle, certains aspects relatifs à la protection de l'énergie associant les Scot et les PLU risquent de n'avoir que des répercussions limitées.

[943] C.C., décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain.

[944] J.-P. BROUANT, *Précité*, fiche 1, p. 3

[945] G. GODFRIN, précité, p.4

du plan local d'urbanisme, pour les constructions remplissant des critères de performance énergétique ou comportant des équipements de production d'énergie renouvelable » , l'article L. 128-2 précise quant à lui que « Les dispositions de l'article L. 128-1 sont rendues applicables dans la commune par décision de son conseil municipal. » L'autorisation de dépassement du COS étant subordonnée à l'existence d'une décision du conseil municipal, en cas de défaut de volonté de celui-ci, une telle dérogation pourrait n'être jamais envisagée.

Enfin, ces dispositions ne sont valables que pour les PLU, les cartes communales n'étant pas concernées par ces évolutions en faveur de la protection des ressources, et d'une manière plus globale, par les préoccupations environnementales. Comme le reconnaît Gilles Godfrin, « Opter pour la carte communale plutôt que pour le PLU est d'ailleurs un moyen de se mettre en marge de l'effort environnemental impulsé par le Grenelle de l'environnement »[946]. Cette affirmation est toutefois à nuancer s'agissant de la matière énergétique puisque dans ce cadre, les dispositions ne sont que permissives. Ainsi, le PLU ne saurait présenter une quelconque garantie en la matière quant à l'action de la commune ou de l'établissement public l'ayant élaboré.

513. Les évolutions apportées au contenu des documents d'urbanisme par la loi POPE et la loi Grenelle II ne font que permettre aux collectivités territoriales de prendre en compte les préoccupations énergétiques mais ne sont pas véritablement contraignantes.

b. Le principe de « compatibilité limitée » : un possible palliatif à l'absence de caractère contraignant de la loi

514. Le principe de la « compatibilité limitée » restreint la liberté des collectivités territoriales s'agissant de l'élaboration des SCOT et des PLU. Les futurs SCOT peuvent-ils conduire les auteurs des PLU à inclure dans ces documents des dispositions relatives à la protection des ressources énergétiques ?

Les documents d'urbanisme étant gouvernés par le principe de la « compatibilité limitée », les documents décentralisés doivent nécessairement être compatibles avec les documents qui leur sont territorialement supérieurs et, par conséquent, des documents étatiques. Ce principe de la « compatibilité limitée » mis en place à l'occasion de la création

[946] G. GODFRIN, précité, p 5

des directives territoriales d'aménagement[947] signifie « qu'en cas de superposition de plus de deux normes d'urbanisme sur le même territoire, la norme inférieure n'a pas à être compatible avec l'ensemble de celles qui lui sont supérieures[948], mais seulement avec celle qui lui est immédiatement supérieure »[949]. Ainsi, le contenu du PLU doit être compatible avec celui du SCOT qui doit être compatible avec les DTA. Ainsi, même si ce principe permet d'instaurer une certaine souplesse s'agissant de la compatibilité de ces documents, il est nécessaire de rechercher si les documents territorialement supérieurs aux SCOT sont susceptibles de contenir des indications relatives à la protection des ressources énergétiques pouvant s'imposer à ces derniers.

515. Les objectifs fixés à l'article L.110 du code de l'urbanisme ont été modifiés par la loi Grenelle I. Le nouvel article L.110[950] contient désormais des dispositions intéressant l'énergie. Ainsi, il dispose : « Afin d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources, de gérer le sol de façon économe, de réduire les émissions de gaz à effet de serre, de réduire les consommations d'énergie, d'économiser les ressources fossiles d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la biodiversité notamment par la conservation, la restauration et la création de continuités écologiques, ainsi que la sécurité et

---

[947] Les alinéas 4 et 5 de l'article 111-1-1 du code de l'urbanisme disposent : « Les schémas de cohérence territoriale et les schémas de secteur doivent être compatibles avec les directives territoriales d'aménagement et avec les prescriptions particulières prévues par le III de l'article L. 145-7. En l'absence de ces documents, ils doivent être compatibles avec les dispositions particulières aux zones de montagne et au littoral des articles L. 145-1 et suivants et L. 146-1 et suivants.
Les plans locaux d'urbanisme, les cartes communales ou les documents en tenant lieu doivent être compatibles avec les orientations des schémas de cohérence territoriale et des schémas de secteur. En l'absence de ces schémas, ils doivent être compatibles avec les directives territoriales d'aménagement et avec les prescriptions particulières prévues par le III de l'article L. 145-7. En l'absence de ces documents, ils doivent être compatibles avec les dispositions particulières aux zones de montagne et au littoral des articles L. 145-1 et suivants et L. 146-1 et suivants. »

[948] Quand plusieurs normes d'urbanisme se superposent, est considérée comme « supérieure » à une autre norme celle qui couvre le territoire le plus étendu.

[949] H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, précité, p. 133

[950] Cet article dispose actuellement : « Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources, de gérer le sol de façon économe, d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages ainsi que la sécurité et la salubrité publiques et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales et de rationaliser la demande de déplacements, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace. »

la salubrité publiques et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales et de rationaliser la demande de déplacements, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace. Leur action en matière d'urbanisme contribue à la lutte contre le changement climatique et à l'adaptation à ce changement. » Par conséquent, les actions des collectivités territoriales tendant à l'économie des ressources fossiles telles que le sont les projets d'implantation d'unités de production d'énergie d'origine renouvelable, entrent dans le cadre de ses objectifs et ne devraient pas rencontrer, a priori, d'opposition de principe. En vertu du principe de compatibilité limitée, le contenu des cartes communales, des plans locaux d'urbanisme et des SCOT doit également être compatible avec les directives territoriales d'aménagement (DTA).

Il s'agit de « documents d'Etat »[951] créés « pour répondre à des préoccupations diverses. Sans vouloir établir de hiérarchie, on peut citer la volonté de l'Etat de mieux encadrer la planification urbaine décentralisée à une époque où les schémas directeurs intercommunaux paraissaient condamnés »[952]. Les DTA ont la particularité de ne pas être uniquement des documents de planification dans la mesure où il se peut qu'elles contiennent des dispositions réglementaires. Ces directives devant « être réservées aux parties du territoire présentant des enjeux particulièrement importants en matière d'aménagement, de développement, de protection et de mise en valeur »[953], elles ne concernent que des « parties de territoires ». En vertu de l'article L. 111-1-1 du code de l'urbanisme, « des directives territoriales d'aménagement peuvent fixer, sur certaines parties du territoire, les orientations fondamentales de l'Etat en matière d'aménagement et d'équilibre entre les perspectives de développement, de protection et de mise en valeur des territoires. Elles fixent les principaux objectifs de l'Etat en matière de localisation des grandes infrastructures de transport et des grands équipements, ainsi qu'en matière de préservation des espaces naturels, des sites et des paysages. Ces directives peuvent également préciser pour les territoires concernés les modalités d'application des dispositions particulières aux zones de montagne et au littoral figurant aux chapitres V et VI du titre IV du présent livre, adaptées aux particularités géographiques locales. » Ainsi, il n'est pas exclu que l'existence d'infrastructures destinées à

---

[951] H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 2008, p. 171
[952] ibid.
[953] Circulaire interministérielle du 23 juillet 1996 relative au lancement des travaux préparatoires à l'élaboration des DTA sur des territoires expérimentaux, *Mon. TP* 13 septembre 1996, textes off. P. 277

produire de l'énergie d'origine renouvelable soit prévue dans certaines DTA. Le doute est d'autant moins permis que la loi Grenelle II prévoit de modifier les DTA qui devraient devenir des directives territoriales d'aménagement et de développement durables (DTADD). L'article 13 de la loi Grenelle II leur est consacré. L'article L. 113-1 du code de l'urbanisme énonce que les « des directives territoriales d'aménagement et de développement durables peuvent déterminer les objectifs et orientations de l'État en matière d'urbanisme, de logement, de transports et de déplacements, de développement des communications numériques, de développement économique et culturel, d'espaces publics, de commerce, de préservation des espaces naturels, agricoles et forestiers, des sites et des paysages, de cohérence des continuités écologiques, d'amélioration des performances énergétiques et de réduction des émissions de gaz à effet de serre dans des territoires présentant des enjeux nationaux dans un ou plusieurs de ces domaines. Ainsi, la protection des ressources énergétiques serait clairement concernée par ce nouveau type de DTA. Il convient toutefois de préciser que le les futures DTADD ne devraient plus être opposables, au moins directement, aux documents d'urbanisme. Seule la procédure de projet d'intérêt général devrait permettre de les rendre opposables au cas par cas. Leur portée devra donc faire l'objet d'analyses lorsque celles-ci seront entrées en vigueur.

516. Parmi les documents ayant la même valeur que les DTA avec lesquels le contenu des SCOT doit être compatible, figurent le schéma directeur de la région Ile-de-France (SDRIF) ainsi que les schémas d'aménagement des régions d'outre-mer et le plan d'aménagement et de développement durable de la Corse. Le SDRIF, élaboré par la région d'Ile-de-France, en association avec l'Etat a, conformément à l'article L. 141-1 du code de l'urbanisme, « pour objectif de maîtriser la croissance urbaine et démographique et l'utilisation de l'espace tout en garantissant le rayonnement international de cette région. Il précise les moyens à mettre en oeuvre pour corriger les disparités spatiales, sociales et économiques de la région, coordonner l'offre de déplacement et préserver les zones rurales et naturelles afin d'assurer les conditions d'un développement durable de la région […] Ce schéma détermine notamment la destination générale de différentes parties du territoire, les moyens de protection et de mise en valeur de l'environnement, la localisation des grandes infrastructures de transport et des grands équipements. Il détermine également la localisation préférentielle des extensions urbaines, ainsi que des activités industrielles, artisanales, agricoles, forestières et touristiques. » Il est ainsi, également susceptible d'avoir une influence sur l'implantation d'unités de production d'énergie d'origine renouvelable. Le schéma

d'aménagement des régions d'outre-mer dont l'existence est prévue à l'article L. 4433-7 du CGCT « fixe les orientations fondamentales à moyen terme en matière de développement durable, de mise en valeur du territoire et de protection de l'environnement. Ce schéma détermine notamment la destination générale des différentes parties du territoire de la région, l'implantation des grands équipements d'infrastructures et de transport, la localisation préférentielle des extensions urbaines, des activités industrielles, portuaires, artisanales, agricoles, forestières et touristiques ainsi que celles relatives aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. » Il est élaboré, en principe, « à l'initiative et sous l'autorité du conseil régional. » Enfin, le plan d'aménagement et de développement durable de Corse fixe, conformément à l'article L. 4424-9 du CGCT « les objectifs du développement économique, social, culturel et touristique de l'île ainsi que ceux de la préservation de son environnement. / Il définit les orientations fondamentales en matière d'aménagement de l'espace, de transports selon une approche multimodale, de télécommunications, de valorisation des ressources énergétiques, de protection et de mise en valeur du territoire de l'île. Ces orientations respectent les objectifs et les principes énoncés aux articles L. 110 et L. 121-1 du code de l'urbanisme. /Il détermine les principes de localisation des grandes infrastructures de transport et des grands équipements, des espaces naturels, des sites et des paysages à préserver, des extensions urbaines, des activités industrielles, artisanales, commerciales, agricoles, forestières, touristiques, culturelles et sportives. »

Ainsi, dès lors qu'un des documents « supérieurs » au SCOT contient des dispositions relatives à la protection des ressources, les collectivités territoriales, sont-elles tenues d'en prévoir également dans les zones concernées ? A priori, non. Le principe de la compatibilité limitée est d'application relativement souple.

517. L'application de loi Grenelle II pourrait toutefois se révéler quelque peu contraignante pour le cas particulier des relations SCOT/PLU. Leurs rapports devraient évoluer suite aux modifications dont va faire l'objet le SCOT. Selon Gilles Godfrin, « en ce qui concerne les règles de stationnement et les règles de performance énergétique fixées par le SCOT, le PLU devra reprendre telles quelles les premières et être conformes aux secondes, sans que l'on sache ce qui se passera en l'absence de reprise ou de mise en conformité. »[954]

[954] G. GODFRIN, *précité*, p. 5

A priori, le fait qu'un SCOT contienne des dispositions relatives à la protection des ressources ne saurait suffire pour que celles-ci s'imposent au PLU et obligent ainsi ses auteurs à intégrer à leur document des dispositions comparables.

518. En tout état de cause, il apparaît que ces dispositions ne sont pas, par elles-mêmes, destinées à avoir un impact considérable sur la mise en œuvre de la politique de protection des ressources. Doit-on y voir une manifestation de la libre administration des collectivités territoriales ? L'existence d'un pouvoir discrétionnaire peut-elle être considérée comme une manifestation de la forme la plus aboutie de la libre administration des collectivités territoriales ? Cette liberté laissée aux collectivités territoriales est pour le moins étonnante dès lors qu'ici, il ne s'agit pas de décider d'une politique de protection des ressources locales qui échapperait à l'Etat mais de mettre en œuvre une politique décidée au niveau national et, le cas échéant, local. Les collectivités territoriales apparaissent finalement comme des acteurs de second rang dans la mise en œuvre de la politique de protection des ressources.

519. Tout comme nous l'avons envisagé s'agissant de l'élaboration de la politique énergétique de protection des ressources énergétiques il serait souhaitable que le législateur détermine clairement les obligations des collectivités territoriales en la matière. La mise en place d'une politique publique quelle qu'elle soit implique nécessairement les collectivités territoriales. Il est ici nécessaire de leur imposer de prendre des mesures allant dans le sens de la politique de protection des ressources énergétiques afin d'accroître les chances d'atteindre les objectifs fixés dans la loi. L'Etat risquerait d'être perçu comme un acteur s'immisçant trop dans la politique locale, toutefois, comme cela a été démontré en amont, la présence de l'Etat s'agissant de la politique énergétique est indispensable. La marge de manœuvre des collectivités territoriales apparaît dès lors plus restreinte mais cette restriction est justifiée par les objectifs fixés par le législateur[955].

520. Si le rôle des collectivités territoriales en matière de protection des ressources à travers les instruments d'urbanisme est quelque peu limité, ce n'est pas uniquement parce que ces documents ne sont pas n'impliquent pas nécessairement l'adoption de mesures allant dans

[955] Ces objectifs sont fixés, pour le secteur énergétique, dans la loi POPE du 13 juillet 2005.

ce sens. C'est également parce que leur démarche est de plus en plus contrôlée, encadrée par l'Etat et est ainsi, de moins en moins décentralisée.

2) *Des limites à la liberté des collectivités territoriales en matière d'élaboration de ces documents*

521. D'une manière générale, l'Etat n'est pas absent des procédures d'élaboration des documents d'urbanisme décentralisés. Ils n'en ont pas moins un caractère local dans la mesure où les collectivités territoriales sont à l'origine de son élaboration et de son adoption. Toutefois, la loi Grenelle II semble renforcer de manière considérable le rôle de l'Etat dans l'élaboration des documents d'urbanisme décentralisés. Comme le fait remarquer Gilles Godfrin, « c'est bien un véritable retour de l'Etat dans l'urbanisme qui est amorcé, ce que confirme sans détours l'avant-projet de loi grenelle II »[956]. S'agissant des SCOT, tout d'abord, le préfet devrait pouvoir enjoindre à des communes où à des groupements de communes de déterminer, ou, s'il existe déjà, d'étendre le périmètre du SCOT et, en cas d'inaction de leur part dans un délai de 6 mois, de se substituer à elles. La loi Grenelle II prévoit que le préfet pourra mettre en demeure l'établissement public en charge de la gestion du SCOT de le modifier ou de le réviser afin de le rendre compatible avec les dispositions particulières aux zones de montagne et au littoral, ou pour permettre la réalisation d'un nouveau projet d'intérêt général. Si dans un délai de trois mois l'établissement public n'a pas répondu ou a répondu négativement, le préfet pourra engager et approuver, après avis de l'organe délibérant de l'établissement public et enquête publique, la révision ou la modification du schéma. Il en est de même s'agissant du PLU dans la mesure où le contrôle a priori du préfet devrait être plus étendu. En particulier, il devrait pouvoir s'opposer à l'entrée en vigueur du PLU si ce dernier apparaît contraire à un projet d'intérêt général.

D'une manière générale, l'Etat ne se désengage pas de l'élaboration des documents d'urbanisme. Au contraire, son immixtion toujours plus importante conduit à s'interroger sur la véritable marge de manœuvre dont disposent les collectivités territoriales.

Ce constat est d'autant plus troublant qu'en matière énergétique, l'implantation effective des constructions échappe, en grande partie, aux collectivités décentralisées.

---

[956] G. GODFRIN, *précité*, p. 4

522. Il apparaît clairement qu'en matière énergétique, la réussite de la politique est conditionnée par l'investissement des différents acteurs. Les collectivités territoriales doivent utiliser leurs compétences afin de servir les objectifs législatifs. Dès lors, le législateur devrait les contraindre à adopter les différentes mesures affectant la politique énergétique.

§ 2 : Une organisation de l'implantation des unités de production échappant largement aux collectivités territoriales

523. Les collectivités territoriales sont ici en retrait à deux niveaux. Tout d'abord, la réglementation de l'implantation d'unités de production leur échappe largement (A). Ensuite, s'agissant de la délivrance des autorisations d'occupation du sol, la compétence appartient, en matière énergétique, à l'Etat (B).

A- Une réglementation propre aux unités de production d'énergie reléguant les collectivités territoriales au second plan

524. Les installations de production d'énergie sont soumises à un régime spécifique au regard des autres constructions. Ce régime qui, par ailleurs se révèle particulièrement contraignant, réserve une place centrale à l'Etat qu'il s'agisse de l'implantation d'éoliennes (1), de centrales hydrauliques (2), d'usine de transformation des déchets (3) ou de l'installation de panneaux photovoltaïques (4).

1) L'implantation des éoliennes : des collectivités territoriales quasiment absentes de la procédure

525. L'implantation d'éoliennes, sujette à de nombreuses controverses est particulièrement encadrée. Bien que l'article R. 421-2 du code de l'urbanisme prévoie, entre autres, que les éoliennes dont la hauteur du mât et de la nacelle au-dessus du sol est inférieure à douze mètres « sont dispensées de toute formalité au titre du présent code », la loi POPE du 13 juillet 2005 a été l'occasion « d'assurer un développement maîtrisé face à la protection des sites et au risque d'éparpillement des implantations »[957]. Afin d'encourager ce

[957] Ch. BELLOC et R. COIN, « Les orientations de la politique énergétique, A propose de la loi de programme du 13 juillet 2005 », *JCP G*, 2005, p. 1780

« développement maîtrisé », l'article 37 de la loi prévoit que l'obligation d'achat de l'énergie d'origine éolienne ne s'appliquera qu'à l'énergie produite à l'intérieur du périmètre d'une zone de développement de l'éolien. Aussi, les producteurs d'une telle énergie ont-ils intérêt à ne produire qu'à l'intérieur de ces zones.

L'existence de ces zones est prévue par l'article 10-1 de la loi du 10 février 2000[958] et permet à l'Etat de s'impliquer fortement dans l'implantation d'éoliennes. En effet, ces zones « sont définies par le préfet du département en fonction de leur potentiel éolien, des possibilités de raccordement aux réseaux électriques et de la protection des paysages, des monuments historiques et des sites remarquables et protégés. Elles sont proposées par la ou les communes dont tout ou partie du territoire est compris dans le périmètre proposé ou par un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, sous réserve de l'accord de la ou des communes membres dont tout ou partie du territoire est compris dans le périmètre proposé. »[959] Le rôle des collectivités territoriales semble ici tellement secondaire que cela a conduit l'opposition à saisir le Conseil constitutionnel en invoquant la méconnaissance du « principe de libre administration des collectivités territoriales ainsi que celui selon lequel ces dernières ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ; qu'elles auraient pour effet de soumettre à la tutelle des préfets la gestion de l'espace et de l'environnement communal »[960] . S'agissant, tout d'abord de la méconnaissance du principe de subsidiarité, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il résultait de la généralité des termes retenus par le constituant dans la formulation de ce principe « que le choix d'attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, que s'il était manifeste qu'eu égard à ses caractéristiques et aux intérêts

---

[958] Cet article a été inséré dans la loi du 10 février 2000 par l'article 37 de la loi POPE du 13 juillet 2005.

[959] Les alinéas 2 et 3 de l'article 10-1 de la loi du 10 février 2000 disposent, quant à eux : « La proposition de zones de développement de l'éolien en précise le périmètre et définit la puissance installée minimale et maximale des installations produisant de l'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent pouvant bénéficier, dans ce périmètre, des dispositions de l'article 10. Elle est accompagnée d'éléments facilitant l'appréciation de l'intérêt du projet au regard du potentiel éolien, des possibilités de raccordement aux réseaux électriques et de la protection des paysages, des monuments historiques et des sites remarquables et protégés.
La décision du préfet du département intervient sur la base de la proposition dans un délai maximal de six mois à compter de la réception de celle-ci, après avis de la commission départementale compétente en matière de nature, de paysages et de sites et des communes limitrophes à celles dont tout ou partie du territoire est compris dans la zone de développement de l'éolien. Ces avis sont réputés favorables faute de réponse dans un délai de trois mois suivant la transmission de la demande par le préfet. Le préfet veille à la cohérence départementale des zones de développement de l'éolien et au regroupement des installations afin de protéger les paysages.

[960] CC, 7 juillet 2005, n° 2005-516 DC, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique. », LPA, 24 août 2005, n°168, p. 4

concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale. » Il a considéré que « les dispositions contestées tendent à développer l'énergie éolienne en prenant en compte les possibilités de raccordement aux réseaux électriques ainsi que la préservation des paysages, des monuments historiques et des sites remarquables et protégés ; que compte tenu de ces finalités, le législateur n'a pas manifestement méconnu les dispositions précitées du deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution en confiant au préfet le soin de définir les zones de développement de l'éolien ; qu'il n'a ni instauré une tutelle de l'Etat sur les communes […] ni porté atteinte à leur libre administration ou à leur autonomie financière. »[961] A la lecture du commentaire de Jean-Eric Schoettl, il apparaît que le grief adressé au législateur n'était pas fondé dans la mesure où « la construction et l'exploitation d'éoliennes faisait déjà l'objet, sous l'empire des dispositions antérieures, de décisions relevant de la compétence d'autorités de l'Etat, notamment le préfet. La loi déférée encadre la compétence de celui-ci en fixant les critères au vu desquels il statuera. Elle précise que les décisions préfectorales sont subordonnées à une proposition des communes intéressées par l'implantation d'éoliennes. »[962]

Cette argumentation appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, le fait que le régime antérieur ait été particulièrement défavorable aux collectivités territoriales en ce sens qu'elles ne disposaient quasiment d'aucun pouvoir de décision ou de proposition n'empêche pas que le nouveau régime, sous prétexte qu'il laisse une plus grande marge de manœuvre aux collectivités territoriales entrave tout de même leur libre administration. Le fait de faire dépendre les décisions du préfet d'une proposition des communes semble garantir le respect de l'article 72 de la Constitution. La libre administration nous semble être effectivement respectée si en l'absence de toute proposition en ce sens, le préfet s'abstient de toute démarche allant dans le sens de la création d'une zone de développement de l'éolien. Cependant, dans la mesure où l'implantation de parcs éoliens est très controversée, l'inertie des élus locaux est une réelle probabilité. Le développement des énergies renouvelables risquerait d'en souffrir. Cette disposition se révèle être une mesure en demi-teinte. Le législateur semble avoir quelques réticences à trancher le débat libre administration des collectivités territoriales/protection des ressources énergétiques ce qui est regrettable à deux titres. Tout d'abord, les collectivités se trouvent dans une situation quelque peu ambigüe

---

[961] Ibidem

[962] J.-E. SCHOETTL, note sous CC, 7 juillet 2005, n° 2005-516 DC, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique. », *LPA*, 24 août 2005, n°168, p. 8

quant à leur marge de manœuvre. Ensuite, le législateur prend le risque, par l'inertie probable de certains élus locaux, de voir la mise en œuvre de la politique de protection des ressources quelque peu atténuée. Dès lors que l'Etat choisit de s'investir dans une politique de cette ampleur, il lui appartient de se poser en véritable prescripteur et ce, même à l'égard des collectivités territoriales.

526. L'article 10-1 de la loi du 10 février 2000 prévoit que « les zones de développement de l'éolien s'imposent au schéma régional éolien défini au I de l'article L. 553-4 du code de l'environnement[963]. »[964]

Ce mécanisme semble contraire à celui « de bon sens »[965] qui régit l'articulation des normes d'urbanisme selon lequel « lorsque l'on a plusieurs normes d'urbanisme qui se superposent, celles qui couvrent les espaces les plus vastes s'imposent en général à celles qui concernent des espaces plus restreints. »[966] Cependant, le choix effectué par le législateur semble ici proche de celui qui a été le sien lors de l'élaboration de cette règle dans la mesure où comme le font remarquer Henri Jacquot et François Priet, cette considération est également le résultat de la « volonté de faire prévaloir certains impératifs nationaux d'aménagement sur les politiques locales et même régionales d'aménagement et d'urbanisme »[967].

En l'occurrence, les zones de développement de l'éolien étant définies par le préfet, il est loisible d'y voir une volonté du législateur de faire prévaloir les impératifs nationaux sur les considérations locales. Le résultat de ce mécanisme de conformité de documents strictement locaux comme le sont les schémas régionaux éoliens sur des documents issus d'une collaboration entre l'Etat et les collectivités territoriales telles que les zones de développement de l'éolien conduit inévitablement à s'interroger sur la pertinence du maintien

---

[963] Cet article dispose : « - Afin de promouvoir un développement harmonieux de l'énergie éolienne, les régions peuvent mettre en place un schéma régional éolien, après avis des départements et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre concernés. Ce schéma indique les secteurs géographiques qui paraissent les mieux adaptés à l'implantation d'installations produisant de l'électricité en utilisant l'énergie mécanique du vent. Le schéma prend en compte l'évaluation, par zone géographique, du potentiel éolien établi en application du I de l'article 6 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.
II. - Les services de l'Etat peuvent concourir à l'élaboration de ce schéma à la demande du conseil régional. »
[964] Article 37 – II, dernier alinéa de la loi POPE.
[965] H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 2008, p. 132
[966] Ibidem
[967] Ibidem

des premiers et, d'une manière générale sur la place laissée à la décentralisation dès lors qu'il est question de protection des ressources.

Rien n'empêche les producteurs d'implanter des éoliennes en dehors de ces zones, toutefois, si tel devait être le cas, ils ne bénéficieraient pas de l'obligation d'achat de la loi du 10 février 2000. En tout état de cause, si malgré l'absence d'obligation d'achat en dehors de ces zones, quelque producteur souhaitait implanter une ou plusieurs éoliennes, le rôle de la commune n'en serait pas renforcé dans la mesure où conformément à l'article L. 4222-2 du code de l'urbanisme, le préfet serait compétent pour délivrer le permis de construire[968].

527. Pour ce qui concerne leur implantation proprement dite « les éoliennes dont la hauteur du mât et de la nacelle au-dessus du sol est inférieure à douze mètres » sont, en application de l'article R. 421-2 du code de l'urbanisme, dispensées de permis de construire. En outre, le code de l'environnement impose la réalisation d'une étude d'impact dans certains cas. Ainsi, l'article L. 553-2 I du code de l'environnement prévoit-il que « L'implantation d'une ou plusieurs installations produisant de l'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent dont la hauteur du mât dépasse 50 mètres est subordonnée à la réalisation préalable : / a) De l'étude d'impact définie à la section 1 du chapitre II du titre II du livre Ier du présent code ; / b) D'une enquête publique soumise aux prescriptions du chapitre III du titre II du livre Ier du présent code. »[969]

Le projet de faire figurer les éoliennes à la nomenclature des installations classées au titre de la protection de l'environnement ne va pas dans le sens d'un renforcement du rôle des collectivités territoriales en la matière[970].

528. Encore plus que lorsqu'il est question d'éolien, dès lors qu'il s'agit de centrale hydraulique, les collectivités territoriales ne sont pas associées au processus de décision.

2) L'implantation des centrales hydrauliques

---

[968] Voir B de ce paragraphe

[969] L'article L. 552-2 II prévoit, quant à lui que « II. - Les projets d'implantation qui ne sont pas subordonnés à la réalisation préalable d'une étude d'impact doivent faire l'objet d'une notice d'impact. »

[970] D. DEPREZ, « Les éoliennes soumises au régime des installations classées ? », BDEI, septembre 2008, p. 12

529. L'implantation de nouvelles installations de production hydroélectrique est soumise à l'obtention d'une autorisation ou d'une concession. L'article 1er de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique énonce: « Nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'Etat. » Cette disposition concerne l'usage de la force de l'eau et non l'eau elle-même. L'usage de la force de l'eau implique l'existence d'aménagements pour la capter. Bien que la loi du 2 février 1995 dite loi Barnier ait modifié la loi n°83-663 du 22 juillet 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat en ajoutant que « les départements ou leurs groupements sont compétents pour aménager, entretenir et exploiter des cours d'eau, canaux, lacs et plans d'eau domaniaux, rayer de la nomenclature les voies navigables ou n'y ayant jamais figuré, qui leurs sont transférés par décret en Conseil d'Etat sur proposition du ou des conseils généraux concernés » les autorisations sont toujours délivrées par le Préfet. S'agissant des concessions, la compétence du préfet de département[971] est la règle de droit commun[972]. Si les collectivités sont amenées à intervenir dans la procédure de passation des concessions, ce n'est que pour donner un avis.

Les collectivités territoriales ne sont donc pas impliquées dans l'exploitation par des personnes privées d'installations destinées à produire de l'hydroélectricité.

La situation est beaucoup plus nuancée s'agissant de l'implantation d'usine de transformation des déchets même si, le rôle des collectivités territoriales reste, une fois encore, secondaire.

3) L'implantation d'usine de transformation des déchets

---

[971] L'article 2 du décret n°94-894 du 13 octobre 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique énonce que : « L'instruction des demandes de concession relève de la compétence du préfet du département où sont situés les ouvrages. Lorsque ces ouvrages sont situés dans plusieurs départements, le préfet du département dans lequel est installée l'usine de production d'électricité est chargé de coordonner la procédure. Dans ce cas, la demande de concession est adressée à ce préfet coordonnateur.
Toutefois, lorsque la puissance maximale brute de l'aménagement est égale ou supérieure à 100 mégawatts, l'instruction de la demande relève de la compétence du ministre chargé de l'électricité. »

[972] Il pourra être dérogé à cette règle par décret en Conseil d'Etat pour les décisions qui nécessitent, du fait de leur enjeu, une appréciation nationale ou requièrent une compétence technique particulière comme l'indique M. POIRET, « de nombreuses décisions continueront de relever d'autres Autorités (préfet de région, préfet de zone, maire, chef de juridiction pour leurs compétences autres que juridictionnelles, chefs des Services déconcentrés) ou demeureront centralisées. », J. POIRET, *Droit de l'hydroélectricité*, Paris, Economica, 2004, p. 793

530. Les deux principales façons de produire de l'énergie à partir de déchets sont la fermentation - ou « méthanisation » - et l'incinération[973]. Les déchets sont traités dans les usines et peuvent devenir, le plus souvent, du biogaz. La particularité ici n'est pas tant de construire une nouvelle installation de production d'énergie que d'équiper des installations d'élimination des déchets – par exemple, avec un traitement biogaz – afin qu'elles produisent – accessoirement – de l'énergie d'origine renouvelable. C'est pourquoi, les règles applicables concernent les installations d'élimination des déchets et de stations d'épuration et non pas d'unités de production d'énergie proprement dites.

L'article L. 541-1 du Code de l'Environnement définit ainsi le déchet : « Est un déchet tout résidu d'un processus de production, de transformation ou d'utilisation, toute substance, matériau, produit ou plus généralement tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon ». Il précise également la notion de « déchet ultime » : « est ultime un déchet, résultant ou non d'un traitement d'un déchet, qui n'est plus susceptible d'être traité dans les conditions techniques et économiques du moment, notamment par extraction de la part valorisable par réduction de son caractère polluant ou dangereux ».

531. Dans quelle mesure les collectivités territoriales peuvent-elles influer sur la production d'énergie à partir des déchets ? Si elles sont compétentes s'agissant de l'élimination des déchets, la formulation de cette compétence est relativement vague. Sont-elles en mesure d'influer réellement sur l'implantation d'usine de stockage des déchets ? Et, partant, sur le développement de la production d'énergies d'origine renouvelable par le biais des usines de traitement des déchets ?

L'une des premières difficultés s'agissant de la lisibilité des actions des collectivités territoriales en la matière réside dans la « complexité et la diversité des regroupements intercommunaux intervenant en matière de déchets »[974] mais les communes et leurs groupements ne sont pas les seules à être impliquées dans l'élimination des déchets : l'Etat ; la région et le département interviennent également, en principe, à travers les plans d'élimination des déchets.

---

[973] La gazéification, d'ordinaire utilisée pour le bois, peut également s'appliquer s'agissant des déchets agricoles ou industriels.
[974] R. ROMI, *Les collectivités territoriales et l'environnement*, Paris, LGDJ, 1998, p.53

532. Le code de l'environnement prévoit l'élaboration de plusieurs niveaux de plans d'élimination des déchets. L'article L. 541-11 du code de l'environnement prévoit un plan national d'élimination des déchets[975] et les articles L. 541-13 et L. 541-14 du code de l'environnement prévoient respectivement que les régions et les départements doivent être couverts par des plans régionaux ou interrégionaux et départementaux ou interdépartementaux d'élimination des déchets.

Les plans régionaux ou interrégionaux sont relatifs à l'élimination de déchets industriels spéciaux alors que les plans départementaux ou interdépartementaux concernent l'élimination des déchets ménagers ou des déchets mentionnés à l'article L. 2224-14 du code général des collectivités territoriales[976]. Même s'ils font l'objet d'une élaboration collective[977], ces plans sont incontestablement des documents décentralisés dans la mesure où le projet de plan est élaboré à l'initiative et sous la responsabilité du président du conseil régional ou général selon le type de plan puis approuvé par délibération du conseil régional ou général. L'Etat s'est, toutefois ménagé une place conséquente en prévoyant à l'alinéa 3 de l'article L. 541-15 du code de l'environnement qu'un décret [978] devra fixer les conditions dans lesquelles le représentant de l'Etat peut demander au président du conseil général ou au président du conseil régional une nouvelle délibération sur les projets de plans visés aux articles L. 541-13 et L. 541-14 ou l'élaboration ou la révision de ces plans, puis les élaborer ou

---

[975] L'alinéa 1 de l'article L. 541-11 du code de l'environnement dispose : « Des plans nationaux d'élimination doivent être établis, par le ministre chargé de l'environnement, pour certaines catégories de déchets dont la liste est établie par décret en Conseil d'Etat, à raison de leur degré de nocivité ou de leurs particularités de traitement et de stockage. »

[976] Il s'agit de déchets qu'elles peuvent, eu égard à leurs caractéristiques et aux quantités produites, collecter et traiter sans sujétions techniques particulières. Ainsi, en vertu de l'article R. 2224-28 du CGCT, les déchets d'origine commerciale ou artisanale qui, eu égard à leurs caractéristiques et aux quantités produites, peuvent être éliminés sans sujétions techniques particulières et sans risques pour les personnes ou l'environnement sont éliminés dans les mêmes conditions que les déchets des ménages.

[977] Ainsi, en vertu de l'article L. 451-14 du code de l'environnement, le plan départemental d'élimination des déchets « est établi en concertation avec une commission consultative composée de représentants des communes et de leurs groupements, du conseil général, de l'Etat, des organismes publics intéressés, des professionnels concernés, des associations agréées de protection de l'environnement et des associations agréées de consommateurs ainsi que, dans la région d'Ile-de-France, du conseil régional et des conseils généraux et des associations agréées de protection de l'environnement. »

[978] L'alinéa 3 de l'article L. 541-15 du code de l'environnement dispose : « Les modalités et procédures d'élaboration, de publication et de révision des plans sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret fixe notamment les modalités de la consultation du public, les mesures de publicité à prendre lors de l'élaboration des plans et après leur adoption et la procédure simplifiée de révision des plans applicable dès lors que les modifications projetées n'en remettent pas en cause l'économie générale. Ce décret fixe également les conditions dans lesquelles le représentant de l'Etat peut demander au président du conseil général ou au président du conseil régional une nouvelle délibération sur les projets de plans visés aux articles L. 541-13 et L. 541-14 ou l'élaboration ou la révision de ces plans, puis les élaborer ou les réviser lorsque, après avoir été invités à y procéder, les conseils régionaux ou les conseils généraux ne les ont pas adoptés dans un délai de dix-huit mois. »

les réviser lorsque, après avoir été invités à y procéder, les conseils régionaux ou les conseils généraux ne les ont pas adoptés dans un délai de dix-huit mois. »

Ces plans sont un moyen pour les départements et les régions de s'impliquer dans l'implantation d'installations d'élimination des déchets dans la mesure où ils doivent mentionner les « installations qu'il apparaît nécessaire de créer afin de permettre d'atteindre les objectifs évoqués ci-dessus » s'agissant des plans régionaux et énoncer « les priorités à retenir compte tenu notamment des évolutions démographiques et économiques prévisibles pour la création d'installations nouvelles ». Ils peuvent, en outre indiquer « les secteurs géographiques qui paraissent les mieux adaptés à cet effet ».

533. Les collectivités territoriales peuvent ainsi se prononcer sur l'implantation de nouvelles installations et, éventuellement, sur les zones sur lesquelles leur implantation serait la plus opportune. Cependant, s'il résulte de l'article L. 541-15 alinéa 1er du code de l'environnement que les « décisions prises par les personnes morales de droit public et leurs concessionnaires dans le domaine de l'élimination des déchets […] doivent être compatibles avec ces plans », ceux-ci n'impliquent « la construction d'aucune installation, ni l'aménagement ou la transformation d'aucun site. »[979] Par conséquent, le pouvoir des collectivités territoriales apparaît relativement limité, d'autant plus qu'elles ne sont pas en mesure de décider de l'implantation effective des installations d'élimination des déchets qui sont soumises à autorisation préfectorale au titre des installations classées pour la protection de l'environnement, après enquête publique[980], ce qui les dispense de permis de construire[981]. En dernier ressort, la décision d'implantation d'une installation d'élimination de déchets n'appartient pas aux collectivités territoriales.

534. Enfin, le rôle des collectivités territoriales reste également mineur – quoi que plus ambigu – s'agissant de la réglementation de l'implantation des panneaux photovoltaïques.

---

[979] TA Rouen, 28 mars 1997, Association de sauvegarde de l'environnement, req. n°96647

[980] Décret n° 2002-540 du 18/04/02 relatif à la classification des déchets

[981] L'article R. 425-24 du code de l'urbanisme énonce : « Lorsque le projet porte sur un ouvrage ou une installation de stockage souterrain de gaz, de fluides ou de déchets, l'autorisation prévue à l'article 3-1 du code minier, aux articles L. 515-7, L. 541-17 et L. 542-7 du code de l'environnement ou par le décret n° 2006-649 du 2 juin 2006 dispense de la déclaration préalable ou du permis de construire. »

4) *Le rôle des collectivités territoriales s'agissant de l'implantation de panneaux solaires*

535. L'énergie d'origine solaire présente des particularités dans la mesure où elle ne provient pas nécessairement d'une usine de production d'énergie. En effet, l'un des moyens les plus répandus pour produire de l'énergie d'origine solaire réside dans l'installation de panneaux photovoltaïques, le plus souvent, posés sur les constructions. L'initiative n'appartient pas à la collectivité territoriale – hors le cas évident des bâtiments locaux – mais, dans la majorité des cas, aux propriétaires des constructions. Alors que jusqu'alors les règles relatives à l'implantation d'unités de production photovoltaïque étaient quelque peu ambiguës, le décret du 19 novembre 2009 a contribué à clarifier l'état du droit en indiquant que « sont dispensées de toute formalité au titre du présent code, en raison de leur nature ou de leur très faible importance, sauf lorsqu'ils sont implantés dans un secteur sauvegardé dont le périmètre a été délimité ou dans un site classé […] les ouvrages de production d'électricité à partir de l'énergie solaire installés sur le sol dont la puissance crête[982] est inférieure à trois kilowatts et dont la hauteur maximum au-dessus du sol ne peut pas dépasser un mètre quatre-vingt ». En revanche, il ressort de l'article R. 421-9 du code de l'urbanisme que les ouvrages de production d'électricité à partir de l'énergie solaire installés sur le sol dont la puissance crête est inférieure à trois kilowatts et dont la hauteur maximum au-dessus du sol peut dépasser un mètre quatre-vingt ainsi que ceux dont la puissance crête est supérieure ou égale à trois kilowatts et inférieure ou égale à deux cent cinquante kilowatts quelle que soit leur hauteur sont soumis à l'obligation de déclaration préalable.

536. D'une manière générale, il apparaît clairement que les collectivités territoriales n'ont que peu d'influence sur le développement de la production d'énergies renouvelables par le biais des installations de production d'énergie d'origine photovoltaïque. D'autant plus que dès lors qu'il est précisément question de la délivrance de l'autorisation d'occupation du sol, les collectivités territoriales ne sont que des acteurs de second plan dans la mesure où en matière énergétique, l'Etat est compétent pour délivrer les permis de construire.

---

[982] La puissance crête correspond à la puissance que peut délivrer l'installation dans des conditions standards optimales d'ensoleillement et de température.

B- La compétence de principe de l'Etat pour délivrer les permis de construire des ouvrages de production d'énergie

537. En matière d'unités de production d'énergie, par exception au principe général selon lequel le maire, au nom de la commune, est l'autorité normalement compétente pour délivrer cette autorisation[983], c'est le préfet qui délivre les permis de construire. En effet, l'article L. 422-2 énonce que « par exception aux dispositions du a de l'article L. 422-1, l'autorité administrative de l'Etat est compétente pour se prononcer sur un projet portant sur […] b) Les ouvrages de production, de transport, de distribution et de stockage d'énergie, ainsi que ceux utilisant des matières radioactives ; un décret en Conseil d'Etat détermine la nature et l'importance de ces ouvrages ». S'agissant des ouvrages de production, de transport, de distribution et de stockage d'énergie lorsque cette énergie n'est pas destinée, principalement, à une utilisation directe par le demandeur, l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire est, en vertu de l'article R. 422-2 du code de l'urbanisme, le préfet. En revanche, si l'énergie produite par l'éolienne est destinée à une utilisation directe par le demandeur, le permis de construire sera délivré par le maire, mais au nom de l'Etat, au titre de l'article L. 422-2 du code de l'urbanisme.

Cette exception a été envisagée par l'article 59 de la loi du 7 janvier 1983[984] qui prévoyait : « Dans les communes où un plan d'occupation des sols a été approuvé et est devenu exécutoire, le permis est délivré par le maire au nom de la commune ». Cet article énonçait néanmoins une exception : « Sont toutefois délivrées par l'Etat, après avis du maire ou du président de l'établissement public compétent, les autorisations qui concernent […]b) les ouvrages de production, de transport, de distribution et de stockage d'énergie, ainsi que ceux utilisant des matières nucléaires ; un décret en Conseil d'Etat détermine la nature et

---

[983] L'article L. 422-1 du code de l'urbanisme dispose : « L'autorité compétente pour délivrer le permis de construire, d'aménager ou de démolir et pour se prononcer sur un projet faisant l'objet d'une déclaration préalable est :
a) Le maire, au nom de la commune, dans les communes qui se sont dotées d'un plan local d'urbanisme ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu, ainsi que, lorsque le conseil municipal l'a décidé, dans les communes qui se sont dotées d'une carte communale ; lorsque le transfert de compétence à la commune est intervenu, ce transfert est définitif ;
b) Le préfet ou le maire au nom de l'Etat dans les autres communes.
Les demandes de permis de construire, d'aménager ou de démolir ainsi que les déclarations préalables sur lesquelles il n'a pas été statué à la date du transfert de compétence restent soumises aux règles d'instruction et de compétence applicables à la date de leur dépôt. »

[984] Loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, J.O., 9 janvier 1983, p. 215

l'importance de ces ouvrages ». Il apparaît ainsi que dès son origine, la décentralisation des autorisations d'occupation du sol a connu des exceptions, notamment s'agissant des constructions ayant un rapport avec l'énergie.

Si l'origine de cette exception s'explique dans la mesure où à l'époque de la discussion et de l'adoption de cette loi, la production, le stockage et le transport d'énergie étaient des compétences appartenant à l'Etat, l'exception relative aux installations de distribution est, quant à elle, plus étonnante dans la mesure où depuis la loi du 15 juin 1906, la distribution est, selon la loi, une compétence communale. Il est possible de voir dans cette étonnante exception la confirmation de l'absence de caractère réellement local du service public de la distribution. La loi du 7 janvier 1983 aurait pu être l'occasion de réaffirmer le caractère local de ce service public en transférant aux communes la compétence en matière de délivrance de permis de construire des ouvrages de distribution d'énergie. En tout état de cause, cette exception ne semble pas avoir rencontré d'opposition. Les différents rapports et avis formulés[985] à l'occasion de la discussion de cette loi n'ayant fait que la mentionner, sans la critiquer ni même l'expliquer. Cette exception, n'a semble-t-il, pas été remise en cause depuis lors alors même que le législateur a reconnu, dans une certaine mesure, une compétence aux collectivités territoriales en matière de production d'énergie. Il doit toutefois être précisé que l'alinéa 6 de l'article L. 422-2 du code de l'urbanisme énonce que « Lorsque la décision est prise par le préfet, celui-ci recueille l'avis du maire ou du président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent. » Il ne s'agit pas, cependant, d'un avis conforme.

538. Il est un domaine dans lequel la question de l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire est assez incertaine : il s'agit de l'installation de panneaux photovoltaïques. En effet, contrairement aux éoliennes, ils ne sont pas envisagés en tant que tels par la législation et la réglementation relatives à l'urbanisme. En principe, « l'installation de panneaux solaires n'est soumise à aucune formalité au titre du code de l'urbanisme en vigueur depuis le 1er octobre 2007, à l'exception d'une déclaration préalable pour une implantation dans les sites classés ou dans les secteurs sauvegardés dont le périmètre a été

[985] A titre indicatif, peuvent être cités l'avis n°17 du sénateur Jacques Valade ainsi que l'avis n° 18 de messieurs les Sénateurs Joseph RAYBAUD et Jean-Pierre FOURCADE et les rapports n° 137 de Monsieur le Sénateur Paul GIROD et n° 1240 de Monsieur le Député Jean-Pierre WORMS.

délimité. Quel que soit le régime applicable pour leur installation, les panneaux solaires doivent respecter les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'utilisation du sol, y compris le règlement de la zone si le terrain est couvert par un document d'urbanisme. Un tel projet comprend certainement d'autres constructions ou installations qui pourront nécessiter une autorisation d'urbanisme. »[986] Cette affirmation doit être précisée. Il apparaît, à la lecture du code, que toutes les installations de panneaux photovoltaïques ne sont pas dispensées de formalités. Comme le remarque Armelle Sandrin-Deforges, « depuis la réforme entrée en vigueur le 1er octobre 2007[987], une déclaration est nécessaire notamment pour : les travaux ayant pour effet de modifier l'aspect extérieur d'un bâtiment existant (C. urb., art. R. 421-17) ; les constructions nouvelles ayant pour effet de créer une surface hors œuvre brute supérieure à deux mètres carrés et inférieure ou égale à 20 mètre carrés, et les ouvrages et accessoires des lignes de distribution d'énergie électrique dont la tension est inférieure à 63000 volts (C. urb. Art. R. 429-9) ; et sur un bâtiment existant, les travaux ayant pour effet la création d'une surface hors œuvre brute supérieure à 2 mètres carrés et inférieure ou égale à 20 mètres carrés. En dessous de 2 mètres carrés, aucune formalité n'est nécessaire. Au dessus de 20 mètres carrés, un permis de construire est nécessaire. »[988] Dès lors qu'une formalité est nécessaire, il est nécessaire de déterminer l'autorité compétente pour délivrer les autorisations d'urbanisme. Il apparaît, à la lecture de l'article R. 422-2 du code de l'urbanisme, qu'une distinction fondamentale doit être opérée entre les ouvrages destinés principalement à une utilisation directe par le demandeur et ceux qui ne le sont pas. En effet, l'article R. 422-2 du code de l'urbanisme énonce que « le préfet est compétent pour délivrer le permis de construire, d'aménager ou de démolir […] dans les hypothèses suivantes : […] b) Pour les ouvrages de production, de transport, de distribution et de stockage d'énergie lorsque cette énergie n'est pas destinée, principalement, à une utilisation directe par le demandeur ». Par conséquent, lorsque l'installation de production à vocation à permettre une autoconsommation par le demandeur de l'autorisation, le maire retrouve sa compétence. Le préfet n'est compétent que pour les installations de production ayant pour objet la commercialisation de l'énergie. En dehors de ce cas de figure, l'Etat reste ainsi la seule autorité compétente s'agissant des autorisations d'implantation des installations de production d'énergie, ce qui

---

[986] Réponse du Ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables publiée dans le JO Sénat du 31/01/2008
[987] Il s'agit de la réforme du code de l'urbanisme.
[988] A. SANDRIN-DEFORGE, « Les énergies solaires », *BDEI*, 2008, n° 13, p. 39

semble être de nature à assurer un développement équilibré des installations de production d'énergie sur l'ensemble du territoire français.

539. Toutefois, il convient de se demander si la collectivité territoriale ne peut pas influer de manière négative sur l'implantation de ces installations et ainsi dans une certaine mesure, « encadrer » la décision de l'Etat : « Le PLU peut-il interdire la construction de ces ouvrages sur certaines parties du territoire ? »[989] Jean-Philippe Brouant note qu' « un certain nombre de PLU interdisent en zone U 'les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent' »[990] tandis que d'autres « autorisent sous condition, en zone U, les installations nécessaires au service public ou d'intérêt collectif telles que les pylônes, postes électriques, réservoirs d'eau et éoliennes, ouvrages de production d'énergie… »
La construction d'éoliennes paraît en revanche possible en zone A dans la mesure où peuvent y être autorisées les constructions nécessaires au service public ou d'intérêt collectif.

Ainsi, il apparaît que le zonage du PLU – en particulier la délimitation des zones U – est un moyen dont disposent les collectivités territoriales compétentes pour agir sur l'implantation des installations de production d'énergie mais de façon quelque peu négative dans la mesure où celui-ci ne peut se borner qu'à prévoir les zones susceptibles ou non susceptibles de recevoir ce type de constructions.

Leur pouvoir semble plus important s'agissant d'interdire leur construction tandis que le fait de prévoir des zones dans lesquelles pourraient être implantées des installations de production d'énergie ne garantira en aucune manière leur construction sur le territoire couvert par le PLU.

540. En marge de l'urbanisme, la loi POPE indique qu'afin d'agir sur la protection des ressources, les collectivités territoriales peuvent utiliser la fiscalité. Toutefois, il apparaît également, que là encore, elles n'ont pas réellement les moyens d'agir en profondeur.

Section 2 : La fiscalité énergétique locale au service de la protection des ressources

541. Afin d'améliorer la performance énergétique des habitations, il existe, au niveau national, une réduction d'impôt sur le revenu pour les contribuables ayant effectué des

[989] J.-P. BROUANT, *précité*, fiche 3, p. 1

dépenses à cette fin. Elle résulte de l'article 200 quater du code général des impôts prévoit que « 1. Les contribuables domiciliés en France au sens de l'article 4 B peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt sur le revenu au titre des dépenses effectivement supportées pour l'amélioration de la qualité environnementale du logement dont ils sont propriétaires, locataires ou occupants à titre gratuit et qu'ils affectent à leur habitation principale ou de logements achevés depuis plus de deux ans dont ils sont propriétaires et qu'ils s'engagent à louer nus à usage d'habitation principale, pendant une durée minimale de cinq ans, à des personnes autres que leur conjoint ou un membre de leur foyer fiscal. » Parallèlement, même s'ils sont moindres, il existe au niveau local des instruments fiscaux susceptibles d'influer sur la protection des ressources énergétiques. Toutefois, afin d'exercer une réelle influence sur la protection des ressources, les mécanismes existant devraient connaître quelques modifications (§1). Par ailleurs, il apparaît que la fiscalité n'est pas le moyen le plus efficace à la disposition des collectivités territoriales pour influer sur la protection des ressources (§2).

§1 : La nécessaire adaptation des taxes existantes à des fins de protection des ressources énergétiques

542. La fiscalité énergétique est relativement riche. La fiscalité énergétique locale l'est, quant à elle, beaucoup moins. Si plusieurs taxes locales existent bel et bien en la matière[991], force est de constater que rares sont les taxes perçues par les collectivités territoriales susceptibles d'avoir un impact sur la protection des ressources énergétiques. Finalement, il apparaît que deux catégories de mesures relatives à la fiscalité locale touchent, de façon très différente, la consommation d'énergie : La taxe locale sur la fourniture d'électricité (A) et le dégrèvement prévu sur la taxe foncière sur les propriétés bâties (B).

A- La taxe locale sur la fourniture d'électricité

---

[990] J.-P. BROUANT, *précité*, fiche 3, p. 2

[991] Tout d'abord, l'article 1519 A du CGI énonce qu'il est institué, au profit des communes ou de leurs groupements, une imposition forfaitaire annuelle sur les pylônes supportant des lignes électriques dont la tension est au moins égale à 200 kilovolts.
L'article 1519 B institue, quant à lui, profit des communes, une taxe annuelle sur les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent situées dans les eaux intérieures ou la mer territoriale.

543. La taxe locale sur l'électricité est issue de la loi du 13 août 1926 dite niveaux autorisant les communes et les départements à établir des taxes autorisant notamment les communes et les départements à instituer des taxes sur les « signes extérieurs de richesse » au titre desquels figuraient l'électricité et le gaz. En 1955, cette taxe a été supprimée s'agissant du gaz mais elle subsiste[992] encore s'agissant de l'électricité et figure actuellement à l'article L. 2333-2 du code général des collectivités territoriales aux termes duquel « toute commune peut, par délibération du conseil municipal, établir une taxe sur les fournitures d'électricité sous faible ou moyenne puissance. » Conformément à l'article L. 2333-3 du même code, « La taxe est due par les consommateurs finaux pour les quantités d'électricité livrées sur le territoire de la commune, à l'exception de celles qui concernent l'éclairage de la voirie nationale, départementale, intercommunale et communale et de ses dépendances. »

L'une des limites de l'effet de cette taxe est que la consommation d'énergies renouvelables ou la consommation rationnelle d'énergie n'est pas particulièrement encouragée dans la mesure où tous les contribuables d'une même commune – ou, le cas échéant, d'un groupement de communes – doivent, conformément aux articles R. 2333-5 et R. 5212-2[993] du code général des collectivités territoriales, s'acquitter de la même taxe. Ainsi, cette taxe, sous sa forme actuelle, n'est pas susceptible d'inciter les consommateurs finals à modifier leur comportement afin d'agir sur la protection des ressources énergétiques. Le moyen de la rendre susceptible d'influer sur la protection des ressources, serait de donner la possibilité aux collectivités territoriales de faire varier son taux sur le territoire d'une même commune ou intercommunalité en fonction de l'énergie consommée. Deux options seraient dès lors envisageables : la première consisterait en la mise en œuvre d'un système comparable à celui qui existe en matière de TVA c'est à dire un taux variable en fonction du type d'électricité consommée. La consommation d'électricité d'origine renouvelable serait assujettie à un taux moins élevé que celle d'origine nucléaire. La seconde possibilité consisterait en la mise en place d'un système comparable à celui de l'impôt sur le revenu. Le taux dépendrait de la quantité d'électricité consommée.

Mettre en place un tel système risquerait de se heurter au principe d'égalité devant l'impôt dans la mesure où tous les contribuables d'une même commune ou d'un même EPCI

---

[992] Enoncé par P. SABLIERE *in* « Les réformes apportées au régime des taxes locales sur l'électricité en 1984, 1985 et 1986, p. 541

[993] L'article R. 2333-5 énonce : « Le taux de la taxe est unique sur le territoire d'une même commune. »
L'article R. 5212-2 énonce : « Le taux de la taxe est unique sur le territoire d'un même syndicat de communes. »

ne seraient pas assujettis à un taux variable de la taxe sur la fourniture d'électricité. Ce principe découlant de l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen énonce que « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés. »

Bien que le Conseil constitutionnel ait montré, à plusieurs reprises, son souci de protéger les contribuables des discriminations[994], il admet des différences de traitement dès lors qu'elles sont justifiées. Aussi, le Conseil constitutionnel considère -t-il « que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'il peut en particulier édicter, pour de telles raisons, des mesures d'incitation par l'octroi d'avantages fiscaux »[995]. La consommation d'électricité d'origine renouvelable plutôt que d'électricité d'origine nucléaire pourrait être considérée comme constitutive d'une différence de situation justifiant une différence de traitement. En tout état de cause, la consommation d'électricité d'origine renouvelable ainsi que la maîtrise de la consommation d'électricité quelle qu'elle soit participent de la satisfaction de l'intérêt général qu'est la protection des ressources énergétiques et, d'une manière plus générale, la protection de l'environnement. La discussion des lois Grenelle pourrait être l'occasion de réfléchir à la mise en place d'un tel mécanisme.

544. Si comme le permet l'article 31 de la loi POPE du 13 juillet 2005, un plan local d'urbanisme peut recommander l'utilisation des énergies renouvelables pour l'approvisionnement énergétique des constructions neuves, il serait pertinent, afin que l'incitation ait une plus grande influence sur le comportement des administrés, que dans ces zones, la taxe locale sur la fourniture d'électricité soit plus faible.

---

[994] CC, 27 décembre 1973, n° 73-51 DC. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition législative tendant, selon lui, à « instaurer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi, ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution. »
[995] CC, 27 décembre 2001, n° 2001-456 DC

545. En matière de fiscalité, le seul impôt sur lequel les collectivités territoriales ont en mesure d'agir afin d'inciter les contribuables à modifier leur consommation énergétique est, à l'heure actuelle, la taxe foncière sur les propriétés bâties.

B- Taxe foncière sur les propriétés bâties

546. L'article 1383-0 B 1 bis du code général des impôts issus de l'article 107 de la loi du 27 décembre 2008 de finances pour 2009 [996] prévoit que « les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale dotés d'une fiscalité propre peuvent, par une délibération prise dans les conditions prévues au I de l'article 1639 A bis, exonérer de la taxe foncière sur les propriétés bâties à concurrence de 50 % ou de 100 % les constructions de logements neufs achevées à compter du 1er janvier 2009 dont le niveau élevé de performance énergétique globale, déterminé dans des conditions fixées par décret, est supérieur à celui qu'impose la législation en vigueur. / La délibération porte sur la part revenant à chaque collectivité territoriale ou établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre. » Ainsi, les collectivités territoriales et les groupements ont désormais la possibilité d'exonérer temporairement de taxe foncière sur les propriétés bâties les logements neufs qui présentent une performance énergétique globale supérieure à celle imposée par la législation et réglementation actuellement en vigueur[997] . Cette exonération est subordonnée à une volonté locale dans la mesure où une délibération est nécessaire pour qu'elle soit mise en œuvre. L'exonération pouvant être fixée à 50% ou à 100% de la cotisation, elle pourra donc varier d'une collectivité territoriale à une autre mais devra, en revanche, être identique sur tout le territoire d'une même collectivité ou d'un même établissement public de coopération.

Cette disposition est clairement destinée à encourager la construction de logements économes en énergie mais il appartient avant tout aux collectivités territoriales de décider dans quelle mesure elles souhaitent agir en matière de protection des ressources énergétiques.

547. Par ailleurs, l'article 68 loi POPE du 13 juillet 2005 accorde un dégrèvement de taxe foncière sur certains immeubles des HLM ou société ayant le même objectif : « Après

[996]Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009

l'article 1391 D du code général des impôts, il est inséré un article 1391 E ainsi rédigé : « Art. 1391 E. - Il est accordé sur la cotisation de taxe foncière sur les propriétés bâties afférente à des immeubles affectés à l'habitation, appartenant aux organismes d'habitations à loyer modéré visés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation ou aux sociétés d'économie mixte ayant pour objet statutaire la réalisation ou la gestion de logements, un dégrèvement égal au quart des dépenses payées, à raison des travaux d'économie d'énergie visés à l'article L. 111-10 du même code au cours de l'année précédant celle au titre de laquelle l'imposition est due. » Cet article adopté sur proposition de Monsieur le député François Scellier tend à accorder aux bailleurs sociaux que sont les organismes d'habitations à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte ayant pour objet statutaire la réalisation ou la gestion de logements, un dégrèvement sur la cotisation de taxe foncière sur la propriété bâtie afin de favoriser les économies d'énergie. Le député auteur de l'amendement faisait valoir qu'un crédit d'impôt existait pour les propriétaires privés[998], mais que rien n'était prévu pour les propriétaires du secteur social qui ne peuvent bénéficier du mécanisme du crédit d'impôt. La solution était, pour l'auteur de l'amendement, de trouver un mécanisme différent permettant d'« accorder aux bailleurs sociaux un avantage fiscal qui a été consenti au secteur privé ». A la différence du dégrèvement prévu à l'article 1383-0 B 1 bis du code général des impôts, celui-ci n'est pas une simple faculté pour les collectivités territoriales qui vont devoir compenser cette perte dans leur budget. Les entreprises ne peuvent bénéficier de cette disposition qu'à la condition de déclarer chaque année, au service des impôts, les éléments d'imposition entrant dans le champ d'application de la réduction de 100 %.

548. Suivant la même logique, l'article 1518 A du CGI indique que les valeurs locatives qui servent à l'établissement de la taxe professionnelle et de la taxe foncière ne sont retenues qu'à hauteur de 50 % de leur montant pour les installations destinées à économiser

---

[997] Voir notamment l'article R. 111-20 du code de la construction et de l'habitation

[998] L'article 200 quater du code général des impôts énonce : « Les contribuables domiciliés en France au sens de l'article 4 B peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt sur le revenu au titre des dépenses effectivement supportées pour l'amélioration de la qualité environnementale du logement dont ils sont propriétaires, locataires ou occupants à titre gratuit et qu'ils affectent à leur habitation principale ou de logements achevés depuis plus de deux ans dont ils sont propriétaires et qu'ils s'engagent à louer nus à usage d'habitation principale, pendant une durée minimale de cinq ans, à des personnes autres que leur conjoint ou un membre de leur foyer fiscal. Ce crédit d'impôt s'applique : […] c. Au coût des équipements de production d'énergie utilisant une source d'énergie renouvelable ou des pompes à chaleur, autres que air / air, dont la finalité essentielle est la production de chaleur […]d) Au coût des équipements de raccordement à un réseau de chaleur, alimenté majoritairement par des énergies renouvelables ou par une installation de cogénération ».

l'énergie qui sont éligibles à l'amortissement exceptionnel prévu par l'article 39 AB du code précité. En outre, cet article permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements dotés d'une fiscalité propre de porter à 100 % la réduction de la valeur locative de ces installations.

Il apparaît ainsi qu'existent des dispositions destinées à permettre aux collectivités territoriales d'agir par le biais de leur fiscalité sur la politique de protection des ressources. Toutefois, qu'elle soit obligatoire ou non, une exonération – ou un dégrèvement – n'est pas sans conséquence dans la mesure où elle est de nature à priver les collectivités territoriales d'une partie de leurs ressources. Or, leur budget doit être voté en équilibre réel[999] et aucune compensation n'est prévue si les collectivités territoriales décident de voter ces réductions d'impôt. Il apparaît que l'absence d'une telle compensation est de nature à freiner les collectivités territoriales dans leur combat en faveur de la protection des ressources énergétiques. Ainsi, de la même façon qu'aucune compensation n'est prévue pour les collectivités décidant, quand cela est possible, une réduction d'impôts, aucune compensation n'est prévue lorsque la réduction est imposée aux collectivités territoriales. Il ressort de la question écrite de Madame la sénatrice Danielle Bidard-Reydet[1000] que les collectivités territoriales ne sont pas toutes prêtes à se priver d'une partie de leurs recettes afin d'agir en faveur de la protection des ressources. Le fait d'imposer aux collectivités territoriales de pratiquer des réductions d'impôts est parfois ressenti, par ces dernières, comme une entrave à

---

[999] L'article L. 1612-5 du CGCT sanctionne la non-présentation d'un budget en équilibre : « Lorsque le budget d'une collectivité territoriale n'est pas voté en équilibre réel, la chambre régionale des comptes, saisie par le représentant de l'Etat dans un délai de trente jours à compter de la transmission prévue aux articles L. 2131-1, L. 3131-1 et L. 4141-1, le constate et propose à la collectivité territoriale, dans un délai de trente jours à compter de la saisine, les mesures nécessaires au rétablissement de l'équilibre budgétaire et demande à l'organe délibérant une nouvelle délibération.
La nouvelle délibération, rectifiant le budget initial, doit intervenir dans un délai d'un mois à partir de la communication des propositions de la chambre régionale des comptes.
Si l'organe délibérant ne s'est pas prononcé dans le délai prescrit, ou si la délibération prise ne comporte pas de mesures de redressement jugées suffisantes par la chambre régionale des comptes, qui se prononce sur ce point dans un délai de quinze jours à partir de la transmission de la nouvelle délibération, le budget est réglé et rendu exécutoire par le représentant de l'Etat dans le département. Si celui-ci s'écarte des propositions formulées par la chambre régionale des comptes, il assortit sa décision d'une motivation explicite. »

[1000] Question écrite n° 05621 : « Mme Danielle Bidard-Reydet attire l'attention de M. le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant les mesures fiscales destinées à inciter les investissements destinés à économiser l'énergie ou à mettre en valeur les énergies renouvelables. Actuellement, la valeur locative de la taxe professionnelle concernant les installations destinées à économiser l'énergie ou à mettre en valeur les énergies renouvelables est réduite automatiquement de 50 %. La collectivité peut décider de porter cette réduction à 100 %. Mais cette réduction, à la seule charge des collectivités territoriales, n'est pas compensée par l'Etat. En fonction du principe de la libre administration des collectivités locales, ne serait-il pas plus juste de laisser le choix aux collectivités concernées de réduire ou non cette valeur locative ? Celles qui opteraient pour une réduction devraient également pouvoir choisir le taux de cette dernière. Elle lui demande donc de prendre les mesures nécessaires, notamment en modifiant le code général des impôts, pour que les collectivités et leurs

leur libre administration et le fait de leur laisser le choix peut n'être destiné qu'à connaître un succès limité en l'absence de compensation. Tel est d'ailleurs l'argument utilisé par le ministre[1001] afin de justifier l'absence de choix laissé aux collectivités territoriales s'agissant de la réduction obligatoire de la valeur locative des installations destinées à économiser l'énergie qui sont éligibles à l'amortissement exceptionnel prévu par l'article 39 AB du CGI. Il indique qu'en « permettant un amortissement accéléré de ces biens, l'Etat subit une perte de recettes fiscales liée à la minoration d'impôt sur les sociétés qui en résulte. Il semble pertinent d'associer également les collectivités locales à cet effort. N'appliquer cette mesure d'allégement des impôts directs locaux que sur délibération pourrait conduire beaucoup de collectivités locales, notamment celles disposant d'un potentiel fiscal peu élevé, à ne pas appliquer cette réduction de base d'imposition ou, tout au moins, à limiter sensiblement le niveau de l'exonération accordée, ce qui conduirait à réduire l'efficacité du dispositif actuel en faveur de la protection de l'environnement ».

549. Par conséquent, si les collectivités territoriales désirent voter une exonération ou une réduction d'impôt prévue par le code général des impôts, elles doivent prévoir des recettes supplémentaires venant compenser les pertes. Or, il est nécessaire de rechercher où trouver les ressources qui vont venir équilibrer ce manque à gagner pour les collectivités territoriales ? Il semble difficile d'envisager une augmentation proportionnelle du montant de la taxe foncière sur les propriétés bâties pour les constructions neuves n'ayant pas un niveau élevé de performance énergétique dans la mesure où ces constructions respectent le niveau de performance énergétique exigé par la loi. Une manière d'équilibrer le budget de la commune sur ce point pourrait être de compenser cette exonération par des économies réalisées par la collectivité sur sa propre consommation énergétique. Toutefois, cela ne saurait probablement être suffisant. Une politique plus globale sur le territoire d'une même commune ou d'une même intercommunalité pourrait être une solution pertinente. Une commune souhaitant s'engager dans la protection des ressources énergétiques pourrait, autant que faire se peut, agir en faveur de l'implantation d'éoliennes ce qui lui permettrait de compenser les exonérations

habitants puissent décider des moyens qu'elles doivent mettre en oeuvre pour favoriser l'économie d'énergie et les énergies renouvelables. »

[1001] Réponse publiée dans le JO Sénat du 22/05/2003 - page 1681

de l'article 1383-0 B bis du CGI par la l'imposition forfaitaires sur les entreprises de réseaux afférente aux éoliennes terrestres[1002].

550. Le premier constat s'imposant est celui de l'absence de préoccupations relatives à l'impact de la fiscalité locale sur la promotion de la politique de protection des ressources. En effet, les quelques rapports ayant envisagé l'utilisation de la fiscalité afin d'agir sur la protection des ressources ne mentionnent que des évolutions de la seule fiscalité nationale. A titre d'exemple, dans son rapport d'information sur la politique de soutien au développement des énergies renouvelables, Monsieur le député Serge Poignant préconisait de « renforcer les instruments fiscaux de soutien aux énergies renouvelables »[1003] ne mentionnant alors que des instruments fiscaux nationaux. Les collectivités territoriales semblaient, une fois encore, être oubliées. Par ailleurs, il apparaît que contrairement à ce que laissait entendre l'annexe de la loi POPE, le rôle des collectivités territoriales sur la protection des ressources énergétiques par le biais de la fiscalité locale semble être destiné à rester relativement circonscrit.

§2 : La double limite à la mise en œuvre de la politique de protection des ressources énergétiques par les collectivités territoriales au moyen de la fiscalité

551. Si la fiscalité semble a priori être un moyen efficace pour les collectivités territoriales de mettre en œuvre la politique de protection des ressources énergétiques, il apparaît au terme de l'examen des possibilités qu'elle leur offre réellement que cette efficacité est quelque peu relative. Tout d'abord, se pose un problème de compétence en ce sens que seul l'Etat peut créer de nouvelles impositions (A). Sur le fond, ensuite, la fiscalité ne produit que des effets limités sur la politique de protection des ressources (B).

A- L'incompétence des collectivités territoriales pour créer de nouveaux impôts

552. Bien que la libre administration des collectivités territoriales énoncée à l'article 72 de la Constitution semble supposer l'existence d'un véritable pouvoir fiscal et budgétaire

[1002] Les impositions forfaitaires sur les entreprises de réseaux ont été créées par la loi n° 2009-1673 de finances pour 2010.

local, les collectivités territoriales n'ont, en la matière, qu'un pouvoir limité. En effet, en vertu de l'article 34 de la Constitution, selon lequel la loi fixe les règles concernant « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures », le législateur est seul compétent pour décider de la création, de la modification ou de la suppression d'un impôt. En outre, les collectivités territoriales ne gèrent pas l'impôt local en ce sens que ce sont les services fiscaux de l'Etat qui se chargent de l'assiette et du recouvrement de l'impôt.

Il apparaît ainsi que le pouvoir fiscal des collectivités territoriales se limite à la mise en œuvre des impôts locaux autorisés par la loi et au vote de leurs taux dans le cadre des limites fixées par le législateur. Ainsi que le remarque Pierre Mouzet, au sujet de la liberté fiscale des collectivités territoriale : « La seule liberté fiscale réelle, depuis 1981, est celle du vote de leurs taux, que la loi n°80-10 du 10 janvier 1980 modifiée n'a consacrée qu'en l'encadrant rigoureusement. »[1004] Cette situation ne semble pas destinée à évoluer dans le sens du renforcement du pouvoir fiscal des collectivités territoriales. Michel Bouvier et Jean-Pierre Lassale ainsi que Marie-Christine Esclassam écrivent à propos des collectivités territoriales que « l'observation des réformes menées en matière de fiscalité locale met en évidence que celles-ci ne cherchent pas, face à la complexification du milieu local, à instituer un réseau diversifié de lieux et de procédures de contrôle ; ces réformes vont au contraire dans le sens d'une régulation par le haut, d'un contrôle central visant à programmer dans le temps les finances locales. »[1005] Les auteurs considèrent qu' « une telle évolution qui, en limitant l'autonomie fiscale locale, restreint la variété des ressources autonomes de financement rend les collectivités locales nécessairement dépendantes des stratégies de leur principal bailleur de fonds que devient l'Etat et aboutit à renforcer la capacité de régulation de celui-ci, qui pourrait redevenir l'organe supérieur de contrôle qu'il était autrefois. »[1006]

553. La fiscalité énergétique locale peut-elle être considérée comme un instrument permettant d'agir sur la protection des ressources énergétiques ? Cela semble difficilement envisageable dans la mesure où il s'agit de la combinaison de deux domaines dans lesquels s'exerce la souveraineté de l'Etat. La marge de manœuvre dont disposent les collectivités

---

[1003] S. POIGNANT, Rapport d'information sur la politique de soutien au développement des énergies renouvelables, n° 1153, 2003, p. 61
[1004] P. MOUZET, *Finances locales*, Paris, Gualino Editeur, 2003, p. 21
[1005] M. BOUVIER, M.-C. ESCLASSAM et J.-P. LASSALE, *Finances publiques*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 713

territoriales pour promouvoir la maîtrise de la demande d'énergie par le biais de la fiscalité locale, bien qu'elle soit encouragée par le législateur dans l'annexe de la loi POPE du 13 juillet 2005, semble pour le moins réduite. Elle est d'ailleurs bien souvent ignorée des différentes études ou rapports consacrés à la fiscalité énergétique.

554. Par ailleurs, les mesures existant d'ores et déjà en matière énergétique n'ont eu qu'un impact limité. Dès lors, la question se pose du bien fondé de l'utilisation de la fiscalité à des fins de protection des ressources énergétiques.

B- Les effets encore limités de la fiscalité sur la politique de protection des ressources

555. « Les taxes sur l'énergie et sur les transports n'ont pas été conçues dans une finalité environnementale mais pour assurer des recettes budgétaires importantes, stables et faciles à recouvrer »[1007]. Ce constat n'est pas surprenant dans la mesure où l'objectif premier de la fiscalité n'est pas d'inciter les contribuables à adopter un comportement donné mais de permettre aux pouvoirs publics de disposer des moyens financiers nécessaires à la mise en place de leur politique publique. D'ailleurs, et il s'agit là de la première question qui peut être posée au législateur souhaitant utiliser la fiscalité à des fins autres que la recherche de financements, les mesures fiscales poursuivant des objectifs environnementaux ne perdent-elles pas de vue l'impératif de nécessité de l'impôt ? Il est évident, comme le remarque Bernard Castagnède, qu'une « telle approche de la législation fiscale ne favoriserait pas, il est vrai, la mise en place d'une fiscalité écologique, du moins dans la conception qui la destine principalement à un objet de protection de l'environnement, même si de « seconds dividendes » peuvent être envisagés. »[1008] Malgré cela, l'auteur remarque que « le contrôle de cohérence d'une taxe qui, visant clairement au financement de charges publiques, serait assise sur les consommations d'énergie, laisserait à l'œuvre du législateur de meilleures chances de pérennité que lorsque celui-ci doit justifier un dispositif où la taxation de l'énergie s'insère

---

[1006] Ibidem.
[1007] Op. Cit. p. 35
[1008] B. CASTAGNEDE, « Le contrôle constitutionnel d'égalité fiscale », *LPA*, 01 mai 2001 n° 86, p. ?

dans le cadre général d'une fiscalité tendant à lutter contre « l'effet de serre ». »[1009] Il ressort de ces premières considérations qu'a priori, la fiscalité n'est pas le moyen le plus efficace de mettre en œuvre une politique publique, même si elle peut, dans une certaine mesure, y contribuer.

En effet, si d'une manière générale, le prix élevé de l'énergie n'est pas le seul facteur à avoir conduit à la réalisation d'économies d'énergie et à la recherche de la consommation d'énergies alternatives[1010], il y a fortement contribué.

Malgré cela, comme l'écrit dans son rapport sur la fiscalité et l'environnement le Conseil des impôts, « La situation peut être considérée comme paradoxale : les effets environnementaux les plus importants sont le fait d'impôts, de taxes ou de redevances pour services rendus, créés bien avant l'émergence des politiques publiques en faveur de l'environnement ; les mesures fiscales inspirées directement de préoccupations environnementales n'ont qu'un effet limité, qu'il s'agisse des diverses composantes de la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP) ou des mesures fiscales dérogatoires. »[1011]

556. Taxer la consommation énergétique de façon à inciter les contribuables à limiter leur consommation d'énergie semble ainsi n'avoir qu'un effet limité. Il apparaît que les hausses des prix de l'énergie, si elles ont pour effet de conduire les consommateurs à réduire leur consommation, ne les conduiront pas à modifier leur comportement de façon substantielle dans la mesure où le potentiel de limitation des consommations est encore relativement faible. Par conséquent, des hausses des prix imputables à une taxation plus forte ne permettraient pas de réduire de manière significative la consommation d'énergie. Toutefois, le caractère limité des effets d'une mesure doit-il conduire à y renoncer ? Pas en l'occurrence, nous semble-t-il. La recherche en matière de performance énergétique ne cesse de progresser, et il est certain que ces progrès, combinés à une taxation pourraient augmenter les effets d'une telle politique fiscale. Cela étant, force est de constater que la seule fiscalité énergétique ne saurait suffire à atteindre l'objectif de maîtrise de la demande d'énergie.

[1009] Ibidem.

[1010] L'impératif de sécurité d'approvisionnement ainsi que la volonté de protection de l'environnement ont également contribué à modifier le comportement des différents acteurs intervenant dans le secteur énergétique ainsi que celui des consommateurs.

[1011] Conseil des impôts, Rapport au Président de la République, 2005, Fiscalité et environnement, p. 13

557. Par ailleurs, l'alternative offerte aux consommateurs selon laquelle ils seront moins taxés s'ils utilisent des énergies renouvelables n'est pas nécessairement incitative. En effet, le coût de l'énergie d'origine renouvelable étant supérieur à celui de l'électricité d'origine nucléaire, opter pour la consommation d'énergie d'origine renouvelable, alors même que celle-ci serait moins taxée, ne permet pas encore au consommateur de réaliser de manière certaine une économie importante. Toutefois, plus les énergies d'origine renouvelables seront consommées et donc produites, plus leur prix baissera. A long terme, et à condition de promouvoir activement leur développement, les consommateurs auront un véritable choix. C'est alors que l'alternative proposée aura tout son sens. En attendant, les avantages fiscaux dont bénéficieraient les consommateurs d'énergie d'origine renouvelables doivent être particulièrement incitatifs. Il apparaît que le seul moyen, pour une collectivité territoriale de prendre des mesures fiscales avantageuses, c'est à dire baisser le taux d'imposition des consommateurs les plus raisonnables, est d'augmenter celui des consommateurs n'ayant pas modifié leur comportement. Or, les mesures visant à augmenter les impôts sont loin d'être populaires. En outre, si certains consommateurs ne consomment pas d'énergies d'origine renouvelable ou ne font pas les travaux d'isolation nécessaires pour réaliser des économies d'énergie, la cause n'est pas systématiquement à rechercher dans un manque de volonté. Il s'agit de travaux qui, même s'ils s'avèrent rentables à long terme, sont relativement coûteux. Enfin, le choix et la réduction de taxe d'habitation si elle profite aux propriétaires de biens immobiliers ne pourra profiter aux locataires qui n'ont pas la possibilité d'effectuer de tels travaux.

558. Par conséquent, c'est toute une philosophie de la taxation énergétique qui doit être repensée à des fins de protection des ressources. Toutefois, il est essentiel de ne pas perdre de vue le fait que comme le note Philippe Billet s'agissant de la fiscalité environnementale, « une fiscalité réellement efficace n'existant pas, la régulation du comportement des acteurs économiques ne peut passer que par l'association de tous les outils existants, réglementation, convention, subvention et fiscalité, les avantages des uns permettant de compenser les inconvénients des autres. »[1012] Il apparaît ainsi que les collectivités territoriales peuvent aider financièrement leurs administrés. Toutefois, l'aide financière ne

[1012] Ph. BILLET, « De l'efficacité relative à la fiscalité environnementale. A propos du rapport 2005 du Conseil des impôts : Fiscalité et environnement », *Environnement*, Octobre 2005, p. 22

saurait être la seule aide apportée : celle-ci peut également se traduire par une action de conseil.

Section 3 : L'aide aux particuliers

559. Un autre moyen d'agir indirectement sur la politique de protection des ressources énergétiques consiste en une aide fournie aux consommateurs finals.

Elle peut se décliner de deux façons : fournir un conseil, délivrer une information (§1) ou subventionner des projets destinés à avoir un impact sur la protection des ressources (§2).

§1 : Une intervention des collectivités territoriales en matière de conseil et d'information

560. Afin d'agir sur la protection des ressources, les collectivités territoriales peuvent intervenir en matière de conseil et d'information auprès de leurs administrés (A). Cependant, force est de constater que le conseil et l'information ainsi délivrés n'émanent pas d'elles, à proprement parler (B).

A- La réalité d'une information et d'un conseil locaux

561. Parce que la compétence des collectivités territoriales en la matière est justifiée du fait de leur proximité avec leurs administrés, elles sont fondées à intervenir en la matière (1) et s'appuient, pour ce faire, sur différentes structures créées spécialement à cette fin (2).

1) Une proximité justifiant une telle compétence

562. Les communes ou leurs groupements, ainsi que les départements, parce qu'ils sont proches des administrés-consommateurs ont un rôle à jouer en ce domaine. Comme le remarque Joseph Puig, « les consommations énergétiques globales d'un territoire résultent essentiellement des consommations individuelles qui sont le fait d'une grande quantité de

décisions isolées, privées et publiques. »[1013] Par conséquent, le conseil aux consommateurs finals s'inscrit parfaitement dans le cadre des missions incombant aux collectivités territoriales en matière de protection des ressources énergétiques. Bien que cette mission ne soit expressément prévue dans aucun texte, elle s'inscrit naturellement dans une démarche de rationalisation de la consommation et de développement des énergies d'origine renouvelable.

563. Dès 1984, Yves Durrieu[1014], énonce ce que pourraient être, à l'avenir, les missions des différentes collectivités locales dans le secteur énergétique. Il envisage, notamment, pour la commune, une mission de conseil aux particuliers et propose d'attribuer aux départements, l'information et l'organisation d'une utilisation rationnelle de l'énergie.

Les collectivités locales disposent de nombreux outils pour agir dans le domaine de l'information et du conseil en faveur de la protection des ressources. Elles peuvent faire en sorte de mieux connaître les consommations en réalisant des diagnostics, des bilans énergétiques à l'échelle de la collectivité, de mettre en place des programmes d'actions plus larges… en décidant par exemple de créer une agence locale de l'énergie, d'informer, de sensibiliser, de conseiller les particuliers, en ouvrant un espace information énergie, de réaliser une opération programmée d'amélioration thermique et énergétique des bâtiments, etc.

2) *Des points d'information et de conseil diversifiés*

564. Les collectivités territoriales interviennent à travers les agences locales de la maîtrise de l'énergie (a), des agences territoriales de l'énergie (b) et des espaces « info énergie » (c).

a- Les agences locales de maîtrise de l'énergie

565. De fait, les collectivités territoriales peuvent intervenir en matière énergétique par l'intermédiaire d'agences locales de l'énergie. Ces agences sont créées à l'initiative des collectivités territoriales, des EPCI ou d'organisations professionnelles. Elles sont financées

---

[1013] J. PUIG, « L'expérience des villes européennes », in *Les collectivités locales et l'énergie*, Paris, Imprimerie nationale, 2001, p. 54

[1014] M. BOURJOL et Ch. LE LAMER (Dir.), *Energie et décentralisation*, Paris, Economica, 1984, p. 221 et s.

par l'Union européenne[1015] et les collectivités territoriales. En générale, ces agences ont la forme d'associations « loi 1901 ».

Elles ont pour mission le conseil aux collectivités, aux entreprises et, d'une manière générale, aux différents acteurs situés sur le territoire de l'agence ainsi que l'assistance à la maîtrise d'ouvrage.

Elles sont regroupées au sein de la Fédération des Agences locales de l'énergie (FLAME), Financées par l'Europe.

b- Les agences territoriales de l'énergie et de l'environnement

566. L'action des collectivités territoriales peut également s'appuyer sur des Agences territoriales de l'énergie.

Elles sont créées et majoritairement financées par les conseils régionaux. Regroupées au niveau national au sein réseau des Agences régionales de l'énergie et de l'environnement (RARE), elles interviennent en matière de gestion de l'énergie, de valorisation des ressources naturelles et des déchets, dans une optique de développement durable. Elles sont chargées de mener des actions de sensibilisation, d'animation territoriale, d'observation et d'expérimentation, en particulier dans les domaines de l'énergie et du changement climatique, de la gestion de l'eau, des espaces naturels et du management environnemental, de l'éco-responsabilité et des approches territoriales du développement durable. Elles interviennent également dans l'aide au montage de projets, d'accompagnement de maître d'ouvrage et l'élaboration de propositions d'actions publiques.

Leur effectif global permanent est de 215 personnes, leur budget total de 18,3 millions d'euros. Leur activité concerne 66 % de la population française, soit 38,8 millions d'habitants, sur 52 % du territoire français représentant 70 % du PIB national.

c- Les espaces « info énergie »

567. Par ailleurs, les collectivités territoriales peuvent intervenir en matière de conseil à travers les « Espaces info énergie ». Nés d'une initiative de l'ADEME en 2001, ils ont pour

[1015] Depuis 1994, la Commission européenne, à travers la Direction générale Energie et Transport (TREN) soutient la création d'agences locales de la maîtrise de l'énergie dans l'ensemble de l'Union européenne.

mission de fournir des conseils aux particuliers, lesquels représentent environ 50 % de la consommation globale d'énergie en France (logements, transports).

Ces espaces, mis en place par l'ADEME en partenariat étroit avec les collectivités territoriales, ces « Espaces info énergie », le plus souvent portés par les Agences locales de l'énergie, sont répartis sur l'ensemble du territoire dans un réseau comprenant environ 160 espaces et près de 300 conseillers. Les demandes portent principalement sur le solaire, le chauffage au bois ou encore l'isolation. Au total 1.060.000 personnes ont été conseillées ou sensibilisées au cours de l'année 2005, soit une hausse de 100 % par rapport à 2004.

B- Des conseils n'émanant pas directement des collectivités territoriales

568. La principale caractéristique de ces agences est qu'elles ne sont pas des services décentralisés des collectivités territoriales. Si elles ont une implantation locale, que les collectivités territoriales y sont présentes, il ne s'agit pas d'émanations de ces dernières. On remarque que ces agences sont issues d'une collaboration entre l'Etat, les collectivités territoriales, l'ADEME et divers organismes intervenant en matière énergétique.

En matière de conseil aux particuliers, les collectivités territoriales ne jouent pas seules mais collaborent avec d'autres organismes. La raison est certainement la formation des conseillers travaillant au sein de ces divers espaces ou agences : les collectivités territoriales n'ont pas, à l'heure actuelle, les moyens humains et financiers pour assurer, seules, une telle mission. Elles ne délivrent pas directement l'information mais facilitent l'accès à celle-ci.
Toutefois, la mise en œuvre d'une telle collaboration ne saurait être critiquée. Il s'agit de délivrer une information et la diversité des acteurs intervenant ici est un gage de qualité et d'impartialité de cette information.

Le rôle des collectivités territoriales, ici, doit être de chercher à développer l'implantation de ce type de structures de conseil sur leur territoire afin de faciliter l'accès à l'information.

§2 : L'allocation de subventions.

569. Les articles 21, 22 et 23 de la loi POPE du 13 juillet 2005 qui ont respectivement pour objet de confier aux communautés de communes, communautés urbaines et communautés d'agglomération une compétence en matière de « soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie »[1016] peuvent être interprétés comme le fondement législatif à l'allocation de diverses subventions visant à encourager les actions de maîtrise de la demande d'énergie. La difficulté réside ici dans le fait de déterminer ce qu'il convient d'entendre par le terme « soutien » [1017]. Celui-ci peut prendre des formes extrêmement variées. Il est difficile de déterminer précisément ce que recouvre le terme « soutien ». Selon le dictionnaire Le petit Larousse, le terme « soutien » signifie : « Action de soutenir quelqu'un ; appui […] Action de soutenir quelque chose ; aide. » D'après le même dictionnaire, le terme soutenir signifie quant à lui « Empêcher de faiblir, procurer une aide, un confort à quelqu'un ». Ainsi, l'action de « soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie semblent parfaitement pouvoir se traduire par une aide allouée par les collectivités concernées aux particuliers souhaitant agir en ce sens.

570. Cette compétence en matière d'utilisation rationnelle de l'énergie, même si elle n'est précisément évoquée qu'à propos des communes et de leurs groupements n'est pas au nombre de leurs compétences exclusives. En effet, l'article L. 1111-2 du CGCT énonce que « Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence. /Ils concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie. »

Certaines collectivités territoriales se sont d'ores et déjà engagées dans cette voie. Ainsi, la commune de Trevoux (dans l'Ain) subventionne certains travaux ou achats des

[1016] Elle figure notamment aux articles L. 5214-16, L. 5215-20 et L. 5216-5 du CGCT
[1017] Cette disposition trouve son origine à l'occasion de la deuxième lecture du projet de loi devant le Sénat.

particuliers ayant pour objet de réduire leur consommation d'énergie ou encore de produire de l'énergie d'origine renouvelable[1018].

571. Enfin, cette compétence semble confortée par l'article L. 2224-34 du CGCT qui dispose: « Afin de répondre aux objectifs fixés au titre Ier de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée et aux objectifs fixés au titre III de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 précitée, les collectivités territoriales, les établissements publics de coopération intercommunale ou les syndicats mixtes compétents en matière de distribution publique d'énergies de réseau peuvent, de manière non discriminatoire, réaliser des actions tendant à maîtriser la demande d'énergies de réseau des consommateurs finals ou faire réaliser, dans le cadre des dispositions de l'article L. 2224-31, des actions tendant à maîtriser la demande d'énergies de réseau des consommateurs desservis en basse tension pour l'électricité ou en gaz, lorsque ces actions sont de nature à éviter ou à différer, dans de bonnes conditions économiques, l'extension ou le renforcement des réseaux publics de distribution d'énergies de réseau relevant de leur compétence. Ces actions peuvent également tendre à maîtriser la demande d'énergies de réseau des personnes en situation de précarité. »

572. Dès lors, il ne fait aucun doute que les collectivités territoriales, en particulier les communes et leurs groupements, sont parfaitement fondée à aider financièrement ceux de leurs administrés souhaitant réaliser des travaux visant à améliorer l'efficacité énergétique de leurs habitations.

[1018] A titre d'exemple, la région Languedoc-Roussillon octroi un chèque solaire de 400 euros aux propriétaires ou locataires souhaitant installer un chauffe-eau solaire ou du solaire thermique dans leur habitation.

Chapitre 2 : Des outils d'intervention directs

573. Parmi les outils dont disposent les collectivités territoriales afin de mettre en œuvre la politique de protection des ressources, certains ont sur cette dernière des répercussions directes. Il s'agit de la possibilité pour certaines collectivités territoriales de produire de l'énergie d'origine renouvelable (Section 1) et d'agir sur la maîtrise de leurs propres consommations (Section 2).

La particularité de ces outils réside dans le fait que pour agir directement sur la politique de protection des ressources, les collectivités territoriales sont amenées à parfois se comporter comme des personnes privées.

Section 1 : La production d'énergies renouvelables par les collectivités territoriales

574. La production d'énergie étant une activité industrielle et commerciale, l'intervention des collectivités territoriales dans ce domaine ne va pas de soi. Cependant, la loi autorise, depuis de nombreuses années, les collectivités territoriales à jouer un véritable rôle de productrices d'électricité (§1) rôle récemment renouvelé avec la libéralisation de la production d'énergie qui a été l'occasion de réaffirmer ce rôle en leur reconnaissant la possibilité de produire des énergies d'origine renouvelable (§2).

§ 1 : Le soutien d'une activité ancienne

575. Si la production d'énergie par les collectivités territoriales n'est pas une activité nouvelle (A) celle-ci n'a cessé d'être encouragée par le législateur à l'occasion des récentes lois intervenues en matière énergétique (B).

A- Un rôle traditionnel des collectivités territoriales : la production d'énergie

576. Les collectivités territoriales exploitaient des installations de production d'énergie avant la nationalisation. Cette dernière les a incidemment laissées hors du champ de

la nationalisation (1). Par la suite, cette exclusion du champ de la nationalisation a été confortée. Les collectivités territoriales ont ainsi vu leur rôle de productrices d'énergie constamment renforcé, témoignant ainsi du fait que l'exclusion de petites régies locales de production n'était pas qu' « accidentelle » (2).

1) Une exclusion « accidentelle » des petites installations locales de production de la nationalisation

577. Avant 1920, l'industrie électrique est véritablement déconcentrée et les contemporains n'envisagent pas de la concentrer puisque la propriété de cette énergie est de « pouvoir se disperser au loin et de pouvoir se diversifier »[1019]. Ce n'est qu'après la première Guerre Mondiale que le phénomène de concentration va se développer. La région du Sud-Ouest servira d'exemple, la guerre ayant eu pour conséquence de priver la France d'une partie de ses ressources en charbon. Cette région est ainsi rapidement devenue le centre d'une grande activité industrielle d'électrochimie et d'électrométallurgie et permis aux pouvoirs publics ainsi qu'aux industriels de réaliser les possibilités de richesse de l'industrie électrique.

A la veille de la nationalisation, la majeure partie de la production est concédée à des entreprises privées. Cette activité va toutefois faire l'objet d'un contrôle de plus en plus poussé. Ainsi, à partir de 1935, les tarifs seront contrôlés. Progressivement, la puissance moyenne des installations augmente, le développement des petites installations stagne, les plus petites d'entre elles ne peuvent résister alors que, parallèlement, on observe un développement constant des installations de taille importante. Bien que la création de régies de production ait été admise, les collectivités territoriales ne pouvaient exploiter que de petites installations. La question de leur survie au moment de la nationalisation doit, par conséquent nécessairement se poser.

Alors que cette loi aurait pu être l'occasion de supprimer la production locale, les installations de production des collectivités territoriales ont été maintenues, hors du champ de la nationalisation. La loi du 8 avril 1946 a laissé subsister un secteur non nationalisé. Son article 8 exclut de la nationalisation « 1° la production de gaz naturel ; 2° les entreprises gazières dont la production annuelle moyenne de 1942 et 1943 est inférieure à 6 millions de

---

[1019] J. EVESQUE , *La nationalisation de l'électricité*, Paris, p. 20

mètres cubes, à moins qu'elles n'aient un caractère régional ou national ou que l'entreprise ne soit en même temps nationalisée comme concessionnaire de distribution d'électricité. 3° Les entreprises de production d'électricité dont la production annuelle moyenne de 1942 et 1943 est inférieure à 12 millions de kWh. » Par conséquent, aucun sort particulier n'était alors réservé aux installations des collectivités territoriales. Seule la taille entrant en compte, si celle-ci entrait dans le champ des dérogations prévues par l'article 8, elles appartenaient au secteur libre au même titre que les petites installations privées. Ainsi, le fait que des unités de production aient été gérées par des personnes publiques locales ne semble pas avoir eu le moindre impact sur leur exclusion du champ de la nationalisation. Celle-ci semblait exclusivement due au fait que leur production annuelle moyenne pour les années 1942 et 1943 était inférieure à 6 millions de mètres cubes pour le gaz et 12 millions de kWh pour l'électricité. Toutefois, ce maintien hors du champ de la nationalisation devait, par la suite, être conforté à plusieurs reprises témoignant d'une véritable volonté de maintenir les régies de production des collectivités territoriales en dehors du secteur nationalisé.

2) Une exclusion confortée par la suite

578. Progressivement, le législateur a modifié la loi du 8 avril 1946 confortant l'exclusion des régies des collectivités territoriales du champ de la nationalisation. La loi Armengaud du 2 août 1949[1020] est la première loi à être intervenue en la matière. Son article 3 ajoute un 6° à l'article 8 de la loi du 8 avril 1946 incluant dans la catégorie des installations exclues de la nationalisation « les installations réalisées ou à réaliser sous l'autorité des collectivités locales ou des établissements publics ou de leurs groupements, en vue d'utiliser le pouvoir calorifique des résidus et déchets collectés dans les centres urbains ». Si cette disposition ne concerne pas directement la production d'électricité ou de gaz, il n'en demeure pas moins qu'elle concerne la production d'énergie – calorifique – par les collectivités locales. La brèche ouverte par la loi du 8 avril 1946 s'est donc élargie trois ans plus tard.

579. Par la suite, le législateur a poursuivi dans cette voie, accroissant constamment les possibilités d'intervention des collectivités territoriales en matière de production d'énergie. Ainsi, la loi du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la

[1020] Loi n°49-1090 du 2 août 1949, J.O. 6 août 1949, p. 7712

chaleur[1021] a complété le 6° de l'article 8 de la loi du 8 avril 1946 qui, depuis lors, énonce que sont exclues du champ de la nationalisation « 6° les installations réalisées ou à réaliser sous l'autorité des collectivités locales ou des établissements publics ou de leurs groupements, en vue d'utiliser le pouvoir calorifique des résidus et déchets collectés dans les centres urbains ou en vue d'alimenter un réseau de chaleur. Dans ce dernier cas, la puissance de ces installations doit être en rapport avec la taille du réseau existant ou à créer. L'initiative de la création de ces installations revient aux collectivités locales intéressées. Ces installations doivent être gérées par les collectivités locales selon les diverses modalités définies par le code des communes. Toutefois, toute installation de production nucléaire, à l'exception des installations propres au commissariat à l'énergie atomique et à ses filiales ne pourra être gérée que par Electricité de France ou une filiale de cet établissement. » Le législateur prévoit ainsi de réserver aux collectivités territoriales la production d'énergie calorifique issue des résidus et déchets.

580. Poursuivant cette même logique de reconnaître aux collectivités territoriales une compétence s'agissant de la production d'énergie, le législateur, toujours dans la loi relative aux économies d'énergie et à l'utilisation rationnelle de la chaleur a inséré un 7° à l'article 8 de la loi du 8 avril 1946 excluant en outre du champ de la nationalisation « les aménagements de production d'électricité exploités, directement ou par le truchement d'organismes dans lesquels ils ont des participations, par tout département, groupement de communes ou commune utilisant l'énergie hydraulique des cours d'eau traversant leur territoire, lorsque la puissance installée des appareils de production n'excède pas 8 000 kVA (puissance maximale des machines tournantes susceptibles de marcher simultanément). »

Ces dispositions semblent alors dresser les contours de la compétence des collectivités territoriales s'agissant de la production d'énergie. Il en ressort que le sort particulier qu'a réservé le législateur aux installations de production des collectivités territoriales vise clairement à favoriser la production par ces dernières d'une énergie particulière : l'énergie d'origine renouvelable. C'est à ce titre que des régies de production trouvent leur place à côté d'entreprises nationalisées. Le législateur semble alors compter sur les collectivités territoriales pour développer une telle production.

[1021] Loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur.

Dès lors, il apparaît que les énergies renouvelables sont le cheval de Troie des collectivités territoriales pour légitimer leur interventionnisme en matière de production d'énergie. En effet, malgré l'intérêt des collectivités territoriales pour le secteur énergétique, Jean-Marie Pontier remarque, en 1984, que les régies locales de production de gaz et d'électricité ne soulèvent pas « auprès des pouvoirs publics, ni d'ailleurs auprès des élus, et encore moins des citoyens, d'intérêt passionné. Faut-il en conclure, d'ores et déjà, que la production d'énergie par les collectivités locales est une question sans intérêt parce que largement dépassée ? »[1022] Si la production locale de gaz est nécessairement une question relativement marginale, le désintérêt pour la production d'électricité est, quant à lui, plus surprenant. En effet, lors des discussions relatives à la loi de nationalisation[1023], les représentants des collectivités territoriales se montrent attachés à la conservation de leurs compétences en la matière. Il ressort du constat de Jean-Marie Pontier que les préoccupations des élus locaux concernaient avant tout la distribution d'énergie qui est encore un véritable service public local. Ainsi, dans un premier temps, les collectivités territoriales ont semblé se désintéresser de la possibilité qui leur était offerte de produire de l'énergie.

581. Alors que l'interventionnisme des collectivités territoriales en matière de production d'énergie semblait stagner, c'est, une fois encore, par le biais des énergies renouvelables que les collectivités territoriales se voient reconnaître de nouvelles compétences en matière de production.

B- Une activité renouvelée : la production d'énergie d'origine renouvelable par les collectivités territoriales

582. L'ouverture de l'activité de production d'énergie à la concurrence a favorisé l'action des collectivités territoriales en matière de production d'énergies et, en particulier, d'énergies renouvelables. Plusieurs articles de la loi du 10 février 2000 ont ainsi reconnu dans son principe, la production d'énergie par les collectivités territoriales (1), qu'elles

---

[1022] J.-M. PONTIER, « Les régies locales d'électricité et de gaz : de minimis ? », in *Mélanges Pequignot*, Tome 2, Paris, CERAM, 1984, p. 580

[1023] Voir à ce sujet, l'article de J.-C. BONAITI, « La décentralisation dans la loi de 1946 : du compromis introuvable à l'accommodement implicite », in *La nationalisation de l'électricité en France, nécessité technique ou logique politique, Association pour l'histoire de l'électricité*, Paris, PUF, 1996, p. 177 et S.

interviennent en tant que telles, en tant qu'autorités concédantes ou en tant que distributeurs non nationalisés (2).

1) L'admission d'une production d'énergie par les collectivités territoriales

583. Dans l'exposé des motifs de la loi du 10 février 2000, le Premier ministre admet que « compte tenu des évolutions du cadre législatif, il est […] nécessaire d'actualiser les possibilités d'intervention des communes dans le domaine de la production d'électricité. » L'article 11 de cette loi reconnaît clairement la possibilité pour les collectivités territoriales de produire de l'énergie. Une telle possibilité s'inscrit toutefois dans un cadre très précis : celui de la promotion des énergies renouvelables[1024] et ne les oblige en aucune manière ni ne les incite réellement à prendre en charge une telle activité. En effet, une fois encore, les dispositions législatives ne sont que permissives. Le législateur, ne semble pas particulièrement les inciter à intervenir sur un tel marché. Il se situe ainsi davantage dans une démarche de soutien de la production d'énergie par les collectivités territoriales que dans une logique d'encouragement. Une telle attitude apparaîtrait en contradiction avec le principe de la liberté du commerce et de l'industrie subordonnant la prise en charge d'une activité économique par des personnes publiques à de strictes conditions[1025]. Toutefois, et malgré l'ancrage de ce principe dans le droit français, le législateur a décidé de permettre une production d'électricité d'origine renouvelable sans limitation de puissance semblant traduire sa volonté de rompre définitivement avec la conception ancienne de cette liberté. Alors que cette dernière consistait traditionnellement à l'entendre comme un principe excluant par principe les personnes publiques du secteur de la concurrence le législateur a choisi, ici, de les considérer comme de véritables concurrents des personnes privées et d'encadrer leur présence

---

[1024] Voir §2.

[1025] CE 31 mai 2006, n° 275531, Ordre des avocats au barreau de Paris : « Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ».

sur un marché. Il semble ainsi avoir pris toute la mesure de la jurisprudence administrative relative à cette question voire anticipé le comportement du juge administratif qui, quelques mois plus tard rendait son avis « Société Jean-Louis Bernard consultants »[1026] et consacrait le passage d'une interprétation de la liberté du commerce et de l'industrie jusqu'alors largement entendue comme empêchant un interventionnisme des personnes publiques dans un secteur industriel et commercial à un interventionnisme. Certes, l'immixtion des personnes publiques dans le domaine industriel et commercial énergétique n'est pas nouvelle mais le renforcement d'une telle pratique traduit une appréhension relativement inédite des rôles des personnes publiques et, en particulier, des collectivités territoriales sur un marché ouvert à la concurrence.

584. L'ouverture de la production d'énergie à la concurrence profite ainsi aux collectivités publiques comme aux concurrents « privés » d'EDF et de GDF-Suez. Une nouvelle acception de la liberté du commerce et de l'industrie est désormais entendue dans le secteur énergétique.

Il ressort de la jurisprudence administrative[1027] que « la liberté du commerce prend la forme d'une obligation 'd'égale concurrence' »[1028]. Son interprétation a ainsi été profondément assouplie au regard de ce qu'elle était dans la première moitié du XXème siècle, c'est selon lui, « sans doute ce qui a conduit le juge constitutionnel à refuser d'ériger la liberté du commerce et de l'industrie en principe à valeur constitutionnelle. »[1029]

L'hypothèse dans laquelle nous nous trouvons ici est celle de la décision du Conseil d'Etat Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers dans la mesure où dans les deux cas, il est question de la prise en charge par une collectivité territoriale d'une activité n'étant pas, a priori, qualifiable de service public, dans un secteur concurrentiel. « Au delà de la particularité de l'objet de certains services, les collectivités publiques peuvent encore directement concurrencer les personnes privées à deux titres. Elles ont toujours pu produire pour elles-mêmes les prestations dont elles ont besoin, sans recourir au marché (au sens économique) ni passer de marché (au sens juridique). »[1030] Or, il apparaît que la production

---

[1026] CE Avis, n° 222208 du 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants.
[1027] A titre d'exemple peut être cité l'arrêt du Conseil d'Etat (assemblée) du 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *AJDA*, 2006, p. 1592
[1028] B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004, p. 145
[1029] Ibid.
[1030] GAJA, 2009, n°43 p. 265, Note sous chambre syndicale du commerce en détail de Nevers.

d'électricité par les collectivités territoriales leur permet de s'alimenter en électricité. En tout état de cause, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne s'imposant pas au législateur, il lui est possible de permettre aux collectivités territoriales d'intervenir sur un marché concurrentiel et ce, d'autant plus qu'il n'affranchit pas les collectivités territoriales des obligations liées au respect des règles de concurrence et encadre d'une manière relativement stricte l'exercice d'une telle activité.

585. La production d'énergie par les collectivités territoriales semble constituer une véritable particularité au sein des différentes activités industrielles et commerciales. En effet, celle-ci n'a pas été entravée malgré des logiques n'allant jamais dans le sens d'une protection de ce rôle. Tout d'abord, alors que la production d'électricité et de gaz faisait l'objet d'une nationalisation, subsistaient hors du champ de celle-ci, les petites unités de production des collectivités territoriales[1031]. Elles se situaient alors déjà dans une situation particulière au regard de l'organisation générale du marché. Avec la libéralisation du secteur, la logique est totalement différente. Toutefois, ce mécanisme n'est pas, a priori, favorable à la prise en charge d'activités par des personnes publiques sur un marché ouvert à la concurrence.

La loi du 10 février 2000 aurait été l'occasion idoine pour « amplifier un débat constitutionnel pourtant très actuel sur la portée du principe de libre administration des collectivités territoriales » [1032] mais le Conseil constitutionnel n'ayant pas été saisi, les diverses questions susceptibles d'être posées s'agissant de l'interventionnisme local dans un secteur économique et commercial aussi particulier que celui de l'énergie n'ont pas été abordées. La situation se prêtait toutefois à une telle intervention du juge constitutionnel dans la mesure où en renforçant la possibilité de production d'électricité par les collectivités territoriales, le législateur reconnaît expressément à des personnes publiques la possibilité de venir concurrencer l'initiative privée. La situation est très différente de ce qu'elle est en matière de distribution d'électricité et de gaz dans la mesure où s'agissant de cette dernière activité, la compétence de la commune, même si elle a été profondément affaiblie [1033], n'a jamais été remise en cause par les textes. Ainsi, en matière de distribution,

---

Voir CE section 27 juin 1930, Bourrageas et Moullot, rec. p. 659 et, plus récemment, CE 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531.

[1031] Cf. 2 de ce sous-paragraphe.

[1032] H. COURIVAUD, « Les collectivités locales confrontées à la libéralisation des activités de réseaux électriques : convergences et divergences d'approches entre la France et l'Allemagne », précité, p. 414

[1033] A la suite de la nationalisation de 1946, voir 1ère partie.

l'interventionnisme des collectivités territoriales peut paraître justifié puisque l'activité de distribution est, dans son ensemble, un service public. Or, tel n'est pas le cas s'agissant de la production qui n'est plus intrinsèquement une activité de service public mais n'en sera un qu'à la condition qu'un lien avec la personne publique soit identifié.

En effet, dans la mesure où la loi ne se prononce pas clairement sur ce point il est nécessaire, afin de déterminer si la production d'électricité est toujours par elle-même une mission de service public, de s'intéresser aux critères d'identification de celui-ci.

586. Si l'intérêt général semble être toujours présent, le second élément – le lien avec une personne publique – ne l'est pas, quant à lui, nécessairement. La condition pour produire de l'énergie est désormais l'obtention d'une autorisation[1034] qui ne saurait en aucun cas, être considérée comme étant l'expression de la présence d'une personne publique dans la gestion de l'activité. Une telle exigence semble faire entrer la production d'énergie dans le cadre des professions réglementées, pas des activités de service public. Comme l'indique Mme Chavrier, « on ne trouve ni contrôle du fonctionnement de l'entreprise dans son ensemble, ni l'exercice de prérogatives de puissance publique[1035] »[1036]. En tout état de cause, les indices permettant d'identifier le service public semblent absents des caractéristiques de l'activité de production d'électricité. Nous ne pouvons par conséquent, qu'adhérer aux propos de Géraldine Chavrier selon lesquels « il ne semble pas exister de façon générale un service public de la production »[1037]. Elle ajoute en outre que la loi du 10 février 2000 énonce simplement que « le service public de l'électricité a pour objet l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national, dans le respect de l'intérêt général »[1038]. Or, elle constate qu'en « visant l'approvisionnement la loi évite de faire référence à la production ». Selon elle, cet approvisionnement « ne passe pas par la seule production nationale mais aussi par l'achat transfrontalier de l'électricité. Surtout, les producteurs privés étant plus largement amenés à produire de l'électricité dans un but strictement commercial, la production ne semble plus constituer elle-même le service public »[1039]. En effet, dès lors que

---

[1034] Ou, à titre plus exceptionnel, la non-opposition à une déclaration.
[1035] Ce dernier critère n'est plus nécessaire depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 février 2007 APREI, n°264541
[1036] G. CHAVRIER, « Le service public de l'électricité est-il menacé ? », *précité*, p. 11
[1037] Ibid.
[1038] G. CHAVRIER, « Le service public de l'électricité est-il menacé ? », *précité*, p. 11
[1039] Ibid.

la finalité d'une activité est la satisfaction d'un intérêt autre que l'intérêt général, celle-ci ne pourra être qualifiée de service public[1040].

Allant dans le même sens, Jean-François Auby, énonce, au sujet des activités de production que, « Dans un contexte libéralisé, la production est une activité privée concurrentielle. Les dispositifs de production locale prévus par la loi s'intègrent dans les objectifs de caractère national liés à l'environnement. Sont-elles pour autant des activités de service public ? La réponse est ici, sans doute négative. Les installations de production ne fonctionnent pas comme des services publics et n'auront pas, vis-à-vis de leurs usagers, le caractère qui s'y attache. »[1041]

587. Toutefois, dès lors que la production d'énergie est assurée par une collectivité territoriale, elle revêt sans aucun doute les caractéristiques d'un service public dans la mesure où elle est assurée afin de satisfaire l'intérêt général et qu'elle est prise en charge par une personne publique. C'est d'ailleurs parce qu'elle est qualifiée de service public que l'intervention des personnes publiques est justifiée[1042]. Cependant, afin de ne pas troubler le jeu de la concurrence, la production d'énergie par les collectivités territoriales sera strictement encadrée, y compris lorsqu'elles n'interviennent pas en tant que telles.

2) Les modalités d'intervention des collectivités territoriales en matière de production d'énergie

588. En matière de production, les collectivités territoriales peuvent intervenir directement, en tant que telles (a) ou indirectement, en tant qu'autorités concédantes (b) ou distributeurs non nationalisés (c).

a- La production par les collectivités territoriales elles-mêmes :

589. L'article 11 de la loi du 10 février 2000 a inséré un article L. 2224-32 au CGCT modifié par la loi POPE du 13 juillet 2005 qui dispose : « Sous réserve de l'autorisation prévue à l'article 7 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée et dans la mesure où

[1040] Pour un exemple, voir l'arrêt, CE Sect. 27 octobre 1999, Rollin, n° 171169
[1041] J.-F. AUBY, « Les collectivités territoriales et le nouveau droit de l'énergie », DA, décembre 2003, p. 15
[1042] Voir chapitre Ier di titre I de la première partie.

l'électricité produite n'est pas destinée à l'alimentation de clients éligibles, les communes, sur leur territoire, et les établissements publics de coopération, sur le territoire des communes qui en sont membres, peuvent, outre les possibilités ouvertes par les douzième et treizième alinéas de l'article 8 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, aménager et exploiter dans les conditions prévues par le présent code toute nouvelle installation hydroélectrique d'une puissance maximale de 8 000 kVA (puissance maximale des machines électrogènes susceptibles de fonctionner simultanément), toute nouvelle installation utilisant les autres énergies renouvelables, toute nouvelle installation de valorisation énergétique des déchets ménagers ou assimilés mentionnés aux articles L. 2224-13 et L. 2224-14, ou toute nouvelle installation de cogénération ou de récupération d'énergie provenant d'installations visant l'alimentation d'un réseau de chaleur dans les conditions fixées par le dixième alinéa (6°) de l'article 8 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée lorsque ces nouvelles installations se traduisent par une économie d'énergie et une réduction des pollutions atmosphériques. » Désormais, les communes ou leurs groupements peuvent exploiter des installations de production d'électricité utilisant des énergies renouvelables. Les collectivités territoriales deviennent ainsi de véritables productrices d'énergie. Cet article a pour effet de ne pas limiter les velléités de production des collectivités territoriales tout en permettant d'encourager le développement d'énergie d'origine renouvelable.

A priori, les dispositions du CGCT permettent aux communes et à leurs groupements d'exploiter ces installations par le biais de régies dans la mesure où l'article L. 2224-32 du CGCT figure dans le chapitre IV intitulé services publics industriels et commerciaux du titre II relatif aux services communaux. Or, l'article L.2221-1 du CGCT permet aux communes d'exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial. La création de régies semble donc parfaitement possible pour une telle exploitation. Il sera alors nécessaire de déterminer le type de régie créé. Toutefois, la régie n'est pas le seul moyen, pour une collectivité territoriale de gérer un tel service. Dans son rapport relatif à la loi du 10 février 2000 (sénat), le Sénateur Henri Révol précise que par « conditions prévues par le présent code », il convient d'entendre « soit directement par elles-mêmes, soit par l'intermédiaire d'un tiers »[1043], ce second cas de figure recouvrant la délégation de service public.

[1043] Rapport Révol, précité.

590. Le champ d'action de collectivités territoriales en matière de production est d'autant plus étendu que celles-ci peuvent également intervenir en tant qu'autorités concédantes du service public de la distribution d'énergie.

b- La production d'énergie par les autorités concédantes

591. L'article 11 de la loi du 10 février 2000 a également ajouté un article L. 2224-33 au code général des collectivités territoriales qui dispose : « Dans le cadre de la distribution publique d'électricité, et sous réserve de l'autorisation prévue à l'article 7 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée, les autorités concédantes de la distribution d'électricité visées au I de l'article L. 2224-31 peuvent aménager, exploiter directement ou faire exploiter par leur concessionnaire de la distribution d'électricité toute installation de production d'électricité de proximité d'une puissance inférieure à un seuil fixé par décret[1044], lorsque cette installation est de nature à éviter, dans de bonnes conditions économiques, de qualité, de sécurité et de sûreté de l'alimentation électrique, l'extension ou le renforcement des réseaux publics de distribution d'électricité relevant de leur compétence. » Si la reconnaissance de la possibilité pour les autorités concédantes d'aménager et d'exploiter des installations de production d'électricité ne pose, en soi aucun problème de compréhension, la difficulté vient de ce que ces installations doivent être des « installations de production de proximité ». Or, ce terme n'a pas été défini par la loi du 10 février 2000 et si Xavier Matharan reconnaît que l'on peut « voir émerger de nombreuses réflexions autour du concept de 'production de proximité' afin de permettre aux collectivités publiques de diversifier leurs sources d'énergies »[1045], lui non plus ne définit pas ce concept. Il ressort du rapport Révol qu'il convient d'entendre les installations de production de proximité comme des installations de production décentralisée[1046], de petite taille, leur puissance devant être inférieures à un seuil fixé par décret. Aucune précision supplémentaire n'a été apportée sur cette terminologie.

[1044] Ce seuil a été fixé à 1 mégawatt par le décret n°2004-46 du 6 janvier 2004 fixant le seuil mentionné à l'article L. 2224-33 du code général des collectivités territoriales. Par exception, il a été fixé à 2 mégawatts en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à la Réunion et à Saint-Pierre-et-Miquelon.

[1045] X. MATHARRAN, "Les collectivités et le service public de l'électricité », Paris, Editions Techniques, 2004, p. 42

[1046] Rapport n° 502, Projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, de M. le Sénateur Henri REVOL.

592. Enfin, les collectivités territoriales peuvent également intervenir en matière de production d'énergie à travers leur rôle de distributeur non nationalisé.

c- La production par les distributeurs non nationalisés

593. L'article 11 II de la loi du 10 février 2000 dispose : « Sous réserve de l'autorisation prévue à l'article 7 de la présente loi, les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi no 46-628 du 8 avril 1946 précitée, dès lors qu'ils sont dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière, peuvent exploiter des installations de production d'électricité pour satisfaire les besoins des clients situés dans leur zone de desserte exclusive, y compris les clients éligibles. » Il existe différentes formes de distributeurs non nationalisés : les régies, certaines sociétés d'économie mixte, les coopératives d'usagers et les sociétés d'intérêt collectif agricole. Ainsi, cette disposition ne concerne les collectivités territoriales que lorsque le DNN est une régie ou une SEM.

594. La loi du 10 février 2000 permet ainsi largement aux collectivités territoriales d'intervenir sur le marché de la production. Dès lors que les différentes dispositions présentées concernent ces dernières, il convient de se poser la question de la pertinence d'une telle diversité de régimes de production.

d- Une diversité justifiée

595. Le fait de différencier le régime de la production selon qu'elle émane des communes en tant que telles, des autorités concédantes ou des distributeurs non nationalisés peut, a priori paraître superflue dans la mesure où derrière ces entités, les collectivités territoriales sont présentes.

Ce premier constat doit immédiatement être tempéré. Il est nécessaire de distinguer le régime de production des communes de celui des distributeurs non nationalisés d'une part et de celui des autorités concédantes des distributeurs non nationalisés d'autre part dès lors que les distributeurs non nationalisés ne sont pas des régies mais des SICAE ou des SEM[1047]. Lorsque les distributeurs non nationalisés sont des régies locales, il est possible pour les

[1047] Même si celles-ci ne sont plus nombreuses, voir note 261.

collectivités territoriales de se placer sous l'empire de l'article L. 2224-32 du CGCT. En revanche, dès lors que les distributeurs non nationalisés sont des SICAE ou des SEM, leur unique possibilité d'intervenir en matière de production est de se fonder sur l'article 11 II de la loi du 10 février 2000.Cet article semble donc, a priori, davantage destiné aux distributeurs non nationalisés constitués sous ces formes.

596. La question de l'élaboration d'une distinction du régime de production des collectivités territoriales selon qu'elles interviennent en tant que communes – ou groupements – ou en tant qu'autorités concédantes de la distribution, appelle une réponse relativement nuancée. En effet, cette distinction peut a priori sembler superflue dans la mesure où ce sont les communes et leurs groupements qui sont, en principe, les autorités concédantes de la distribution[1048] ; or, elles peuvent déjà intervenir en leur titre de commune ou d'EPCI afin d'exploiter des installations de production d'électricité au titre de l'article L. 2224-33 du CGCT.

Afin de déterminer le degré de pertinence de cette disposition, il est nécessaire d'examiner les différences entre ces deux articles du CGCT. Dans l'hypothèse où la collectivité territoriale intervient en tant qu'autorité concédante au titre de l'article L. 2224-33 du CGCT, elles peuvent exploiter directement ou faire exploiter les installations de production par un concessionnaire.

Tout d'abord, cet article présente un inconvénient au regard de l'article L. 2224-32 du CGCT dans la mesure où la puissance des installations est limitée à un seuil fixé par décret. En revanche, le champ d'intervention n'est pas réservé aux installations de production d'électricité d'origine renouvelable. Toutefois, on voit mal comment la production locale d'électricité pourrait ne pas être d'origine renouvelable. En effet, en dehors des sources d'énergie renouvelables, l'électricité provient des centrales nucléaires. Or, les collectivités territoriales n'ont ni les capacités financières, ni les capacités techniques pour construire de telles centrales. Par conséquent, cette disposition ne devrait permettre que l'exploitation d'installations de production d'électricité d'origine renouvelable, comme le permet l'article L. 2224-32 du CGCT. Ainsi, à l'exception du Loiret et de la Sarthe qui, en vertu de la dérogation de la loi du 16 avril 1930[1049], sont des autorités concédantes[1050] mais ne peuvent se fonder sur

[1048] A l'exception des communes du Loiret et de la Sarthe, départements qui par une dérogation de la loi du 16 avril 1930 sont devenus les autorités concédantes de la distribution publique d'électricité sur leur territoire.
[1049] Loi du 16 avril 1930, JORF, 17 avril 1930

l'article L. 2224-32 afin de produire de l'énergie, la portée de l'article L. 2224-33 est, à l'heure actuelle encore limitée.

Cet aspect devrait toutefois évoluer prochainement avec l'adoption de la loi Grenelle II. En effet, l'article 88 de la loi Grenelle II, prévoit que : « Sous réserve de l'autorisation prévue à l'article 7 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, outre le cas où l'électricité est produite pour leur propre usage, et dans la mesure où l'électricité est destinée à être vendue dans le cadre du dispositif de l'article 10 de cette même loi, les départements et les régions, sur leurs territoires respectifs, peuvent aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter dans les conditions prévues par le code général des collectivités territoriales pour les départements et les régions des installations de production d'électricité entrant dans le champ des 2° et 3° de l'article 10 de ladite loi implantées sur leur territoire. » Ainsi, les départements et les régions vont pouvoir, comme le peuvent déjà les communes, produire et vendre de l'énergie d'origine renouvelable. Ainsi, le maintien de l'article L. 2224-32 prend tout son sens. C'est en revanche celui de l'article L. 2224-33 qui pose désormais question. Dès lors que les communes, leurs groupements, les départements (soit tous les types d'autorités concédantes existants) et les régions peuvent produire de l'énergie au titre de l'article L. 2224-32 du CGCT, le maintien de l'article L. 2224-33 hors le cas de production – nous semblant peu probable – d'énergie d'origine fossile, apparaît relativement accessoire.

Enfin, une différence de taille existe entre les articles L. 2224-32 et l'article 11 II de la loi du 10 février 2000 : la finalité de la production. En effet, ce dernier semble permettre aux distributeurs non nationalisés de vendre leur production à des clients finals[1051].

597. En fonction du type d'encadrement existant, les collectivités territoriales vont préférer se placer sous l'égide de l'une ou l'autre des dispositions leur permettant de produire de l'énergie.

§2 : La production d'énergies renouvelables par les collectivités territoriales : une activité encadrée

---

[1050] L'article 188 de la loi du du 16 avril 1930 a prévu la compétence des départements. Toutefois, ceux-ci ne peuvent être compétents qu'en cas de carence des communes ou de leurs groupements.
[1051] Cf. supra 2 du B de ce paragraphe.

598. L'activité de production des collectivités territoriales est doublement encadrée : s'agissant de sa mise en œuvre, tout d'abord (A) puis concernant les débouchés de l'énergie ainsi produite (B).

A- Une mise en œuvre de l'activité encadrée

599. Les collectivités territoriales ne peuvent en aucun cas intervenir sur le marché de la production d'énergie sans se soumettre au respect de conditions relativement strictes. En premier lieu, leur intervention est subordonnée à la production d'un certain type d'énergie : les énergies d'origine renouvelable et, plus précisément, l'énergie électrique d'origine renouvelable (1). Il lui faudra ensuite obtenir le sésame permettant l'exploitation de l'activité : l'autorisation ministérielle (2).

1) La production d'un certain type d'énergie

600. Le domaine d'intervention des collectivités territoriales en matière de production d'énergie est largement circonscrit. Il dépend des articles L. 2224-32 et L. 2224-33 du CGCT ainsi que de l'article 11 II de la loi du 10 février 2000.

601. Tout d'abord, l'article L. 2224-32 du CGCT vise l'aménagement et l'exploitation de « toute nouvelle installation hydroélectrique d'une puissance maximale de 8000 kVa » et « toute nouvelle installation utilisant les autres énergies renouvelables, toute nouvelle installation de valorisation énergétique des déchets ménagers ou assimilés mentionnés aux articles L. 2224-13 et L. 2224-14 ou toute nouvelle installation de cogénération ou de récupération d'énergie provenant d'installations visant l'alimentation d'un réseau de chaleur dans les conditions fixées par le dixième alinéa (6°) de l'article 8 de la loi no 46-628 du 8 avril 1946 précitée lorsque ces nouvelles installations se traduisent par une économie d'énergie et une réduction des pollutions atmosphériques. » Plusieurs conditions sont ainsi posées s'agissant du champ d'intervention des collectivités territoriales en matière de production d'énergie. A priori, l'article L. 2224-32 ne saurait servir de fondement qu'à la production d'électricité, non à celle du gaz. Par ailleurs, l'électricité produite doit être d'origine renouvelable. S'il s'agit de production d'hydroélectricité à laquelle un seuil maximal de puissance des installations est fixé. Cette limite relative à la puissance des

installations concerne la seule électricité d'origine hydraulique. Une telle limite n'a pas été retenue s'agissant des installations utilisant les autres sources d'énergie renouvelables.

602. Les articles L2224-33 du CGCT et 11 II de la loi du 10 février 2000 ne lient pas la possibilité de produire à des exigences relatives au caractère renouvelable de l'énergie produite. Toutefois, les autorités concédantes semblent difficilement être en mesure de produire un autre type d'énergie[1052].

603. S'il ressort de l'ensemble de ces dispositions que la majorité de l'énergie produite, directement ou non par les collectivités territoriales doit être de l'électricité d'origine renouvelable, il est pertinent de se demander si une production de biogaz ne pourrait pas, sur un autre fondement, être réalisée par les collectivités territoriales. En effet, les stations de traitement des eaux usées permettent la production de biogaz. Or, la production de biogaz par les collectivités territoriales n'est pas prévue par la loi du 10 février 2000[1053] mais n'est pas non plus envisagée par la loi du 3 janvier 2003, relative, quant à elle, au gaz. Il aurait pu être envisagé que, dans la mesure où la loi du 10 février prévoyait la production d'électricité d'origine renouvelable par les collectivités territoriales, la loi du 3 janvier 2003 prévoirait une possibilité similaire s'agissant du gaz. Tel n'a pas été le cas. Le législateur n'a pas directement consacré la compétence des collectivités territoriales en la matière. Cette absence est quelque peu surprenante dans la mesure où les collectivités territoriales ne sont pas nécessairement étrangères à sa production.

L'ADEME définit le biogaz comme « une source d'énergie qui provient de la dégradation de la matière organique en l'absence d'oxygène. Ce phénomène naturel peut être observé dans les marais ou les décharges d'ordures ménagères. » [1054] Il peut ainsi provenir des décharges pour ordures ménagères, de la méthanisation des boues de stations d'épuration, et de la méthanisation de déchets organiques agricoles, industriels et ménagers. Or, le traitement des eaux usées ainsi que l'élimination des déchets sont des services publics industriels et commerciaux communaux prévus aux articles L. 2224-7 et 2224-13 du CGCT s'agissant respectivement du traitement des eaux usées et de l'élimination des déchets. Dans la mesure où la production de biogaz est liée à l'exploitation d'usines de traitement des eaux usées ou

[1052] Cf. paragraphe 1, A, 2 de cette section.
[1053] Dont l'objet est, en tout état de cause, limité au service public de l'électricité
[1054] Définition présentée sur le site internet de l'ADEME : http://www.ademe.fr/Midi-Pyrenees/a_2_18.html

des déchets, la compétence des communes aurait pu être reconnue par le législateur. En effet, il ressort des articles L. 2224-13 et L. 2224-14 du CGCT, que les communes ou les EPCI sont compétentes s'agissant de l'élimination des déchets, en particulier les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale[1055]. Or, l'article L. 541-2 alinéa 2 du code de l'environnement énonce que « L'élimination des déchets comporte les opérations de collecte, transport, stockage, tri et traitement nécessaires à la récupération des éléments et matériaux réutilisables ou de l'énergie, ainsi qu'au dépôt ou au rejet dans le milieu naturel de tous autres produits dans des conditions propres à éviter les nuisances mentionnées à l'alinéa précédent. » Par conséquent, les collectivités territoriales sont compétentes s'agissant de la production d'énergie issue des déchets. Il est, en outre, possible d'y voir le prolongement d'une activité déjà existante comme ce fut le cas dans l'hypothèse de l'arrêt Delansorme[1056]dans la mesure où il nous apparaît que la production de biogaz par les usines de traitement des déchets ou des eaux usées peut être considérée comme le prolongement matériel de l'activité de traitement des déchets. En outre, cette intervention pourrait parfaitement être justifiée par un intérêt public : la protection de l'environnement sous réserve de respecter le principe d'égalité dans la concurrence.

604. Elle devrait, en tout état de cause, remplir l'obligation d'obtention de l'autorisation nécessaire à tout producteur d'énergie

2) Une subordination de la production à l'autorisation

605. Qu'elles produisent l'électricité au titre de l'article L. 2224-32, L. 2224-33 ou 11 II de la loi du 10 février 2000, les collectivités territoriales ne peuvent assurer cette activité qu'après avoir obtenu l'autorisation dont l'existence est prévue à l'article 7 de la loi du 10

[1055] Les deux premiers alinéas de l'article L. 2224-13 du CGCT disposent : « Les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale assurent, éventuellement en liaison avec les départements et les régions, l'élimination des déchets des ménages. / Les communes peuvent transférer à un établissement public de coopération intercommunale ou à un syndicat mixte soit l'ensemble de la compétence d'élimination et de valorisation des déchets des ménages, soit la partie de cette compétence comprenant le traitement, la mise en décharge des déchets ultimes ainsi que les opérations de transport, de tri ou de stockage qui s'y rapportent. Les opérations de transport, de tri ou de stockage qui se situent à la jonction de la collecte et du traitement peuvent être intégrées à l'une ou l'autre de ces deux missions. »
L'article L. 2224-14 dispose, quant à lui : « Les collectivités visées à l'article L. 2224-13 assurent également l'élimination des autres déchets définis par décret, qu'elles peuvent, eu égard à leurs caractéristiques et aux quantités produites, collecter et traiter sans sujétions techniques particulières. »

[1056] CE sec., 18 décembre 1959, Delansorme, *rec*., p. 692

février 2000. Cette loi ayant supprimé le monopole conféré à EDF et GDF en reconnaissant la liberté d'établissement pour tout producteur, un système a dû être trouvé afin d'encadrer cette liberté. La France a retenu le système de l'autorisation d'exploitation pour la production dont la puissance installée est la plus élevée, tout en prévoyant la possibilité de recourir à l'appel d'offre dans le cas où le régime des autorisations ne répondrait pas correctement aux besoins.

Cette autorisation nominative et incessible délivrée par le ministre chargé de l'énergie est obligatoire pour les collectivités territoriales comme pour les producteurs privés. En vertu de l'article 1 du décret n°2000-877 du 7 septembre 2000 ne sont concernées par le régime de l'autorisation que les seules installations de production d'électricité lorsque leur puissance installée est supérieure à 4,5 mégawatts. Les installations dont la puissance installée est inférieure ou égale à 4,5 mégawatts sont, quant à elles, soumises à un régime de déclaration.

Les installations déjà existantes et régulièrement établies à la date de la publication de la loi du 10 février 2000 sont réputées autorisées au titre de l'article 7 de la loi. Toutefois, lorsqu'une installation de production d'électricité remplace une installation existante, lorsque la source d'énergie primaire change ou lorsque la puissance installée augmente d'au moins 10%, une nouvelle autorisation doit être demandée. Si cette augmentation de puissance est inférieure à 10%, elle doit simplement faire l'objet d'une déclaration préalable. « L'autorisation d'exploiter ou le récépissé de déclaration cesse de produire ses effets lorsque l'installation n'a pas été mise en service dans un délai de trois ans à compter de sa délivrance ou n'a pas été exploitée durant trois années consécutives, sauf cas de force majeure ou fait de l'administration assimilable à un tel cas. L'article 41 de la loi du 10 février 2000 prévoit la possibilité de retirer ou de suspendre l'autorisation d'exploiter, possibilité étendue au bénéfice de la déclaration par le décret du 7 septembre 2000 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité, à l'encontre des auteurs des manquements qu'il constate aux obligations de paiement des contributions prévues à l'article 5 »[1057].

[1057] L'article 5 dispose : « I. - Les charges imputables aux missions de service public assignées aux producteurs d'électricité sont intégralement compensées.
Ces charges comprennent :
1° Les surcoûts qui résultent, le cas échéant, des contrats consécutifs aux appels d'offres ou à la mise en oeuvre de l'obligation d'achat, mentionnés aux articles 8 et 10, par rapport aux coûts d'investissement et d'exploitation évités à Electricité de France ou, le cas échéant, à ceux évités aux distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi no 46-628 du 8 avril 1946 précitée, qui seraient concernés ;
2° Les surcoûts de production, dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental, qui, en raison des particularités du parc de production inhérentes à la nature de ces zones, ne sont pas couverts par la

L’autorisation est délivrée en application de l’article 2 du décret du 7 septembre 2000[1058].

---

part relative à la production dans les tarifs de vente aux clients non éligibles ou par les éventuels plafonds de prix prévus par le I de l'article 4.
Ces charges sont calculées sur la base d'une comptabilité appropriée tenue par les opérateurs qui les supportent. Cette comptabilité est contrôlée à leurs frais par un organisme indépendant agréé par la Commission de régulation de l'électricité. Les ministres chargés de l'économie et de l'énergie arrêtent le montant des charges sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité.
La compensation de ces charges est assurée par un fonds du service public de la production d'électricité, dont la gestion comptable et financière est assurée par la Caisse des dépôts et consignations dans un compte spécifique. Les frais de gestion exposés par la caisse sont imputés sur le fonds.
Le fonds est alimenté par des contributions dues par les producteurs ou leurs filiales par les fournisseurs visés au II de l'article 22 et par les organismes de distribution, lorsque ces différents opérateurs livrent à des clients finals installés sur le territoire national, par les producteurs d'électricité produisant pour leur propre usage au-delà d'une quantité d'électricité produite annuellement et fixée par décret, ainsi que par les clients finals importateurs d'électricité ou qui effectuent des acquisitions intracommunautaires d'électricité. Les installations de production d'électricité d'une puissance installée par site de production inférieure ou égale à 4,5 mégawatts sont dispensées de contribution au fonds.
Le montant des contributions supportées par les redevables mentionnés ci-dessus est calculé au prorata du nombre de kilowattheures livrés à des clients finals établis sur le territoire national ou produits par les producteurs pour leur propre usage au-delà de la quantité mentionnée à l'alinéa précédent. Les charges visées aux 1° et 2° supportées directement par les redevables sont déduites du montant de leurs contributions brutes ; seules sont versées au fonds les contributions nettes.
Le fonds verse aux opérateurs qui supportent les charges visées aux 1o et 2o ci-dessus une contribution financière nette destinée à couvrir ces charges. Le montant des contributions nettes que les redevables et les opérateurs versent ou reçoivent est arrêté par les ministres chargés de l'économie, du budget et de l'énergie, sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité.
Les contributions sont recouvrées par la Caisse des dépôts et consignations selon les modalités prévues pour les créances de cet établissement. Lorsque le montant des contributions ne correspond pas au montant des charges de l'année, la régularisation intervient l'année suivante. Si les sommes dues ne sont pas recouvrées dans un délai d'un an, elles sont imputées sur le fonds au cours de l'année suivante. Les frais de gestion justifiés par la caisse sont arrêtés par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie et sont imputés sur le fonds.
La Commission de régulation de l'électricité évalue chaque année dans son rapport annuel le fonctionnement du fonds du service public de la production d'électricité.
II. - Dans le cadre du monopole de distribution, les charges qui découlent des missions mentionnées au II de l'article 2 en matière d'exploitation des réseaux publics et au 1o du III de l'article 2 en matière de cohésion sociale sont réparties entre les organismes de distribution par le fonds de péréquation de l'électricité institué par l'article 33 de la loi no 46-628 du 8 avril 1946 précitée.
Ces charges comprennent :
1° Tout ou partie des coûts supportés par les organismes de distribution et qui, en raison des particularités des réseaux publics de distribution qu'ils exploitent ou de leur clientèle, ne sont pas couverts par la part relative à l'utilisation de ces réseaux dans les tarifs de vente aux clients non éligibles et par les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution ;
2° La participation au dispositif institué en faveur des personnes en situation de pauvreté ou de précarité ;
3° Pour assurer la présence du service public de l'électricité, la participation à l'aménagement du territoire par la mise en oeuvre de moyens appropriés dans les zones définies à l'article 42 de la loi no 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.
III. - En cas de défaillance de paiement par un redevable des contributions prévues au I ou au II ci-dessus, le ministre chargé de l'énergie prononce une sanction administrative dans les conditions prévues par l'article 41 de la présente loi.
IV. - Des décrets en Conseil d'Etat précisent les modalités d'application du présent article. »

[1058] L’article 2 du décret du 7 septembre 2000 énonce : « La demande d'autorisation d'exploiter est adressée en trois exemplaires au ministre chargé de l'énergie.
Sous la responsabilité du pétitionnaire, la demande comporte les indications et les pièces suivantes :

Les installations de production hydraulique sont soumises, quant à elles à un régime largement comparable.

606. Instaurer un système d'autorisation, sans que ne soit créé de discriminations entre la qualité des opérateurs – en particulier, qu'ils soient publics ou privés – tend à faire ressembler la production d'énergie aux autres domaines d'activité touchés par ce régime d'autorisation préalable. Ne doit-on pas voir dans le régime de la déclaration ou de celui l'autorisation préalable une limitation de la liberté d'entreprendre ? Pour les opérateurs privés, certainement. Toutefois, le fait de soumettre les personnes publiques au même régime que ces derniers semble leur être favorable. En effet, le fait que dans un secteur donné, les personnes publiques et privées soient touchées de la même façon par les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie, met en exergue la fin d'une particularité reconnue aux personnes publiques en tant qu'opérateurs économiques. Il apparaît dès lors que soumettre les collectivités territoriales aux mêmes règles que les personnes privées va incontestablement dans le sens du respect du principe d'égalité – et plus précisément s'agissant de l'égale concurrence – le législateur incitant les collectivités territoriales à se conduire comme des personnes privées.

607. Il est dès lors nécessaire de se demander si, en matière de production d'énergie, les collectivités territoriales n'agissent pas de la même façon que les personnes privées. Si leur comportement s'en approche en ce qu'elles peuvent exercer une activité concurrentielle,

---

1o S'il s'agit d'une personne physique, ses nom, prénom et domicile ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination ou sa raison sociale, sa forme juridique, l'adresse de son siège social, ainsi que la qualité du signataire de la demande ;
2° Une note précisant les capacités techniques, économiques et financières du pétitionnaire ;
3° Les caractéristiques principales de l'installation de production, précisant au moins la capacité de production, les énergies primaires et les techniques de production utilisées, les rendements énergétiques, ainsi que les durées de fonctionnement (base, semi-base ou pointe) ;
4° La localisation de l'installation de production ;
5° Une note relative à l'incidence du projet sur la sécurité et la sûreté des réseaux publics d'électricité, et des installations et équipements qui leur sont associés, et établie notamment au regard des prescriptions prévues aux articles 14 et 18 de la loi du 10 février 2000 susvisée ;
6° Une note relative à l'application de la législation sociale dans l'établissement ;
7° Une note exposant l'influence, sur l'environnement, du parti de production retenu.
La demande précise également, pour information, la ou les destinations prévues de l'électricité produite, à savoir, notamment, utilisation pour les besoins propres du producteur, vente à des consommateurs finals éligibles ou à des clients éligibles, à Electricité de France ou à un distributeur non nationalisé, dans le cadre d'appels d'offres, de l'obligation d'achat ou de relations contractuelles autres.
Le ministre chargé de l'énergie accuse réception de la demande. Sous réserve des secrets protégés par la loi, il procède à la publication, par extraits, au Journal officiel de la République française, des principales caractéristiques de la demande, relatives à la capacité de production, aux énergies primaires et aux techniques de production utilisées, ainsi qu'à la localisation de l'installation. »

leur intervention est tout de même plus encadrée que celle des personnes privées dans la mesure où les débouchés de l'énergie produite sont largement limités.

B- Une production encadrée quant à ses débouchés

608. La prise en charge d'une telle activité par les collectivités territoriales n'est pas sans poser de problème au regard du droit de la concurrence tout d'abord mais également s'agissant de la rentabilité des installations. D'une manière générale, les collectivités locales n'ont pas pour mission d'intervenir dans un domaine concurrentiel[1059]. L'encadrement de cette production par l'Etat semble ainsi être de nature à préserver la concurrence et à protéger les collectivités territoriales en limitant leur champ d'intervention.

A ce titre, l'autoconsommation reste la principale issue de l'énergie produite par les collectivités territoriales (1) qui peuvent toutefois, dans certains cas, la vendre (2).

1) L'autoconsommation

609. La production d'énergie aux fins d'autoconsommation ne semble pas poser de difficulté dans la mesure où elle permet aux collectivités territoriales d'assurer, dans des conditions plus satisfaisantes, les autres missions de service public dont elles ont la charge. En effet, l'article 8 alinéa 2 de la loi du 8 avril 1946 dispose que la nationalisation « ne peut porter sur les installations qui ne présentent pour le service public qu'une utilité accessoire ». Or, tel est incontestablement le cas de l'énergie produite par les collectivités territoriales pour leur propre consommation, y compris, le gaz. Ainsi, alors même que cette hypothèse n'est pas expressément mentionnée dans les différentes lois relatives au secteur énergétique, il n'en demeure pas moins qu'elle ne saurait être remise en cause. Du reste, l'autoconsommation est l'objectif principal de la production d'énergie. Sa revente n'est qu'accessoire, dans la mesure où initialement, l'obligation de rachat n'était destinée qu'à écouler le stock d'électricité non « autoconsommé ». La loi Armengaud du 2 août 1949 prévoyait, dans son article 3 que « le courant non consommé par les communes et leurs groupements […] sera rétrocédé à

[1059] C'est ce que rappelle le Premier ministre dans l'exposé des motifs du projet de loi de modernisation du service public de l'électricité devenu la loi du 10 février 2000 lorsqu'il énonce que « l'objet des communes n'est […] pas d'intervenir dans le domaine concurrentiel ».

Electricité de France ». L'objectif originel de la production d'énergie par les collectivités territoriales était donc bien l'autoconsommation.

610. Si elle reste un débouché majeur à l'heure actuelle, cela n'est plus son unique objectif. En effet, les articles relatifs à la production d'électricité de la loi du 10 février 2000 mentionnent la vente.

2) La vente

611. La loi du 10 février 2000 permet aux collectivités territoriales de vendre l'énergie produite à deux types de personnes : les distributeurs et EDF[1060] (a) et certains consommateurs finals (b).

a. La vente à EDF et aux distributeurs

612. L'article L. 2224-32 du CGCT permet aux communes et aux établissements publics de coopération intercommunale de produire de l'électricité dès lors qu'elle n'est pas destinée à l'alimentation de clients éligibles. Par conséquent, l'énergie produite ne peut être destinée qu'à l'autoconsommation et à la vente à EDF ou aux distributeurs non nationalisés. L'article 10 de la loi du 10 février 2000 modifie l'organisation de l'obligation d'achat. Cette dernière a été initialement prévue par le décret n°55-662 du 20 mai 1955 réglant les rapports entre les établissements visés par les articles 2 et 23 de la loi du 8 avril 1946 et les producteurs autonomes d'énergie. Comme cela figure dans l'exposé des motifs du décret[1061], les lois des 8 avril 1946 et du 2 août 1949 ne contiennent pas de disposition donnant aux producteurs une garantie pour l'écoulement de leur production lorsque celle-ci n'est pas consommée sur place. Alors même que l'électricité produite par les collectivités territoriales ne doit alors servir qu'à leur propre consommation, le gouvernement juge bon de leur offrir une garantie d'écoulement de la production. Celle-ci ne leur est toutefois pas réservée. Elle incluait également les installations de production d'électricité exclues de la nationalisation.

[1060] L'obligation d'achat incombant à EDF peut sembler étonnante dans la mesure où depuis le 1er janvier 2008, elle n'a plus en charge la distribution d'électricité : celle-ci étant désormais l'activité de sa filiale ERDF.
[1061] J.O. 22 mai 1955, p. 5184

A la lecture du décret, il apparaît que son objectif n'est pas tant d'offrir une garantie aux producteurs autonomes que de garantir la sécurité d'approvisionnement de l'Etat. En effet, l'article 1er du décret précise que « l'obligation de passer un contrat d'achat sera suspendue lorsqu'il aura été constaté par arrêté du ministre de l'industrie et du commerce que l'ensemble des moyens de production existant sur le territoire métropolitain est suffisant pour faire face, à tout instant, à la demande d'énergie dans les conditions économiques satisfaisantes et que les moyens locaux de distribution sont également suffisants. »

Le décret du 20 mai 1955 sera modifié par celui du 20 décembre 1994[1062] qui instaure des exceptions à la suspension de l'obligation de passer des contrats d'achat. Celle-ci est permanente à l'égard de certains producteurs, en particulier les installations produisant de l'énergie d'origine renouvelable. Bien qu'elle abroge le décret du 20 mai 1955[1063], la loi du 10 février 2000 ne supprime pas totalement cette obligation. Quatre types d'obligations d'achat survivent : la première résulte du maintien des contrats en cours prévu à l'alinéa 1er de l'article 50 de la loi[1064] ; la seconde figure à l'article 8 alinéa 5 de cette loi qui dispose : « lorsqu'ils ne sont pas retenus, Electricité de France et, dans le cadre de leur objet légal dès lors que les installations de production sont raccordées à leur réseau de distribution, les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 précitée sont tenus de conclure dans les conditions fixées par l'appel d'offres, un contrat d'achat de l'électricité avec le candidat retenu, en tenant compte du résultat de l'appel d'offres. » L'objectif de cette disposition est d'assurer des débouchés au bénéficiaire de la procédure d'appel d'offre pour les nouvelles installations de production. Les collectivités territoriales sont expressément concernées dans le cadre des articles L. 2224-32 et L. 2224-33 du CGCT. La troisième obligation est envisagée à l'article 10 alinéa 14 de la loi du 10 février 2000 en vertu duquel « le ministre chargé de l'énergie peut, pour des raisons de sécurité d'approvisionnement, ordonner que les installations de production existantes à la date de publication de la présente loi utilisant du charbon indigène comme énergie primaire soient appelées en priorité par le service gestionnaire du réseau public de transport dans une proportion n'excédant pas, au cours d'une année civile, 10% de la quantité totale d'énergie

---

[1062] Décret n°94-1110 du 20 décembre 1994, *J.O.*, 22 décembre, p. 18201

[1063] Par son article 55.

[1064] L'alinéa 1er de l'article 50 de la loi du 10 février 2000 dispose : « Les contrats d'achat d'électricité conclus ou négociés avant la publication de la présente loi entre Electricité de France ou les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, d'une part, et les producteurs d'électricité,

primaire nécessaire pour produire l'électricité consommée en France. » Enfin, l'article 10 de la loi du 10 février 2000 prévoit, lui aussi, des obligations d'achat[1065] afin de valoriser la

---

d'autre part, peuvent être dénoncés par les producteurs d'électricité moyennant un préavis de trois mois, sans que puissent être opposées les clauses d'exclusivité que peuvent comporter ces contrats. »

[1065] « Sous réserve de la nécessité de préserver le bon fonctionnement des réseaux, Electricité de France et, dans le cadre de leur objet légal et dès lors que les installations de production sont raccordées aux réseaux publics de distribution qu'ils exploitent, les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée sont tenus de conclure, si les producteurs intéressés en font la demande, un contrat pour l'achat de l'électricité produite sur le territoire national par :

1° Les installations qui valorisent des déchets ménagers ou assimilés mentionnés aux articles L. 2224-13 et L. 2224-14 du code général des collectivités territoriales ou qui visent l'alimentation d'un réseau de chaleur ; dans ce dernier cas, la puissance installée de ces installations doit être en rapport avec la taille du réseau existant ou à créer ;

2° Les installations qui utilisent des énergies renouvelables, à l'exception de celles utilisant l'énergie mécanique du vent implantées dans les zones interconnectées au réseau métropolitain continental, ou qui mettent en oeuvre des techniques performantes en termes d'efficacité énergétique, telles que la cogénération. Un décret en Conseil d'Etat fixe les limites de puissance installée des installations de production qui peuvent bénéficier de l'obligation d'achat. Ces limites, qui ne peuvent excéder 12 mégawatts, sont fixées pour chaque catégorie d'installation pouvant bénéficier de l'obligation d'achat sur un site de production. Pour apprécier le respect de ces limites, deux machines électrogènes, appartenant à une même catégorie d'installations, exploitées par une même personne ou par les sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, ne peuvent être considérées comme situées sur deux sites distincts si la distance qui les sépare est inférieure à une distance minimale fixée par décret. Ces limites sont révisées pour prendre en compte l'ouverture progressive du marché national de l'électricité.

Les nouvelles installations destinées au turbinage des débits minimaux mentionnés à l'article L. 214-18 du code de l'environnement réalisées par le titulaire d'une autorisation ou d'une concession hydroélectrique en cours bénéficient de l'obligation d'achat indépendamment de l'ouvrage principal à la condition que leur puissance installée respecte les limites fixées par le décret mentionné à l'alinéa précédent ;

3° Les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent qui sont implantées dans le périmètre d'une zone de développement de l'éolien, définie selon les modalités fixées à l'article 10-1 ;

4° Les installations qui valorisent des énergies de récupération dans les limites et conditions définies au présent article, notamment au 2°.

5° Dans les départements d'outre-mer et à Mayotte, les installations électriques existantes ou nouvelles qui produisent de l'électricité à partir de la biomasse, dont celle issue de la canne à sucre. A cette fin, les contrats en cours font l'objet d'une révision dans un délai de trois mois après la publication du décret cité au dixième alinéa.

Un décret précise les obligations qui s'imposent aux producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, ainsi que les conditions dans lesquelles les ministres chargés de l'économie et de l'énergie arrêtent, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, les conditions d'achat de l'électricité ainsi produite. Sous réserve du maintien des contrats d'obligation d'achat en cours à la date de publication de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, les installations bénéficiant de l'obligation d'achat au titre du présent article ou au titre de l'article 50 de la présente loi ne peuvent bénéficier qu'une seule fois d'un contrat d'obligation d'achat.

Les surcoûts éventuels des installations de production d'électricité exploitées par Electricité de France ou par les distributeurs non nationalisés précités entrant dans le champ d'application du présent article font l'objet d'une compensation dans les conditions prévues au I de l'article 5.

Pour l'application du 5°, un décret précise les conditions dans lesquelles les ministres chargés de l'économie, de l'énergie, de l'agriculture et de l'outre-mer arrêtent, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, les conditions d'achat à un prix qui ne peut être inférieur au prix de vente moyen de l'électricité issu du dernier appel d'offres biomasse national. Le prix tient compte des coûts évités par rapport à l'utilisation d'énergies fossiles.

Lorsque les quantités d'électricité produites par les installations bénéficiant de l'obligation d'achat raccordées au réseau exploité par un distributeur non nationalisé excèdent les quantités d'électricité que ce distributeur peut écouler auprès des clients situés dans sa zone de desserte, Electricité de France est tenu de conclure avec ce distributeur un contrat pour l'achat de ce surplus d'électricité. Les conditions d'achat de ce surplus sont celles fixées pour la catégorie d'installations à laquelle appartiennent les installations de production ayant conduit à la

production d'énergie d'origine renouvelable. Le dispositif mis en place est ainsi de nature à rassurer les collectivités territoriales désireuses de produire de l'énergie. Le coût supporté par les acheteurs obligés que sont EDF et les DNN sur le territoire desquels se trouve l'installation bénéficiant de cette obligation perçoivent, en contrepartie, la contribution au service public de l'électricité (CSPE) due par les consommateurs et assise sur leur consommation d'électricité.

613. L'existence d'une telle obligation couvrant largement la production locale, n'est pas sans poser de problème au regard du respect du principe d'égale concurrence. En effet, tous les producteurs ne sont pas concernés par cette obligation d'achat. Il apparaît clairement que plutôt que de soutenir certains d'entre eux, c'est un type d'énergie spécifique que cherche à encourager le législateur. En effet, l'obligation d'achat vise avant tout l'énergie d'origine renouvelable permettant ainsi de se conformer aux différents objectifs communautaires de développement des énergies renouvelables. Cependant, un tel mécanisme, ne bénéficiant pas à tous les producteurs risque de se voir qualifié d'aide d'Etat par le droit communautaire. [1066]

---

mise en oeuvre de cette disposition. Les surcoûts éventuels qui en résultent pour Electricité de France font l'objet d'une compensation dans les conditions prévues au I de l'article 5.
Sous réserve du maintien des contrats en cours et des dispositions de l'article 50, l'obligation de conclure un contrat d'achat prévu au présent article peut être partiellement ou totalement suspendue par décret, pour une durée qui ne peut excéder dix ans, si cette obligation ne répond plus aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements.
Les contrats conclus en application du présent article par Electricité de France et les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée prévoient des conditions d'achat prenant en compte les coûts d'investissement et d'exploitation évités par ces acheteurs, auxquels peut s'ajouter une prime prenant en compte la contribution de la production livrée ou des filières à la réalisation des objectifs définis au deuxième alinéa de l'article 1er de la présente loi. Le niveau de cette prime ne peut conduire à ce que la rémunération des capitaux immobilisés dans les installations bénéficiant de ces conditions d'achat excède une rémunération normale des capitaux, compte tenu des risques inhérents à ces activités et de la garantie dont bénéficient ces installations d'écouler l'intégralité de leur production à un tarif déterminé. Les conditions d'achat font l'objet d'une révision périodique afin de tenir compte de l'évolution des coûts évités et des charges mentionnées au I de l'article 5.
Par ailleurs, le ministre chargé de l'énergie peut, pour des raisons de sécurité d'approvisionnement, ordonner que les installations de production existantes à la date de publication de la présente loi utilisant du charbon indigène comme énergie primaire soient appelées en priorité par le service gestionnaire du réseau public de transport dans une proportion n'excédant pas, au cours d'une année civile,10 % de la quantité totale d'énergie primaire nécessaire pour produire l'électricité consommée en France.
Les surcoûts éventuels qui en découlent sont compensés dans les conditions prévues au I de l'article 5.
L'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz est tenu informé des conditions d'application du présent article.

[1066] Dans son arrêt Altmark Trans GmbH, la CJCE du 24 juillet 2003 (Aff. C-280/00) rappelle la définition de l'aide : « sont considérées comme des aides les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ou qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché. »

Le juge communautaire a eu à connaître de la question de l'obligation d'achat à l'occasion de l'affaire PrussenElektra et schleswag AG[1067] impliquant l'Allemagne. En l'espèce, la Cour régionale de Kiel avait saisi la CJCE d'une question préjudicielle afin de savoir si la législation allemande obligeant les entreprises privées d'approvisionnement en électricité à acheter l'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelables à des prix minimaux supérieurs à leur valeur économique réelle et répartissant la charge financière résultant de cette obligation entre lesdites entreprises et les exploitants privés des réseaux d'électricité situés en amont constituait une aide d'Etat au sens du traité. La Cour a considéré que l'obligation d'achat imposée par la législation allemande n'entraînait « aucun transfert direct ou indirect de ressources d'Etat aux entreprises productrices de ce type d'électricité »[1068]. Toutefois, contrairement au mécanisme allemand, le système mis en place par la loi du 10 février 2000 impose la même obligation à des organismes publics. En outre, les surcoûts liés à cette obligation sont financés par un prélèvement obligatoire assis sur la consommation d'électricité. En tout état de cause, et malgré les éléments allant dans le sens de la reconnaissance d'une aide d'Etat, le Conseil d'Etat a, dans sa décision Union des industries utilisatrices d'énergie[1069], considéré que « la charge financière de l'obligation d'achat dont bénéficient les installations utilisant l'énergie mécanique du vent est [..] répartie entre un certain nombre d'entreprises, sans que des ressources publiques contribuent directement ou indirectement, au financement de l'aide ; qu'il est, par la suite, clair que l'arrêté attaqué n'a pas institué une aide d'Etat au sens des stipulations de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne ». Cette décision est d'autant plus surprenante que la compensation du surcoût résultant de l'achat de l'électricité par les « obligés » est financée par un prélèvement obligatoire : le CSPE. Devant le caractère incertain de la qualification d'un tel mécanisme au regard du droit communautaire, le législateur a eu la sagesse, à l'occasion de la loi du 9 août 2004 d'adopter un amendement du sénateur Henri Revol prévoyant de limiter à une seule fois le bénéfice de cette obligation.

Par ailleurs, en matière d'achat d'électricité d'origine éolienne, la Commission de régulation de l'électricité[1070] émettra un avis défavorable[1071] sur le premier projet d'arrêté au motif que le tarif retenu est bien « trop élevé d'au moins 15 euros par MWh » si on le

---

[1067] CJCE, 13 mars 2001, PrussenElektra et schleswag AG, aff. C-379/98
[1068] CJCE, 13 mars 2001, PrussenElektra et schleswag AG, aff. C-379/98, pt. 59
[1069] CE, 21 mai 2003, req. n°237466
[1070] Devenue, avec la loi du 3 janvier 2003 la Commission de régulation de l'énergie.

compare aux coûts de la filière éolienne. Elle considère que le tarif proposé « entraîne des rentes indues aux producteurs éoliens qui se traduiront par une augmentation significative des prix de l'électricité en France, et représente un moyen exagérément coûteux pour la collectivité d'atteindre l'objectif de développement de la filière que s'est fixé le gouvernement. » Le rôle de la CRE est essentiel en ce qu'elle est la véritable garantie du respect du bon fonctionnement du marché de l'énergie.

614. Sous réserve de répondre à des conditions strictement définies les collectivités territoriales peuvent ainsi, dans une certaine mesure, vendre leur énergie à des consommateurs finals.

b. La vente aux consommateurs finals

615. L'énergie produite par les collectivités territoriales peut, dans une certaine mesure, être vendue à des consommateurs finals. Elles se trouvent ainsi, une fois encore, dans une situation comparable à celle des autres petits producteurs. L'article 11 II de la loi du 10 février 2000 énonce que la production des distributeurs est destinée à « satisfaire les besoins des clients situés dans leur zone de desserte exclusive, y compris les clients éligibles ». Tous les consommateurs finals étant désormais éligibles, les distributeurs non nationalisés peuvent, par conséquent, vendre l'énergie produite au titre du II de l'article 11 de la loi du 10 février 2000 à tous les clients finals se trouvant dans leur zone de desserte exclusive.

Cette possibilité reconnue aux distributeurs non nationalisés s'inscrit dans le prolongement de leur création. Ils ont toujours la possibilité de se comporter comme de petits producteurs privés. Les collectivités territoriales ne sont, dans ce cas de figure, pas directement impliquées par ce débouché dans la mesure où en vertu de l'article 11 de la loi du 10 février 2000, ce n'est qu'en tant que distributeur non nationalisé que la collectivité territoriale peut vendre de l'énergie[1072], les communes et les autorités concédantes pouvant, en vertu des articles L. 2224-32 et L. 2224-33 du CGCT, produire de l'énergie mais se trouvant

---

[1071] *J.O.*, 22 juin 2001, p. 9932

[1072] Cela résulte de l'article 11 II de la loi du 10 février 200 qui dispose : « Sous réserve de l'autorisation prévue à l'article 7 de la présente loi, les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, dès lors qu'ils sont dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière, peuvent exploiter des installations de production d'électricité pour satisfaire les besoins des clients situés dans leur zone de desserte exclusive, y compris les clients éligibles. »

dans l'incapacité de la vendre[1073]. Par conséquent, si elles peuvent être amenées à vendre ainsi de l'énergie à des consommateurs finals, ce n'est qu'en tant que membre de sociétés de distribution à économe mixte (ou services analogues). Toutefois, seuls les distributeurs non nationalisés dotés de l'autonomie financière peuvent exploiter des installations de production d'électricité et ainsi satisfaire les besoins des consommateurs situés dans leur zone de desserte exclusive.

Le paragraphe II de l'article 11 de la loi du 10 février 2000, tel qu'écrit dans le projet de loi initial, n'était applicable qu'aux distributeurs non nationalisés non soumis ou non liés à des collectivités territoriales puisque seuls étaient alors visés les « distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 autres que ceux gérés ou régis par une société d'économie mixte. » Ainsi, seules les sociétés anonymes, les sociétés coopératives ou les SICAE étaient susceptibles de produire et vendre aux consommateurs finals le fruit de leur production. Dans son exposé des motifs, le gouvernement indiquait alors : « L'objet des communes n'est […] pas d'intervenir dans le domaine concurrentiel. C'est pourquoi l'électricité produite à partir des installations qu'elles exploiteront sera destinée à l'alimentation des clients non éligibles. Il est toutefois prévu que cette électricité pourra bénéficier de l'obligation d'achat par Électricité de France, mentionnée à l'article 10 du projet de loi. » Les discussions ont permis de revenir sur cette limitation permettant aux collectivités territoriales, en tant que distributeurs non nationalisés, de vendre leur production aux clients éligibles situés dans leur zone de desserte exclusive.

616. En revanche, quand elles interviennent en tant que telles, les collectivités territoriales ne peuvent pas vendre leur production aux clients éligibles. C'est ce qui ressort de l'article L. 2224-32 du CGCT. Alors qu'un certain flou subsiste toutefois autour de l'article L. 2224-33 du CGCT dans la mesure où la fourniture d'énergie aux clients qu'ils soient éligibles ou non n'y est pas envisagée.

617. Produire de l'énergie ne semble pas constituer une priorité pour les collectivités territoriales. Toutefois, les exemples de communes ou de groupements mettant en œuvre des

[1073] A l'exception des cas où elles remplissent les conditions leur permettant de se prévaloir de l'obligation d'achat.

projets de production d'énergie sont de plus en plus nombreux[1074]. A titre d'exemple, la commune de Pérols[1075] dans l'Hérault la rénovation de la toiture du bâtiment qui accueille un restaurant scolaire, une école de danse et une école de karaté a été l'occasion de mettre en place un système de production d'électricité photovoltaïque[1076]. De plus en plus, elles se conduisent de manière exemplaire montrant leur attachement à la politique énergétique. Si la production d'énergie par les collectivités territoriales n'en est encore qu'à ses balbutiements, elle tend à s'accroître considérablement. L'adoption de la loi Grenelle II permettant aux départements et aux régions de produire également de l'énergie devrait accentuer cette tendance.

En tout état de cause, même si elle n'est encore que marginale, la production énergétique des collectivités territoriales est essentielle à plusieurs titres. Tout d'abord, afin de contribuer directement à la satisfaction de l'objectif de production intérieure d'électricité d'origine renouvelable[1077]. Il est nécessaire qu'un maximum d'acteurs produise ainsi que le font les collectivités territoriales compétentes, de l'énergie d'origine renouvelable. Ensuite, pour inciter, à travers un comportement exemplaire, leurs administrés et les autres collectivités territoriales à le suivre dans leur démarche.

618. Aussi importante une telle démarche soit-elle, il apparaît que les efforts des collectivités territoriales en ce sens ne sont que secondaires au regard de leurs actions en faveur de la maîtrise de la demande d'énergie. Ainsi, parce qu'elle est susceptible d'être moins contraignante que la production d'énergie, c'est la maîtrise de la consommation qui est susceptible d'avoir l'impact le plus important sur la politique de protection des ressources énergétiques. Ici également, les collectivités doivent montrer l'exemple et s'obliger elles-mêmes, à agir en ce sens.

[1074] Il s'agit ici d'une impression d'ensemble, aucune publication relative à la production d'énergie par les collectivités territoriales n'ayant, à notre connaissance, été publiée.
[1075] 9500 habitants
[1076] Exemple issu d'un communiqué EDF, consultable le 29 septembre 2009 à l'adresse suivante : http://www.adgcf.fr/pdf/EDF.pdf
[1077] L'article 4 alinéa 7 de la loi POPE du 13 juillet 2005 indique qu'il convient : « d'atteindre l'objectif indicatif d'une production intérieure d'électricité d'origine renouvelable de 21 % de la consommation intérieure d'électricité totale à l'horizon 2010. Un objectif pour 2020 sera défini d'ici à 2010 en fonction du développement de ces énergies. »

Section 2 : Le développement de la maîtrise de leur propre consommation par les collectivités territoriales

619. La directive 2002/91/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative à la performance énergétique des bâtiments[1078] inclut les bâtiments publics dans son champ d'application. Par conséquent, les collectivités territoriales sont concernées par cet objectif. Toutefois, cette préoccupation, n'est pas uniquement d'ordre environnemental. En effet, la réduction des consommations des collectivités territoriale engendre une baisse de leurs dépenses de fonctionnement mais également leur permet de se comporter de façon exemplaire à l'égard de leurs administrés. Comme le remarque un rapport sénatorial : « les pouvoirs publics locaux ont un devoir d'exemplarité vis-à-vis des habitants. Une collectivité territoriale « éco vertueuse » peut faire figure de modèle et inciter les fonctionnaires et les usagers, par effet d'entraînement, à s'engager également dans la voie des économies d'énergie »[1079].

Afin d'agir sur leur consommation, ce qui représente un champ d'action relativement important (§1), elles peuvent s'appuyer sur différents outils (§2).

§1 : Un champ d'action potentiellement important

620. Si le champ d'action des collectivités territoriales est susceptible d'être vaste, c'est parce que les domaines pouvant être affectés par le maîtrise de la demande d'énergie sont nombreux (A). On observe ainsi que ce sont les communes qui, en la matière, ont la possibilité d'intervention la plus large (B).

A- Les domaines susceptibles d'êtres affectés par la maîtrise de la demande

621. Deux domaines sont particulièrement visés ici : les bâtiments publics (1) et l'éclairage public (2).

[1078] JOCE, n°L.1, 4 janvier 2003 p. 65

[1079] Rapport d'information n° 436 relatif aux énergies locales de Jean-Marc JUHIARD et Claude BELOT, Sénat, p. 35

1) La maîtrise de la demande dans les bâtiments publics

622. Selon Pierre Illenberger, alors responsable du département collectivités territoriales à EDF, « si l'énergie ne compte que pour 2% du budget de fonctionnement des grandes villes, elle représente toutefois l'un des rares postes compressibles. »[1080] Il est ainsi essentiel que les communes – et les autres collectivités territoriales – s'engagent dans la voie de la réalisation d'économies d'énergie à l'intérieur de l'ensemble des bâtiments publics locaux. A l'heure actuelle, la part d'énergie consommée part les bâtiments représente 75% de la consommation totale d'énergie par les collectivités territoriales. [1081]

Sont concernés les bâtiments administratifs des collectivités territoriales, tels que l'hôtel de ville, de département ou de région, le siège des établissements publics de coopération intercommunale ainsi que leurs annexes[1082].

D'une manière générale, les bâtiments abritant les différents services publics locaux sont concernés. Une distinction doit être faite selon que le service est géré directement par la collectivité territoriale ou qu'il a fait l'objet d'une délégation de service public. Dans ce cas, il est nécessaire de savoir dans quelle mesure l'autorité délégante peut imposer au délégataire la réalisation d'économies d'énergies.

Dans son mémento des décideurs, la MIES[1083] énonce que « les collectivités territoriales consomment près de 4 Mtep[1084] par an pour une dépense annuelle globale de 1,8 milliards d'euros soit en moyenne 30 euros par habitant et par an. 10 à 20% d'économies d'énergie sont réalisables dans le patrimoine […] voire plus, à des conditions économiquement favorables. »[1085] Le patrimoine des collectivités territoriales est, en effet, relativement important. A titre d'exemple, pour une commune, il va comprendre la mairie, les écoles, les salles polyvalentes, les gymnases, les piscines…. Et certains de ces bâtiments n'ont qu'un très faible taux d'occupation. S'agissant toujours des communes, « le patrimoine bâti, celui pour lequel la commune paie directement la facture, représente en moyenne les trois quarts de la consommation (21,8 millions de kilowattheures) et un peu moins de deux tiers de

---

[1080] P. Illenberger, in les premières assises de l'énergie, 1999. (Atelier 3 : Maîtriser l'énergie dans les bâtiments communaux)
[1081] Enquête 2005 ADEME- AITF- EDF-GDF
[1082] Voir en annexe la répartition de la consommation d'énergie par famille de bâtiments.
[1083] Mission Interministérielle de l'Effet de Serre
[1084] Mégatonne d'équivalent pétrole.

la dépense totale d'énergie des communes (1,18 milliard d'euros). Au sein de ce patrimoine, les écoles et les bâtiments socioculturels sont responsables de plus de la moitié de la consommation comme des dépenses. » D'une manière générale, l'ensemble du patrimoine immobilier des collectivités territoriales est responsable de 10% de la consommation énergétique en France[1086].

623. Ici encore plus que s'agissant de la production, l'action des collectivités territoriales est comparable à celle des personnes privées. Tel n'est pas le cas s'agissant de l'éclairage public, domaine devant faire l'objet d'une action prioritaire en matière de maîtrise de la demande d'énergie.

2) L'éclairage public

624. Selon la MIES, « l'éclairage public est le deuxième grand poste du bilan énergétique d'une commune et constitue le premier poste de consommation d'électricité »[1087]. Il représente, en moyenne 18% des consommations énergétiques des collectivités territoriales[1088]. Cette consommation inclut, pour les moyennes et grandes villes, les feux tricolores, l'éclairage du mobilier urbain ainsi que celui des monuments.

625. L'éclairagepublic est une compétence municipale. Cette mission fait partie de la police municipale qui, en vertu de l'article L. 2212-2 1° du CGCT vise notamment « Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend le nettoiement, l'éclairage, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des édifices ou monuments menaçant ruine… »

Il se peut qu'un établissement public de coopération intercommunale soit compétent en matière d'éclairage public dans la mesure où l'article L. 1321-9 du CGCT qui énonce que lorsqu'un établissement public de coopération intercommunale ou un syndicat mixte est compétent en matière d'éclairage public, les communes membres peuvent conserver la partie

---

[1085] MIES, *Mémento des décideurs*, Paris, MIES, 2003, p. 58
[1086] C. BELOT et J.-M. JUILHARD, *Rapport d'information n°436 sur les énergies locales*, Sénat, p. 34
[1087] MIES, *Mémento des décideurs*, précité, p. 92
[1088] Enquête 2007, ADEME- AITF- EDF- GDF

de la compétence relative aux travaux de maintenance sur le réseau d'éclairage public mis à disposition et dont elles sont propriétaires.

Toutefois, alors que ce poste de dépense aurait des effets considérables sur la consommation, il est extrêmement difficile pour les communes de se résoudre à réduire ce poste de dépense. En effet, la question de l'éclairage public est profondément liée à celle de la sécurité. Or, réduire l'éclairage est de nature à favoriser le sentiment d'insécurité des administrés. Les communes sont donc quelques peu réticentes à réduire la durée de l'éclairage public.

626. L'éclairage public illustre parfaitement le caractère variable de cette action, en fonction du type de collectivité territoriale en cause.

B- Une intervention variable des communes

627. Il apparaît nettement que la commune est, en la matière, destinée à fournir un effort considérable. Elles sont au premier plan (1). Toutefois, elles ne sauraient être les seules à intervenir (2).

1) Le rôle prépondérant de la commune

628. Les communes sont les premières concernées dans la mesure où leur patrimoine est particulièrement important. En outre, parmi les différentes collectivités territoriales, ce sont elles – ou les établissements publics dont elles sont membres – qui assurent le plus grand nombre de services publics locaux. En effet, les écoles primaires, les complexes sportifs sont communaux. Les établissements publics de coopération intercommunale peuvent intervenir lorsqu'ils sont compétents s'agissant des services publics.

629. Les départements et les régions, s'ils n'ont pas un rôle prépondérant en matière de maîtrise de la demande, peuvent mener des actions ayant des conséquences remarquables.

2) La région, le département et la maîtrise de la demande d'énergie

630. S'ils sont, a priori, moins concernés que les communes, les régions et département ont également un rôle important à jouer en matière de maîtrise de la demande dans leurs bâtiments et par les services publics.

Ces collectivités territoriales ne sont jamais explicitement citées dans les textes relatifs aux économies d'énergie. Toutefois, il va de soi qu'elles ne sauraient s'en affranchir. En effet, l'alinéa 2 du paragraphe relatif au rôle des collectivités territoriales du I relatif à la prise en compte du rôle des collectivités territoriales et de la dimension européenne de l'annexe de la loi POPE du 13 juillet 2005 énonce qu' « en matière de promotion de la maîtrise de la demande d'énergie, outre, les actions tendant à réduite la consommation d'énergie de leurs services, les collectivités compétentes définissent des politiques d'urbanisme visant, par les documents d'urbanisme ou la fiscalité locale, à une implantation relativement dense des logements et des activités à proximité des transports en commun et à éviter un étalement urbain non maîtrisé. »

Il ne semble absolument pas pertinent d'exclure des catégories de collectivités territoriales de l'effort d'économies d'énergies tant l'efficacité de la démarche dépendra du nombre d'acteurs impliqués.

Toutefois, ces deux niveaux de collectivités territoriales ne sont absolument pas contraints de réaliser ce type d'effort. D'une manière générale, « toutes les bonnes volontés sont les bienvenues » cependant, si une certaine souplesse est souhaitable en ce qu'elle permet de respecter la libre administration des collectivités territoriales, elle présente un inconvénient certain : elle ne va pas réellement dans le sens du développement de la maîtrise de l'énergie, d'autant plus que les instruments dont disposent les collectivités territoriales afin de les encourager à maîtriser la demande d'énergie dans leurs services sont extrêmement limités.

§2 : Les outils au service de la maîtrise de leur consommation par les collectivités territoriales

631. Le législateur n'a pas envisagé d'outils propres aux économies d'énergie des collectivités territoriales. Toutefois, certains instruments dont elles disposent peuvent être utilisés à cette fin, mais là encore, tout repose sur leur seule volonté.

S'agissant de la maîtrise de la demande d'énergie dans leurs propres bâtiments, il semble qu'aucune disposition spécifique ne leur soit applicable. Si la loi du 13 juillet 2005 POPE comprend un chapitre relatif aux collectivités territoriales dans son titre II relatif à la maîtrise de la demande d'énergie, les dispositions qui y figurent ne sont pas relatives aux actions qu'elles devraient ou pourraient mener sur leur propre consommation mais concernent les actions influant sur la consommation des autres consommateurs finals. Toutefois, certaines incitations ne les visant pas expressément sont susceptibles de se révéler influentes sur la consommation énergétique des collectivités territoriales (A). En outre, dans la mesure où elles sont désormais des clients éligibles, cette qualité peut être utilisée à des fins de maîtrise de leur consommation (B).

A- L'existence de mesures incitatives : Les certificats d'économies d'énergie[1089]

632. Dans la mesure où s'agissant de maîtrise de la demande d'énergie, et plus particulièrement pour ce qui concerne la maîtrise de la demande dans leurs propres services, aucune obligation ne pèse sur les collectivités territoriales, il apparaît nécessaire de développer des outils ayant pour vocation de les inciter à effectuer une action en ce sens. Les certificats blancs sont une première réponse à cette préoccupation.

Selon les sénateurs Bellot et Juilhard, « la rentabilité des opérations locales de maîtrise de l'énergie devrait être meilleure à l'avenir avec la mise en œuvre des certificats d'économies d'énergie, également appelés 'certificats blancs'. »[1090]

633. Les certificats d'économies d'énergie ont été créés par l'article 14 de la loi POPE du 13 juillet 2005. Ce dispositif, inspiré des expériences britannique et italienne vise à inciter certains opérateurs industriels[1091] à réaliser des économies d'énergie en mettant en place un mécanisme comparable à celui des quotas d'émission de gaz à effet de serre[1092]. Le principe est relativement simple : certains opérateurs – les « obligés » – ont l'obligation de réaliser

---

[1089] Appelés CEE, certificats blancs ou certificats verts.
[1090] Rapport n° 436 précité, p. 37
[1091] Dont la liste est fixée à l'article 14 de la loi POPE
[1092] Créé par l'ordonnance n°2004-330 du 15 avril 2004

des économies d'énergie dont le certificat constitue la preuve[1093]. Ils peuvent ainsi les acquérir par leur fait, s'ils ont eux-mêmes réalisé des économies, soit en collaborant avec leurs clients finals. A défaut, ils pourront en acheter sur le marché. La loi prévoit en effet que les personnes[1094] réalisant des économies d'énergie reçoivent un certificat cessible à toute personne désireuse de l'acquérir[1095].

Les « obligés » sont, en vertu de l'article 14 de la loi POPE « les personnes morales qui vendent de l'électricité, du gaz, de la chaleur ou du froid aux consommateurs finals et dont les ventes annuelles excèdent un seuil ainsi que les personnes physiques et morales qui vendent du fioul domestique aux consommateurs finals sont soumises à des obligations d'économies d'énergie. »[1096] L'objectif des économies d'énergie à réaliser pour la période allant du 1er juillet 2006 au 30 juin 2009 est de 54 TWh cumac[1097]. Il est assorti d'une pénalité financière de 2 centimes d'euros par KWh pour les « obligés » ne remplissant pas leur obligation dans les délais impartis. Cet objectif est réparti par type d'énergie, en fonction de leur poids respectif dans la consommation du secteur résidentiel et tertiaire, puis, en obligation individuelle entre les vendeurs au prorata de leur part de marché[1098].

L'obligation d'économie d'énergie ne repose pas strictement sur les obligés. Ceux-ci peuvent réaliser directement les économies d'énergies imposées ou faire réaliser des économies aux consommateurs finals. Dès lors qu'ils font réaliser des économies d'énergie aux consommateurs, ils peuvent se prévaloir de leurs certificats – en échange d'une prestation

---

[1093] Il s'agit là de la première mesure véritablement contraignante ayant pour finalité directe la baisse de la consommation d'énergie.

[1094] Il s'agit, conformément à l'article 15 de la loi POPE des personnes morales « dont l'action, additionnelle par rapport à son activité habituelle, permet la réalisation d'économies d'énergie d'un volume supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'énergie ».

[1095] Les décrets d'applications ont été pris : n°2006-600 et 2006-603 du 23 mai 2006, J.O. 27 mai 2006 p. 7948

[1096] L'article 2 du décret n°2006-600 du 23 mai 2006 relatif aux obligations d'économies d'énergie dans le cadre du dispositif des certificats d'économies d'énergie dresse une liste des « obligés » :
Sont soumises à des obligations d'économies d'énergie en application du I de l'article 14 de la loi du 13 juillet 2005 susvisée :
a) Les personnes qui livrent du fioul domestique au domicile ou au siège des consommateurs finals résidant sur le territoire national ;
b) Les personnes morales dont les ventes d'énergies autres que le fioul domestique aux consommateurs finals résidant sur le territoire national sont supérieures aux seuils suivants :
400 millions de kilowattheures d'énergie finale par an pour l'électricité ;
400 millions de kilowattheures de pouvoir calorifique supérieur d'énergie finale par an pour le gaz naturel ;
100 millions de kilowattheures de pouvoir calorifique supérieur d'énergie finale par an pour le gaz de pétrole liquéfié ;
400 millions de kilowattheures d'énergie finale par an pour la chaleur et le froid.

[1097] Cumac = cumulés sur la durée de vie de la mesure et actualisés.

[1098] A titre d'exemple, selon une étude réalisée par l'ADEME, EDF et GDF concentrent 80% des obligations (source *ADEME et Vous*, n°10, 4 mars 2008, p. 2).

ou d'une réduction tarifaire[1099]. Si les « obligés » ne parviennent pas à réaliser les économies d'énergie imposées, deux solutions s'offrent à eux : s'acquitter de la pénalité ou acheter des CEE sur le marché. C'est à ce titre que les collectivités territoriales peuvent profiter de ce mécanisme[1100] : des CEE peuvent également être délivrés à des acteurs « non-obligés » réalisant des économies d'énergie qui pourront les revendre sur le marché.

634. L'article 15 de la loi POPE dispose : « Toute personne visée à l'article 14 ou toute autre personne morale dont l'action, additionnelle par rapport à son activité habituelle, permet la réalisation d'économies d'énergie d'un volume supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'énergie[1101] obtient, sur sa demande, en contrepartie, des certificats d'économies d'énergie délivrés par l'Etat ou, pour son compte, par un organisme habilité à cet effet par le ministre chargé de l'énergie. » L'article 1er du décret 2006-603 du 23 mai 2006 relatif aux certificats d'économie d'énergie prévoit expressément que toute action permettant de réaliser des économies d'énergie et répondant aux conditions qu'il énonce[1102] réalisée par

---

[1099] Afin d'obtenir effectivement les CEE – délivrés par la DRIRE –, les « obligés » doivent apporter la preuve de la réalisation d'une économie, les certificats n'étant délivrés qu'une fois les investissements réalisés. Les CEE délivrés ne sont matérialisés que par leur inscription sur un compte individuel ouvert dans le registre national des CEE opérationnel depuis la fin du 1er semestre 2007 (dont les modalités de fonctionnement et de financement ont été prévues dans le décret n° 2006-604 du 23 mai 2006).

[1100] L'article 14 I de la loi POPE du 13 juillet 2005 indique que les « personnes morales qui vendent de l'électricité, du gaz, de la chaleur ou du froid aux consommateurs finals et dont les ventes annuelles excèdent un seuil ainsi que les personnes physiques et morales qui vendent du fioul domestique aux consommateurs finals sont soumises à des obligations d'économies d'énergie. Elles peuvent se libérer de ces obligations soit en réalisant directement ou indirectement des économies d'énergie, soit en acquérant des certificats d'économies d'énergie. » Or, les collectivités territoriales, en tant que distributeurs non nationalisés, peuvent vendre de l'énergie à des consommateurs finals. En revanche, en tant que telles, si en vertu de l'article L. 2224-32 du CGCT, elles peuvent produire un certain type d'énergies, elles ne peuvent en aucun cas les vendre aux clients éligibles, donc, aux consommateurs finals. Dès lors, elles ne sont pas soumises à l'obligation d'économie d'énergie de l'article 14 de la POPE du 13 juillet 2005.

[1101] Article 4 de l'arrêté du 30 mai 2006 relatif aux modalités d'application du dispositif de certificats d'économies d'énergie : « En application du premier alinéa de l'article 15 de la loi du 13 juillet 2005 susvisée, le volume minimal d'économies d'énergie exprimé en kilowattheures d'énergie finale pour une demande de certificats d'économies d'énergie est fixé à 1 000 000 de kilowattheures cumulés actualisés. »

[1102] L'article 1er du décret 2006-603 du 23 mai 2006 (JO du 27 mai 2006, p. 7948) énonce : « Peut donner lieu à la délivrance des certificats d'économies d'énergie prévus à l'article 15 de la loi du 13 juillet 2005 susvisée :
- toute action d'une personne physique ou morale soumise à une obligation d'économies d'énergie en application de l'article 2 du décret du 23 mai 2006 (obligations), permettant de réaliser des économies d'énergie et répondant aux conditions fixées par le présent décret ;
- toute action, ayant le même objet et répondant aux mêmes conditions, réalisée par une personne morale non soumise à une telle obligation, à la condition qu'elle n'entre pas dans le champ de son activité principale au sens du décret du 31 décembre 2002 susvisé et ne lui procure pas de recettes directes ;
- toute action, ayant le même objet et répondant aux mêmes conditions, réalisée par une collectivité publique ou un groupement de collectivités publiques.

une collectivité publique peut donner lieu à la délivrance d'un certificat d'économie d'énergie prévu à l'article 15 de la loi POPE du 13 juillet 2005.

Les collectivités territoriales ayant obtenu de tels certificats peuvent les céder aux personnes tenues par l'obligation de réalisation d'économies d'énergie de l'article 14 de la loi POPE par l'intermédiaire du marché ouvert au 1er janvier 2008. Ainsi, pour reprendre l'exemple cité par messieurs les sénateurs Claude Bellot et Jean-Marc Juilhard dans leur rapport relatif aux énergies locales, « une commune ou une communauté de communes pourrait décider d'engager un programme de réhabilitation énergétique d'une partie des écoles primaires. Après un diagnostique énergétique, la commune financerait le renforcement de l'isolation de dix écoles et obtiendrait les certificats d'économie d'énergie correspondants. »[1103] L'impact de tels travaux ne peut être que bénéfique pour les collectivités territoriales dans la mesure où dans cet exemple, « en plus des économies sur les coûts de chauffage des écoles, elle pourra compenser une partie des coûts d'investissements en revendant ces certificats à des fournisseurs d'énergie 'obligés'. »[1104]

635. Le succès du recours au marché n'est encore que très relatif. Au 1er Janvier 2009, (soit un an après son ouverture) le nombre de transactions réalisées s'élevait au nombre de 40. Elles portaient sur 1,4 TWh soit à peine 4% du volume d'économies d'énergies certifiées à la même date. Le faible taux d'échange de certificats d'économies d'énergie sur le marché n'a pas tant pour origine un problème d'offre qu'un déficit de demande. En effet, les obligés préfèrent se prévaloir de certificats d'économies d'énergie suite à la réalisation d'économies par leurs services ou par les consommateurs finals plutôt que de les acheter sur le marché.

S'agissant des collectivités territoriales, quelques unes ont déjà mis en vente des certificats d'économies d'énergie sur le marché. A titre d'exemple, Colomiers a été la première commune de la région Midi-Pyrénées à s'être vue attribuer des certificats d'économies d'énergie [1105]. Par ailleurs, la ville de Blois a déjà obtenu 1,58 GWh Cumac.

La méthode de la délivrance de certificats d'économies d'énergie puis leur mise sur le marché n'est pas nécessairement celle que toutes les communes privilégient. Certaines préfèrent s'associer avec un obligé dans le cadre d'une convention de partenariat au terme de laquelle elles cèdent leurs droits à certificats d'économies d'énergie à l'obligé qui, en

---

[1103] Rapport d'information n°436 précité, p. 38
[1104] Ibid.
[1105] Exemple cité par la Lettre du cadre territorial, n° 378, 15 avril 2009, p. 27

contrepartie leur fournit une aide à l'investissement. A titre d'exemple, la communauté urbaine de Bordeaux a d'ores et déjà choisi ce procédé. Si ce système n'est que peu exploité par les collectivités territoriales à l'heure actuelle, il devrait être amené à se développer. La raison principale tient à l'augmentation prévue pour la période allant de 2009 à 2012 des économies à réaliser[1106] alors qu'un grand nombre actions auront été réalisées[1107]. Il sera plus difficile aux obligés de se procurer des certificats d'économies d'énergie. Il est ainsi fort probable que le faible taux des certificats d'économies d'énergie sur le marché[1108] conduise les « obligés » à davantage y recourir.

636. Par ailleurs, l'article 20 de la loi POPE modifie, les compétences des communes et de leurs groupements dans le cadre de la maîtrise de la demande d'énergie en leur permettant tout d'abord de recourir au FACE afin d'obtenir des aides financières pour la réalisation d'opérations de maîtrise de la demande d'électricité ou de production d'électricité par des énergies renouvelables. En outre, il permet également aux collectivités territoriales, les établissements publics de coopération intercommunale ou les syndicats mixtes compétents en matière de distribution publique d'énergies de réseau de réaliser ou de faire réaliser des actions tendant à maîtriser la demande d'énergies de réseau des consommateurs.

Cet article prévoit enfin que ces actions de maîtrise de la demande d'énergies de réseau peuvent donner lieu à délivrance de certificats d'économies d'énergie aux collectivités territoriales ou à leurs groupements concernés.

637. Les certificats d'économies d'énergie ainsi que les subventions du FACE, s'ils peuvent constituer un véritable moteur de réalisation d'économies d'énergies par les collectivités territoriales ne sont pas les seuls outils incitant les collectivités territoriales à agir en ce sens : elles peuvent également choisir de s'appuyer sur les dispositions du code des marchés publics.

[1106] A l'heure où nous rédigeons cette partie, le seuil n'a pas encore été arrêté mais il devrait, selon toute vraisemblance être deux fois supérieur à celui fixé pour la période 2006-2009.

[1107] Les « obligés » parviennent à obtenir des CEE en faisant faire des travaux visant à réaliser des économies d'énergie chez les consommateurs finals. Or, il ne s'agit pas d'une action perpétuellement renouvelable en ce sens qu'une fois les travaux réalisés dans un bâtiment, le fournisseur d'énergie ne pourra pas espérer convaincre la même personne de refaire de tels travaux avant plusieurs années.

B- L'utilisation de leur qualité d'acheteuse

638. Afin de réaliser des économies d'énergie, et le cas échéant, d'obtenir des certificats d'économie d'énergie, les collectivités territoriales peuvent tirer partie du code des marchés publics afin de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse d'un point de vue énergétique ou, du moins, de faire dépendre largement de ce critère l'attribution du marché (2).

L'éligibilité des collectivités territoriales devrait ainsi être de nature à favoriser la prise en compte de telles préoccupations (1).

1) *Les collectivités territoriales : des clients éligibles*

639. Depuis le 1er juillet 2004, les collectivités territoriales peuvent choisir librement leur fournisseur d'énergie. C'est l'article 22 de la loi du 10 février 2000 qui définit l'éligibilité : « Un consommateur final dont la consommation annuelle d'électricité sur un site est supérieure à un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat est reconnu client éligible pour ce site. Ce seuil est défini de manière à permettre une ouverture du marché national de l'électricité limitée aux parts communautaires moyennes définissant le degré d'ouverture du marché communautaire prévues par l'article 19 de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Ce même décret détermine la procédure de reconnaissance de l'éligibilité et les modalités d'application de ce seuil en fonction des variations des consommations annuelles d'électricité. » Progressivement, le marché s'est donc ouvert[1109]. Dès l'année 2000, les industriels consommant plus 16 GWh par an ont pu choisir leur fournisseur d'électricité. Par la suite, à partir de février 2003, les industriels consommant plus de 7GWh par an sont, à leur tour, devenus des clients éligibles ce qui a porté l'ouverture du

---

[1108] Selon un rapport sur le fonctionnement des certificats d'économies d'énergie de la direction générale de l'énergie et du climat de mai 2009, depuis le début des transactions, le prix moyen du CEE est fixé à 0,0032 euros/KWh.

[1109] Il convient de noter qu'EDF n'a pas attendu la transposition de la directive 96/92 pour ouvrir une partie du marché de l'électricité à la concurrence. Dès le 19 février 2009, estimant les dispositions de l'article 19 de la directive d'applicabilité directe, EDF a ouvert le marché pour tous les clients consommant plus de 100 GWh, ce qui représentait 20% du marché français.

marché à 37%[1110]. Depuis le 1er juillet 2004, tous les professionnels ainsi que les collectivités territoriales sont éligibles. Enfin, ce n'est que depuis le 1er juillet 2007 que le marché est totalement ouvert à la concurrence.

640. L'éligibilité n'est toutefois qu'une possibilité pour les collectivités territoriales qui n'ont pas l'obligation de faire jouer ce droit. Cette question, n'a pas toujours fait l'objet d'autant de certitudes. C'est avec l'avis du Conseil d'Etat du 8 juillet 2004[1111] que cette question est tranchée pour la première fois. Il y indique que les personnes publiques ont la possibilité « d'exercer les droits attachés à l'éligibilité » mais qu'elles ont « la faculté, à l'instar des autres clients éligibles, de ne pas exercer » ceux-ci. En effet, comme le souligne Monsieur le Sénateur Ladislas Poniatowski dans son rapport relatif au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, les dispositions des articles 21-1-b) de la directive 2003/54 et 23-1-b) de la directive 2003/55, selon lesquelles les États membres veillent à ce que tous les clients non résidentiels soient éligibles au plus tard le 1er juillet 2004 ne créent « aucune obligation car, selon l'article 22-III de la loi du 10 février 2000 et l'article 3 de la loi du 3 janvier 2003, les clients éligibles n'ont qu'une simple faculté de conclure un contrat d'achat d'électricité ou de gaz avec un producteur ou fournisseur différent des opérateurs historiques. » Afin, cependant, de lever toute ambiguïté, les parlementaires ont inséré, dans la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, un article 30 lequel dispose : « Les dispositions du code des marchés publics n'imposent pas à l'Etat, à ses établissements publics, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics d'exercer les droits accordés au III de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée et à l'avant-dernier alinéa de l'article 3 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 précitée. Lorsqu'elles exercent ces droits pour un de leurs sites de consommation, ces personnes appliquent les procédures dudit code déterminées en fonction de la consommation de ce site et peuvent conserver le ou les contrats de fourniture de leurs autres sites de consommation. »

Par conséquent, la part de marchés publics conclus entre les collectivités territoriales est relativement faible dans la mesure où lorsqu'elles choisissent de ne pas faire jouer leur éligibilité et conserver leur abonnement au tarif réglementé, le code des marchés publics,

---

[1110] Certaines collectivités territoriales remplissant ce critère de consommation ont dès lors été en mesure de faire jouer leur éligibilité à cette date.
[1111] CE, section des travaux publics, 8 avril 2004, RJEP, 2004, p. 444, suivi d'une note de Laurent Richer.

aussi surprenant cela soit-il, ne trouve pas à s'appliquer. Ceci ressort de l'avis du Conseil d'Etat précité qui indique au sujet du choix de la personne publique de ne pas exercer ces droits à éligibilité qu'il s'agit d'une décision « étrangère au règles de la commande publique ». Le Conseil d'Etat a semblé conserver sa position dans sa décision Ville de Dijon du 4 novembre 2005[1112]. Il a considéré, à propos d'un contrat d'approvisionnement en gaz naturel au tarif réglementé, donc sur le marché non concurrentiel, que celui-ci mettait en cause « les droits nés des rapports entre un service public industriel et commercial et un usager ; que ces rapports étant de droit privé, le juge des référés du tribunal administratif de Dijon n'était manifestement pas compétent pour connaître des conclusions de la ville de Dijon tendant à la suspension de la décision en litige. » Cette solution nous semble contestable. Tout d'abord, comme le remarque Laurent Richer, à partir du moment où l'on admet la qualification de « marchandise au sens de l'article 30 du Traité » s'agissant de l'électricité[1113] « les pouvoirs adjudicateurs doivent faire application de la directive 93/36 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture »[1114]. Il convient de rechercher si l'exception de l'article 6 de la directive 96/36 peut trouver à s'appliquer, justifiant ainsi l'absence de soumission des contrats de fourniture d'électricité et de gaz aux tarifs réglementés aux règles de la commande publique. Il ressort de cet article que les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs contrats de fourniture en recourant à la procédure négociée, sans publication préalable d'un avis d'adjudication lorsqu'en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, la fabrication ou la livraison de produits ne peut être confiée qu'à un fournisseur déterminé. Or, EDF pour l'électricité, tout comme GDF s'agissant du gaz, ne jouissent plus d'un monopole en matière de fourniture, le secteur étant totalement libéralisé depuis le 1er juillet 2007. Certes, certains pourront arguer du fait que concernant précisément la fourniture d'électricité et de gaz au tarif réglementé EDF et GDF jouissent encore respectivement d'une droit exclusif mais cet argument est somme toute extrêmement fragile dans la mesure où le produit fourni est identique que le tarif soit réglementé ou non. En outre, le tarif réglementé devrait au moins partiellement, disparaître[1115]. Par ailleurs, il ne semble pas ressortir de la

---

[1112] CE 4 novembre 2005, Ville de Dijon, n° 278895
[1113] Cela ressort de l'arrêt de la CJCE du 27 avril 1994, commune d'Almelo, aff. C-393/92
[1114] L. RICHER, note sous l'avis du CE 8 avril 2004, *RJEP*, 2004, p. 447
[1115] Ceci ressort des conclusions du rapport de la commission présidée par Paul Champsaur. Cette commission propose notamment, s'agissant de l'électricité, de supprimer le tarif réglementé pour les plus gros consommateurs.

jurisprudence communautaire ou même nationale que le type de tarif d'un produit soit un critère de droit exclusif.

641. Stéphane Braconnier a lui aussi également tenté de justifier cette solution du Conseil d'Etat sans parvenir à emporter notre totale adhésion : selon lui, la police d'abonnement conclue entre une collectivité territoriale et une entreprise par ailleurs délégataire doit s'analyser en un ensemble de contrats « que la collectivité locale va soumettre à publicité, mise en concurrence et, in fine, négociation avec le ou les délégataires intéressés. Au final, la convention de délégation de service public prendra donc la forme d'un contrat auquel sont annexés divers documents, la police type et l'annexe tarifaire notamment, adoptés unilatéralement par l'assemblée délibérante de la collectivité. »[1116]Aussi pertinente cette justification soit-elle, un élément vient semer le trouble : si la police d'abonnement ne doit pas être soumise au code des marchés publics, cela n'est que partiel. En effet, dès lors que la collectivité territoriale choisit de conclure une police d'abonnement en matière de fourniture d'électricité, on voit mal ce qui justifie de faire varier la nature du contrat selon que la collectivité territoriale a choisi d'exercer son éligibilité ou non. L'objet du contrat sera toujours le même. En outre, pour ce qui concerne la question spécifique de la distribution d'électricité et de gaz : si EDF et GDF restent les principaux fournisseurs des collectivités territoriales, ils ne sont plus leurs distributeurs. Ce sont désormais ERDF, filiale d'EDF et GRDF, filiale de GDF-Suez[1117] qui sont respectivement concessionnaires de la distirbution publique d'électricité et de gaz. Par conséquent, les deux contrats (concession et fourniture) sont nécessairement conclus avec deux entités différentes.

642. En tout état de cause, et puisque le choix actuellement laissé aux collectivités territoriales n'a pas vocation à être pérenne, il nous semble pertinent d'envisager la façon dont le code des marchés publics pourrait être utilisé à des fins de maîtrise de la demande d'énergie.

2) *De la bonne utilisation du code des marchés publics*

[1116] S. BRACONNIER, « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs. L'exemple des polices d'abonnement conclues par les collectivités locale avec les gestionnaires de services publics industriels et commerciaux », *AJDA*, 2006, p. 2099

[1117] Hors les cas où le concessionnaire est un distributeur non nationailsé.

643. Désormais, les collectivités territoriales sont des clients éligibles : elles ont donc l'obligation de mettre les fournisseurs en concurrence lors du renouvellement de leurs contrats de fourniture.

Le code des marchés publics, comme la plupart des outils dont disposent les collectivités territoriales pour agir en faveur de la maîtrise de l'énergie dans leurs services, n'a pas été conçu à cette fin. Toutefois, cet outil destiné à garantir la transparence et la mise en concurrence peut accessoirement contribuer à œuvrer en faveur de la maîtrise de la demande d'énergie.

644. Depuis 2004, le code des marchés publics inclut les critères environnementaux parmi ceux devant être pris en compte pour l'attribution d'un marché, cinq ans après que la Cour de justice des Communautés européennes l'a admis s'agissant de l'achat d'un autobus dans son arrêt du 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland[1118]. Selon Laurent Richer, « la condition de relation avec l'objet du marché s'apprécie à deux niveaux. In abstracto, la solution est de l'ordre du politique ; le juge tient compte de ce que la préservation de l'environnement fait paraître des objectifs poursuivis dans le secteur concerné ; tel est le cas pour les transports en commun ou la fourniture d'énergie. *In concreto*, l'analyse porte sur la relation établie par le pouvoir adjudicateur entre les considérations environnementales et la satisfaction de ses besoins ; il s'agit de vérifier que les conditions écologiques sont en relation avec l'exécution de la prestation. »[1119] Et Laurent Richer de citer comme exemple un arrêt de la CJCE du 4 décembre 2003, EVN AG dans lequel la Cour a considéré qu'était sans rapport avec l'objet du marché la prise en compte de la quantité globale d'énergie fournie par les soumissionnaires à partir de sources d'énergies renouvelables[1120].

L'introduction d'exigences relatives à la maîtrise de la demande d'énergie dans les marchés publics de fourniture d'énergie aux collectivités territoriales est, a priori, peu cohérente. En effet, agir sur la maîtrise de la demande, revient à agir sur la quantité d'énergie consommée dans les bâtiments publics locaux. Or, cela ne dépend pas du contrat de fourniture mais de la qualité des infrastructures auxquelles l'énergie achetée est destinée. C'est donc lors de la passation des contrats de rénovation des bâtiments existants, de construction de

---

[1118] CJCE, 17 septembre 2002, Aff. C-513/99, Concordia Bus Finland, *rec*. p. I-07213
[1119] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2006, p. 463
[1120] CJCE, 4 décembre 2003, Aff. C-448/01, EVN AG, AJDA, 2004, p. 334, obs. T. Gliozzo

nouveaux bâtiments que ce critère est pertinent. C’est avant tout dans le cadre des marchés d’exploitation des équipements pour le mobilier urbain que ce critère va devenir utile. L’alinéa 1er de l’article 14 du code des marchés publics prévoit que « les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. » Cette disposition ne vise pas expressément l’énergie, toutefois, la politique de protection des ressources énergétiques s’inscrit largement dans le cadre des préoccupations environnementales, en particulier, la lutte contre d’effet de serre.

645. En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur doit attribuer le marché au candidat ayant présenté l’offre économiquement la plus avantageuse en vertu de l’article 53 du code qui indique ce sur quoi il doit se fonder pour attribuer le marché. Il énonce : « I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. » Là encore, la performance énergétique n’est pas citée, toutefois, elle peut s’inscrire dans le cadre de la protection de l’environnement. En outre, la liste figurant à l’article 53 I du code des marchés publics n’est en aucun cas une liste exhaustive dans la mesure où y figure l’adverbe « notamment ».

646. L’article 137 du code des marchés publics indique, quant à lui, que les « dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices dans les cas suivants : / 1° Pour l'achat d'eau, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation mentionnée au premier

alinéa du 2° de l'article 135[1121] ; / 2° Pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation définie au 1° et au 3° de l'article 135[1122] ; / 3° Lorsque ces entités fournissaient, avant le 30 avril 2004, un service de transport par autobus et que d'autres entités fournissaient librement dans les mêmes conditions ce service. » Ainsi, les collectivités territoriales ne sont pas concernées car l'éclairage public n'est pas visé. Cette exception provient de la directive 93/38 et est, par conséquent, d'interprétation stricte. « Il est de jurisprudence constante qu'une exception appelle une interprétation stricte, ce qui signifie […] que l'on ne saurait retenir une interprétation extensive du champ d'application de la directive 93/38 ».[1123]

647. Il est nécessaire de déterminer le niveau territorial le plus pertinent pour procéder aux achats d'énergie. Jean-François Auby se demande si le niveau idoine est le niveau communal, le niveau intercommunal, ou le niveau syndical[1124]. Selon lui, les syndicats d'électricité à caractère départemental « peuvent constituer des opérateurs d'achat d'énergie »[1125]. Il semble que les intercommunalités puissent être le cadre d'achat dans la mesure où celles-ci ont vocation à acquérir des compétences toujours plus large en matière énergétique.

648. En outre, il est possible de voir dans les achats d'énergie par les communautés urbaines, d'agglomération ou de communes, une forme de « soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie » inséré au CGCT par les articles 21, 22 et 23 de la loi POPE du 13 juillet 2005, à condition que le contrat conclu se préoccupe de cette question.
Quel que soit le niveau choisi pour procéder aux achats d'énergie, il est nécessaire que le niveau concluant les contrats d'achat d'énergie soit d'une taille suffisante pour être sur un

---

[1121] L'article 135 2° du code des marchés publics énonce : « L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable. »
[1122] L'article 135 1° du Code des marchés publics énonce : « L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz, ou en chaleur ».
Le 3° énonce, quant à lui : « 3° Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ».
[1123] M. Mischa, avocat général, conclusions sous l'affaire C-513/99 du 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, point 53, *AJDA*, 2003, p. 433
[1124] J.F. AUBY, « Les collectivités territoriales et le nouveau droit de l'énergie
[1125] Ibid.

pied d’égalité avec le fournisseur lors de la négociation des contrats d’achat sans être trop important afin de connaître l’exacte mesure des besoins énergétiques sur le territoire.

Conclusion du titre second

649. Il apparaît qu'afin de mettre en œuvre et d'asseoir leur légitimité en matière de politique de protection des ressources énergétiques, les collectivités territoriales disposent d'une large variété d'outils.

Tout d'abord, elles peuvent recourir à des outils d'intervention indirects en ce sens qu'ils n'agissent pas directement sur la consommation ou la production d'énergie mais ont vocation à influer sur le comportement des administrés afin que ceux-ci adoptent un comportement favorisant la protection des ressources énergétiques. Toutefois, l'efficacité de ces outils est encore relative dès lors que les effets attendus sont parfois minimes – même si, en la matière, tous les efforts, aussi minimes soient-ils, sont importants. Par ailleurs, il ressort de leur étude que la marge de manœuvre des collectivités territoriales n'est pas systématiquement aussi importante qu'il n'y paraît au premier abord.

En revanche, le second type d'outils sur lesquels elles peuvent s'appuyer afin de mettre en œuvre la politique de protection des ressources énergétiques s'avère beaucoup plus efficace : il s'agit des outils d'intervention directs. A l'image des personnes privées, les collectivités territoriales disposent d'instruments leur permettant d'influer directement sur la maîtrise de la demande d'énergie et la production d'énergie d'origine renouvelable. Ces derniers produisent d'ores et déjà des résultats encourageants et leur utilisation grandissante témoigne de leur intérêt. Ils se révèlent être de véritables leviers d'action à la disposition des collectivités territoriales et leur utilisation devrait, à ce titre, se développer considérablement dans les années à venir.

Conclusion de la seconde partie

650. L'avenir des collectivités territoriales en matière énergétique semble incontestablement se jouer à travers la politique de protection des ressources énergétiques.

Leur rôle en la matière est encore empreint d'une certaine fragilité expliquée en grande partie par la nouveauté de leur action en ce domaine.

Les collectivités territoriales, en matière de politique de protection des ressources énergétiques, interviennent à deux niveaux : celui de son élaboration et celui de sa mise en œuvre. Pour ce qui concerne l'élaboration de la politique de protection des ressources énergétiques, si l'intervention des collectivités territoriales est encore quelque peu balbutiante, cela devrait, à relativement court terme, se stabiliser dans la mesure où le législateur semble encourager l'interventionnisme des collectivités territoriales du fait d'une légitimité en la matière difficilement contestable.

Par ailleurs, les collectivités territoriales sont largement parties prenantes de la mise en œuvre de la politique de protection des ressources énergétiques. Leur proximité avec les administrés fait d'elles des acteurs incontournables de cette politique. La diversité des outils dont elles disposent afin de mettre en œuvre cette politique s'avère être un véritable atout, même si dans ce domaine également, leur rôle devrait évoluer de façon à renforcer leur action.

Conclusion générale

651. Au commencement de cette recherche, l'objectif était d'étudier les collectivités territoriales à travers le prisme du secteur de l'énergie. L'objectif était de rechercher si le secteur énergétique était décentralisé. Il apparaît finalement qu'il y existe une part de décentralisation même si elle n'est effectivement à l'heure actuelle que marginale.

En un siècle, l'action des collectivités territoriales en matière énergétique a profondément évolué. De personnes intervenant de manière primordiale dans un secteur industriel et commercial, elles sont devenues des personnes destinées à intervenir en première ligne sur le champ environnemental. En effet, pendant de nombreuses années, le rôle des collectivités territoriales en matière énergétique se limitait au service public de la distribution d'électricité et de gaz, soit par le biais de régies communales ou intercommunales, soit par le biais de concessions de service public. La distribution revêtait alors véritablement les caractères d'un service public local. La loi de nationalisation du 8 avril 1946 a maintenu le système de la concession par les communes ou leurs groupements, elle a, par ailleurs, laissé subsister les petites régies de distribution existantes. Pour autant, à compter de cette nouvelle organisation, il est devenu pour le moins difficile de trouver des arguments permettant de continuer à qualifier la distribution de service public local. En effet, le mode de gestion de droit commun de cette activité devait être la concession de service public, or, la loi de 1946 contraint les collectivités concédantes à conclure ce contrat avec EDF et GDF, alors établissements publics nationaux auxquels se sont depuis substitués ERDF et GRDF, sociétés anonymes, filiales respectives d'EDF et de GDF-Suez.

Ainsi, bien que les textes continuent à qualifier la distribution d'électricité et de gaz de service public local, cette dernière caractéristique ne nous semble pas refléter la réalité. La décentralisation en matière de distribution nous semble n'être plus qu'un souvenir. Toutefois, le système élaboré en 1946 par lequel une centralisation certaine du secteur énergétique a été opérée a mis en place un système fonctionnant globalement de manière satisfaisante. Peut-être est-ce la raison pour laquelle le législateur n'a pas souhaité profiter des évolutions du secteur liées à sa libéralisation pour renforcer le rôle des collectivités territoriales en la matière.

Le constat de cet affaiblissement du rôle des collectivités territoriales, l'amenuisement de la décentralisation s'agissant de la distribution, ne signifient toutefois en aucune façon que celles-ci n'ont pas de rôle à jouer en matière énergétique et que ce dernier terme serait incompatible avec celui de décentralisation. En effet, si la libéralisation n'a pas été l'occasion de renouveler le rôle des collectivités territoriales en la matière, le récent intérêt porté aux questions environnementales a permis aux collectivités territoriales de se réapproprier un domaine qui leur était quelque peu familier. Cependant, c'est sous un tout nouvel aspect qu'elles vont se saisir de la question énergétique : celui de la politique de protection des ressources énergétiques.

652. Il s'agit ici d'un rôle encore en devenir. Si en la matière, une certaine décentralisation existe d'ores et déjà et devrait s'accentuer, leur rôle encore en construction à l'heure actuelle souffre d'un certain manque de réalité dans la mesure où les textes sur lesquels elles peuvent s'appuyer afin d'intervenir ne le consacrent pas expressément.

Sans doute, cette évolution du rôle des collectivités territoriales de l'industriel et commercial vers l'environnemental est-il, d'une certaine manière, révélateur d'une évolution des responsabilités des personnes publiques et des collectivités territoriales en particulier.

Cette remarque n'est toutefois pas dépourvue d'un certain nombre de paradoxes : alors que le Conseil d'Etat semble progressivement ouvrir aux personnes publiques un certain interventionnisme industriel et commercial, le législateur semble, d'un autre côté les déposséder – ou confirmer une dépossession – de leurs compétences traditionnelles dans la partie industrielle et commerciale du secteur énergétique. Par ailleurs, alors que l'Etat affiche une volonté d'accroître la décentralisation, il est un domaine dans lequel les prérogatives des collectivités territoriales ont été considérablement réduites sans que cela n'aie jamais véritablement été remis en cause : la distribution d'électricité et de gaz.

653. Parallèlement, se dessine, depuis plusieurs années, un nouveau champ d'action pour les collectivités territoriales à travers les préoccupations environnementales : la politique de protection des ressources énergétiques. Dès lors que l'énergie a un certain nombre d'implications en ce domaine, les collectivités territoriales trouvent une place à prendre.

A l'heure actuelle, leur intervention en la matière n'est encore qu'embryonnaire mais cela devrait nécessairement évoluer : d'une part parce qu'en matière environnementale, tous les acteurs doivent se mobiliser afin d'atteindre les objectifs fixés par l'Etat et l'Union

Européenne. D’autre part, parce qu’elles sont des décideuses, parce qu’elles prescrivent ou à défaut, influent sur le comportement de leurs administrés, leur intervention est légitime et indispensable en matière de protection des ressources énergétiques.

654. A ce titre, il serait nécessaire que le législateur consacre de manière moins ambiguë la compétence des collectivités territoriales dans un domaine dont elles se saisissent de plus en plus.

Index alphabétique

Les numéros indiqués sont les numéros de pages.

Accès (droit d'), 160, 164
Affaire locale, 25, 229, 304, 322
Annexe législative, 294
Autoconsommation, 408
Autorisation d'occupation du sol, 355
Autorité concédante *Voir concession*

Bâtiments publics, 417

Centralisation, 228, 231
Certificat d'économies d'énergie, 422
Collectivités territoriales (définition), 9
Commission de régulation de l'énergie, 142, 244
Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA), 266
Compatibilité limitée (principe de), 348
Concession, 18, 23, 33, 84, 100, 122, 140, 187, 220
Concession de service public, 54
Concurrence, 210, 227, 235
Contrat de plan Etat-régions, 285
Contrat de projet Etat-Région, 317
Contrat *in house*, 213, 222
Coopérative d'usagers, 112
Cristallisation, 149, 151, 155

Décentralisation, 13, 227, 228
Délégation de service public, 53, 70, 105, 205, 222
Distributeur non nationalisé, 115, 138, 209, 237, 246, 399, 407
Droit de grève, 181

Eclairage, 30, 51, 76, 98, 185, 192, 417,
Efficacité énergétique, 257
Egalité (principe d'), 234
Eligibilité, 137, 140, 427
Eligible *Voir éligibilité*
Energie (définition), 11
Energie renouvelable (définition), 260
Entreprises locales de distribution, 111, , 151
Etablissement public, 207

FACE, 162
Fourniture, 140
Intercommunalité, 74, 245, 311
Intérêt local, 26, 46, 69, 70, 229, 240

Libéralisation, 14, 132, 158, 198
Liberté contractuelle, 23, 95, 232
Liberté d'établissement, 212

Liberté du commerce et de l'industrie, 32, 58, 84, 175, 236, 392, 407
Libre administration des collectivités territoriales, 228, 247, 328
Loi de programme, 274
Maîtrise de la demande d'énergie, 256, 258
Marchés publics, 430
Monopole, 39, 40, 195, 241
Monopole de fait, 24, 39, 41, 50, 83, 208, 242,

Nationalisation, 80, 106

Obligation de desserte, 217
Obligations de service public, 217
Occupation de voirie, 29, 30, 42
Occupation du domaine public, 24, 30, 39

Péréquation tarifaire, 218
Permis de construire, 359
Permission de voirie, 42
Plan climat-énergie territorial, 258
Plan de desserte gazière, 199
Plan local d'urbanisme (PLU), 342
Planification, 283, 303
Police administrative, 31
Police municipale, 23, 175, 419
Politique de protection des ressources, 278
politique de protection des ressources énergétiques, 271, 289
Politique énergétique communautaire, 268
Politique énergétique locale, 302
Politique locale de protection des ressources énergétique, 255
Politique publique, 252, 277
Principe d'égalité, 159, 167
Principe de continuité, 177
Principe de mutabilité, 188
Principe de subsidiarité, 324
Production d'énergie, 387
Promotion des énergies renouvelables, 260
Protection des ressources énergétiques, 255, 300

Réduction d'impôt, 368
Régie, 112, 152, 388
Région, 316
Régulateur, 142
Régulation, 141,
Renégociation, 108, 109
Schéma de cohérence territoriale (SCOT), 340, 346
Schéma des services collectifs de l'énergie, 282
Schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie, 287
Schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie, 287
Secteur libre, 78, 83, 111, 116, 118, 119, 120, 52
Secteur stratégique, 277
Service public local, 21, 22, 38, 45, 62 , 104, 133, 157, 228,
Socialisme municipal, 23, 52, 61, 64, 112

Société d’économie mixte, 112, 113, 126, 127
Société d’économie mixte locale, 149, 152
Société d’intérêt collectif agricole, 111, 399
Subvention, 385
Tarif, 168
Taxe foncière sur les propriétés bâties, 372
Taxe locale sur l’électricité, 370
Vente d'énergie, 409

Bibliographie

Ouvrages généraux :

AUBY (J.-F.)

Les services publics locaux, Paris, PUF, 1982, 127 p.

Les services publics locaux, Paris, Berger-Levrault, 1997, 359 p.

AUBY (J.-F.), AUBY (J.-B.) et NOGUELLOU (R.)

Droit des collectivités locales, Paris, PUF, 2008, 4ème édition, 379 p.

AUBY (J.-F.) et RAYMUNDIE (O.)

Le service public, Paris, Le Moniteur, 2003, 632 p.

BERTHELEMY (H.)

Traité élémentaire de droit administratif, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1930, 1168 p.

BLANC (J.) et REMOND (B.)

Les collectivités locales, Paris, Dalloz, 1994, 699 p.

BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.) et RICCI (J.-C.)

Droit des collectivités territoriales, Paris, PUF, 1998, 708 p.

BRACONNIER (S.)

Droit des services publics, Paris, PUF, 2003, 532 p.

BRAIBANT (G.) et STIRN (B.)

Le droit administratif français, Paris, Dalloz, 2005, 652 p.

CHAPUS (R.)

Droit administratif général, Tome 1, Paris, Montchrestien,

Droit administratif général, Tome 2, Paris, Montchrestien,

Droit du contentieux administratif, Paris, Montchrestien,

COLSON (J.-Ph.) et IDOUX (P.)

Droit public économique, Paris, LGDJ, 2008, 844 p.

CHEROT (J.-Y.)

Droit public économique, Paris, Economica, 2008, 1032 p.

DELVOLVE (P.)

Le droit administratif, Paris, Dalloz, 2006, 160 p.

GAUDEMET (Y.)

Traité de droit administratif général, Tome 1, Droit administratif général, Paris, LGDJ, 2001, 918 p.

Traité de droit administratif général, Tome 2, Droit administratif des biens, Paris, LGDJ, 2002, 543 p.

GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (T.), ROLIN (F.)

Les grands avis du Conseil d'Etat, Paris, Dalloz, 2008, 582 p.

GODFRIN (Ph.) et DEGOFFE (M.)

Droit administratif des biens, Paris, Sirey, 2007, 511 p.

GUGLIELMI (G.- J.), KOUBI (G.) et DUMONT (G.)

Droit des services publics, Paris, Montchrestien, 2007, 755 p.

FERSTENBERT (J.), PRIET (F.) et QUILICHINI (P.)

Droit des collectivités territoriales, Paris, Dalloz, 2009, 756 p.

FRIER (P.-L.) et PETIT (J.)

Précis de droit administratif, Paris, Montchrestien, 2008, 552 p.

HAURIOU (M.)

Précis élémentaire de droit administratif, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1937, 597 p.

Précis de droit administratif et de droit public général, Paris, LGDJ, 1901, 896 p.

LE MESTRE (R.)

Droit du service public, Paris, Gualino Editeur, 2005, 532 p.

LINOTTE (D.) et ROMI (R.)

Droit public économique, Paris, Litec, 2006, 465 p.

LOMBART (M.) et DUMONT (G.)

Droit administratif, Paris, Dalloz, 2009, 633 p.

JACQUOT (H.) et PRIET (F.)

Droit de l'urbanisme, Paris, Dalloz, 2008, 978 p.

JEZE (G.)

Les principes généraux du Droit administratif, Paris, M. Girard et E. BRIERE, 1914, 543 p.

Les principes généraux du Droit administratif, Tome 2 : La notion de service public,

LACHAUME (J.-F.), BOITEAU (C.), PAULIAT (H.)

Grands services publics, Paris, Armand Colin, 2 2004, 583 p.

LONG (M.), WEIL (P.), DELVOLVE (P.), GENEVOIX (B.) et BRAIBANT (G.)

Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris, Dalloz, 2009, 980 p.

NICINSKI (S.)

Droit public de la concurrence, Paris, JGDJ, 2005, 230 p.

PRIEUR (M.)

Droit de l'environnement, Paris, Dalloz, 2004, 1001 p.

RIBOT (C.)

Leçons de droit public, Paris, Ellipses, 2006, 320 p.

TERRE (F.)

Introduction générale au droit, Paris, Dalloz, 2009, 656 p.

VENEZIA (J.-C.)

Les grands services publics administratifs, Paris, LGDJ, 1997, 1027 p.

VERPEAUX (M.)

Les collectivités territoriales en France, Paris, Dalloz, 2008, 328 p.

WALINE (J.)

Droit administratif, Paris, Dalloz, 2008, 702 p.

WALINE (M.)

Traité élémentaire de droit administratif, Paris, Sirey, 1951, 641 p.

Ouvrages spécialisés :

Figurent ci-après les thèses publiées

ADEME

La planification énergétique urbaine, Angers, ADEME éditions, Collection connaître pour agir, 2000, 56 p.

ADEME

Les autorités locales et la production d'électricité par éoliennes, Paris, ADEME, Collection Connaître pour agir, 2001, 68 p.

AMSELEK (P.)

Le budget de l'Etat sous la Vème République, Paris, LGDJ, 1967, 657 p.

AUBY (J.-B.)

La décentralisation et le droit, LGDJ, 2006, 152 p.

AUBY (J.-M.) et DUCOS-ADER (R.)

Grands services publics et entreprises nationales, tome 1, Paris, PUF, 1975, 370 p.

Grands services publics et entreprises nationales, tome 2, Paris, PUF, 1973, 334 p.

AYRAL (M.)

Droit communautaire de l'énergie, Paris, Joly Editions, 1997, 116 p.

AZEMA (A.)

Les schémas de services collectifs, Paris, la documentation française, 2002, 100 p.

BERNARD (S.)

La recherche de rentabilité des activités publiques et le droit administratif, Paris, LGDJ, 2001, 378 p.

BETTINGER (C.)

La gestion déléguée des services publics dans le monde, concession ou BOT, Paris, Berger-Levrault, 1997, 287 p.

BIENVENU (C.)

La saga de l'énergie, Paris, Cités des sciences et de l'industrie, Pocket, 1994, 126 p.

BINET TARBE DE VAUXCLAIR (J.)

De la permission de voirie comme mode de distribution d'énergie électrique, Thèse de doctorat, Poitiers, Paris, Jouve et Cie Editeurs, 1937, 170 p.

BLANC (J.) et REMOND (B.)

Les collectivités locales, Paris, Dalloz, 1994, 699 p.

BLONDEL (C.)

Histoire de l'électricité, Paris, cités des sciences et de l'industrie, Poket, 1994, 126 p.

BOITEAU (C.)

Les conventions de délégation de service public, Transparence et service public local, Paris, Le Moniteur, 2007, 264 p.

BOURJOL(M.) et LE LAMER (Ch.) (Dir.)

Energie et décentralisation, Paris, Economica, 1984, 297 p.

BRACONNIER (S.) (Dir.)

Les collectivités territoriales et leurs contrats, Paris, Editions du Juris-Classeur, 2001, 1079 p.

BRECHON-MOULENES (C.), LLORENS (F.), BAZEX (M.), GUISOLPHE (G.), AUBY (J.-B.), DELVOLVE (P.)

La concession de service public face au droit communautaire, Paris, Sirey, 1992, 126 p.

CARLES (J.) et DUPUIS (J.)

Service public local, Gestion publique, Gestion privée ?, Levallois-Perret, Nouvelles éditions fiduciaires, 1989, 288 p.

CARON (F.) et CARDOT (F.) (Dir.) ,

Histoire de l'électricité en France, Tome 1er, 1881-1918, Paris, Fayard, 1991, 999 p.

CHENOT (B.),

Les entreprises nationalisées, Paris, PUF, Collection Que sais-je ? 1977, 126 p.

CHEVALLIER (J.),

, Paris, PUF, Collection Que sais-je ? 2005, 80 p.

CHEVALIER (J.-M.) (Dir.)

L'idée de service public est-elle encore soutenable ?, Paris, PUF, 1999, 261 p.

Les nouveaux défis de l'énergie Climat, économie, géopolitique, Paris, Economica, 2009, 300 p.

CNFPT

Energétique, Paris, CNFPT, 1994, 113 p.

Collectif

L'Europe de l'électricité face au modèle français, Paris, PUF diffusion, 2004, 167 p.

COUDEVYLLE (A.)

Les concessions de service public des collectivités locales, Paris, Sirey, 1983, 199 p.

DAINTITH (T.) et HANCHER (L.)

La stratégie énergétique en Europe, son cadre juridique, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1987, 156 p.

DATAR

Les schémas des services collectifs, Paris, La Documentation française, 2002, 100 p.

DEGLAIRE (S.) et BORDIER (E.)

Electricité, Service public, Cadre du service, Paris, Berger-Levrault, 1963, 171 p.

Electricité, Service public, La Nationalisation, Paris, Berger-Levrault, 1963, 412 p.

DELAIRE (Y.)

La délégation des services publics locaux, Paris, Berger-Levrault, 2002, 277 p.

DELION (A.) et DURUPTY (M.)

Les nationalisations, Paris, Economica, 1982, 208 p.

DELVOLVE (P.)

Le principe d'égalité devant les charges publiques, LGDJ, 1969, 467 p.

DOAT (M.)

Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français, Paris, LGDJ, 2003, 318 p.

DUGUIT (L.)

Les transformations du droit public, Paris, Armand Colin, 1921, 285 p.

DUPUIS (G.)

Le centre et la périphérie en France, LGDJ, Collection systèmes, 2000, 138 p.

DUROY (S.)

La distribution d'eau potable en France, Contribution à l'étude d'un service public local, Paris, LGDJ, 1996, 436 p.

ECALLE (F.)

Maîtriser les finances publiques, pourquoi ? Comment ? Paris, Economica, 2005, 350 p.

EISNMANN (Ch.)

Centralisation et décentralisation Esquisse d'une théorie générale, Paris, LGDJ, 1948, 330 p.

FAVRET (J.-M.)

Droit et pratique de l'Union européenne, Paris, Gualino éditeur, 2008, 632 p.

FIALAIRE (J.)

Le droit des services publics locaux, Paris, LGDJ, 1998, 190 p.

FIGERE (M.)

La pratique actuelle en matière de procédure budgétaire, Uzes, Ateliers Henri Peladan, 1951, 264 p.

FITOUSSI (J.-P.)

*EDF, le marché et l'Europe. L'avenir d'un service publi*c, Paris, Fayard, 2003, 192 p.

FNCCR

Les collectivités locales et l'énergie : économie et politique d'un nouveau service public, Paris, Imprimerie nationale, collection Service public et pouvoir local, 2001, 184 p. ou 85 p.

FRAZER (F.)

Découvrir l'énergie, Paris, Editions du FANAL, 1982, 96 p.

GAUDY (R.)

Et la lumière fut nationalisée : naissance d'EDF – GDF, Paris, Editions sociales, 1978, 282 p.

GUIBAL (M.) et RAPP (L.)

Contrats des collectivités locales, Levallois, Francis Lefebvre, 1995, 772 p.

GUIMBAUD (L.)

L'employé de l'Etat en France, Paris, Le Boyteux, 1898, 160 p.

HENAFF (G.) (Dir.)

Concurrence et services publics, Enjeux et perspectives, Rennes, PUR, 2002, 350 p.

IPPOLITO (M.)

Contribution à l'étude du problème énergétique communautaire, Paris, LGDJ, 1969, 602 p.

ISIDORO (C.)

L'ouverture communautaire du marché de l'électricité à la concurrence et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume –Uni), Paris, LGDJ, 664 p.

JEZE (G.)

Les individus du service public, Le statut des agents publics, Paris, Dalloz, 2004, 848 p.

JOYAU (M.)

De l'autonomie des collectivités territoriales françaises – Essai sur la liberté du pouvoir normatif local, LGDJ, 1998, 362 p.

LACHAUME (J.-F.)

La commune, Paris, LGDJ, 1997, 116 p.

LAMARQUE (D.)

L'évaluation des politiques publiques locales, Paris, LGDJ, 2004, 215 p.

LAVERGNE (B.)

Le problème des nationalisations, Paris, PUF, 1946, 184 p.

LEMAIRE (Ch.)

Energie et concurrence : recherches sur les mutations juridiques induites de la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz, Tome 1, Aix ??, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 817 p.

LEVY-LEBOYER Maurice et MORSEL Henri (Dir.)

Histoire de l'électricité en France 1919-1946, Tome 2ème, Paris, Fayardn 1994, 1438 p.

LE GALL (A.)

L'électricité et les collectivités locales, Paris, Le Moniteur, 2004, 157 p.

LONG (M.) (Présidence)

Négocier, gérer et contrôler une délégation de service public, Paris, La documentation Française, 1999, 189 p.

MARAIS (B. du)

Droit public de la régulation économique, Paris, Dalloz, 2004, 602 p.

MARTIN (J.-M.)

Economie et politique de l'énergie, Paris, Armand Colin, 1992, 193 p.

MATHARAN (X.)

Les collectivités territoriales et le service public de l'électricité, Paris, Editions techniques, 2004, 102 p.

MARJORELLE (J.)

L'énergie économie et politique, Paris, Les cours de droit, 1969, 282 p.

MENY (Y.) et THOENIG (J.-C.)

Politiques publiques, Paris, PUF, 1989, 391 p.

MERLIN (P.)

Urbanisme, Que sais-je ?, Paris, PUF, 2002, 127 p.

Energie et environnement, Paris, La Documentation française, 2008, p. 183

MICHOUD (L.)

La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, Tome 1, Paris, LGDJ, 1924, 513 p.

MONOD (J.) et de CASTELBAJAC (Ph.)

L'aménagement du territoire, Que sais-je ?, Paris, PUF, 2004, 127 p.

MORGAND (L.)

La loi Municipale, commentaire de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux, Paris, Librairie administrative de Berger-Levrault et Cie, 1884, 646 p.

MORSEL (H.) (Dir.)

Histoire de l'électricité en France 1946-1987, Tome 3ème, Paris, Fayard, 1996, 1196 p.

NARBONI (R.)

La lumière urbaine, Eclairer les espaces publics, Paris, Le Moniteur, 1995, 261 p.

NICINSKI (S.)

L'usager du service public, Paris, L'Harmattant, 2001, 564 p.

PETIT (Y.) (Dir.)

Droit et politiques de l'environnement, Paris, La documentation Française, 2009, 199 p.

PILON (E.)

Monopoles communaux, Eclairage au gaz et à l'électricité, Distribution d'eau et de force motrice, Omnibus et tramways, CAEN, Imprimerie Charles Valin, 1898, 267 p.

PONTIER (J.-. M)

L'Etat et les collectivités locales, La répartition des compétences, Paris, LGDJ, 1978, 630 p.

Les schémas de services collectifs, Paris, LGDJ, 2003, 116 p.

POIRET (J.)

Droit de l'hydroélectricité, Tomes 1 et 2, Paris, Economica, 2004, 2664 p.

POUPEAU (F.-M.)

Le service public à la française face aux pouvoirs locaux. Les métaphores de l'Etat jacobin, Paris, CNRS Editions, 2004, 246 p.

PRIET (F.)

La décentralisation de l'urbanisme, Essai sur la réforme de 1983-1985, Paris, LGDJ, 1995, 446 p.

RICHER (L.) (Dir.)

Droit des services publics locaux, Paris, Le Moniteur, 1995-2002

ROGER (L.)

Le domaine industriel des municipalités. Distribution d'eau, de gaz, d'électricité, transports en commun, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1901, 101 p.

ROUAULT (M.-Ch.)

L'intérêt communal, Lille, PUL, 1991, 444 p.

SABLIERE (P.)

Droit de l'électricité, Paris, Dalloz, 2003, 1777 p.

SOKOLOFF (P.)

Marchés publics et délégations de service public des collectivités locales, Paris, Technique et documentation, 1998, 371 p.

SOUTY (F.)

Les collectivités locales et le droit de la concurrence, Paris, Imprimerie Nationale Editions et Dexia Editions, 2003, 504 p.

STIRN (B.)

Les sources constitutionnelles du droit administratif- Introduction au droit public, Paris, LGDJ, 2008, 180 p.

TERNEYRE (Ph.)

La grève dans les services publics, Paris, Sirey, 1991, 152 p.

TESTE (P.)

Le service public de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique, Paris, Dalloz, 1940, 457 p.

THOMAS (S.-G.)

Le régime juridique du pétrole en France, Paris, Sirey, 1934, 224 p.

VERNIER (J.)

Les énergies renouvelables, Paris, PUF, 2009, 127p.

VIGNIER (J.)

Les régies des collectivités locales, Paris, Economica, 1992, 278 p.

WARIN (Ph.) (Dir.)

Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes, Paris, La découverte, 1997, 335p.

ZELLER (A.)

La France enfin forte de ses régions. Glossaire engagé de la décentralisation, Paris, Gualino Editeur, 2002, 295 p.

Articles :

AGUADO (A.)

« L'ouverture du marché électrique », *Revue de droit de l'Union Européenne*, 2003, p. 498

AGUILA (Y.)

« La politique pénale est-elle une politique publique comme une autre ? », *Revue administrative*, 1994, p. 7

ALEXIS (A.)

« Financement des services publics et droit communautaire », RGCT, 2005, n°34, p. 211

ALIBERT (T.)

« L'intuitus personae dans la concession de service public : un principe en mutation ? », *La revue administrative*, 1990, p. 507

AUBY (J.-B.)

« Balladur II », *DA*, Mars 2009, p. 2

« Pluralisme territorial et droit communautaire », *DA*, Décembre 2009, p. 2

AUBY (J.-F.)

« La loi du 6 février 1992 et l'administration d'Etat », *RFDA*, 1993, p. 234

« Vers un retour à la régie ? », *Pouvoirs locaux*, 1997, II, p. 16

« Les collectivités locales et le nouveau droit de l'énergie », *Droit administratif*, décembre 2003, p. 13

AUBY (J.-M.)

« La notion de Concession et les Rapports des Collectivités Locales et des Etablissements Publics de l'Electricité et du Gaz dans la Loi du 8 avril 1946 », *CJEG*, 1949, doct., p. 2

« La nationalisation du gaz et de l'électricité », *in Les nationalisations en France*, PUGET (H.) (dir.), Paris, Sirey, 1958, 350 p.

BAH (M.) et CHALMET (J.-L.)

« Les relations du droit dans les industries électriques et gazières après la loi du 10 février 2000, *CJEG*, 2003, p.225

BAILLEUL (D.)

« Le droit administratif en question : De l'intérêt général à l'intérêt économique général ? », *JCP A*, 2005, p. 587

BARALLE (P.-J.)

« L'implantation des éoliennes », *Droit-Environnement*, janvier-février 2006, p. 30

BARBIER (Ch.)

« L'usager est-il devenu le client du service public ? », *JCP*, 1995, p. 31 (I)

BARTHELEMY (Ch.)

« L'ouverture des marchés de l'électricité et la transformation d'EDF », *DA*, octobre 2004, p.7

« La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ? », *RJEP*, 2004, p. 423

« La loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique des collectivités locales », *JCP A*, 2005, p. 1343

BASILIEN-GAINCHE (M.-L.)

« Le service public de l'électricité : entre ouverture du marché et ouverture du capital », *RDP*, n°6, 2002

BAVAY (R.)

« L'écologie contre l'environnement », *Etudes foncières*, mars-avril 2003, p. 35

BELLOC (Ch.) et COIN (R.)

« Les orientations de la politique énergétique. A propos de la loi de programme du 13 juillet 2005 », *JCP*, p.1780 (n°519)

BENECH (A.)

« L'évolution des documents actuels pour intégrer le développement durable », *Gaz.Pal.*, 2008, p. 2827

BENOIT (L.)

« Décentralisation et développement économique : la nouvelle répartition des compétences », *AJDA*, 2005, p. 1878

BICHE (P.)

« L'agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie », *RFFP*, Mai 2005, p. 150

BIENVENU (J.-J.) et RICHER (L.)

« Le socialisme municipal a-t-il existé », *Revue historique de droit français et étranger*, n°62, 1984, p. 205

BILLET (Ph.)

« De l'efficacité relative de la fiscalité environnementale. A propos du rapport 2005 du Conseil des impôts : 'Fiscalité et environnement' », *Environnement*, Octobre 2005, p. 22

« Eole au risque du droit de l'urbanisme », *JCP A*, 2006, p. 1559

« Le nouveau régime des autorisations d'urbanisme et la protection de l'environnement », *Construction-Urbanisme*, Septembre 2007, p. 13

« Régime contentieux des autorisations relatives aux ouvrages utilisant l'énergie hydraulique », *JCP A*, 11 février 2008, p. 31

« Risque éolien : le fond de l'air effraie », *JCP A*, 13 octobre 2008, p. 28

« L'énergie éolienne est sans prix », *JCP A*, 13 octobre 2008, p. 25

« Loi Grenelle I : programme, promesse ou vœux pieux ? », Droit de l'environnement, Septembre 2009, n°71, p. 32

BIZEAU (J.-P.)

« Usagers ou clients du service public ? Le discours de l'Administration », *Revue administrative*, 1997, p. 209

BILLET (Ph.)

« Le nouveau régime de l'implantation des panneaux photovoltaïques », *JCP A*, Décembre 2009, p. 38

BLANCHARD (P.)

« L'évolution du secteur électrique français au lendemain de l'arrêt de la CJCE sur les monopoles d'importation et d'exportation d'électricité », *CJEG*, 1998, p. 71

BLANQUEFORT (Ph.) et TERRIEN (G.)

« Les collectivités territoriales et le traitement des déchets ménagers », *BDEI*, mars 2008, p. 17

BLAVOET (Ch.)

« Le pouvoir concédant des départements en matière de distribution d'énergie électrique », *RGE*, 1930, p. 1003

Commentaire de la loi de nationalisation du 8 avril 1946, *Dalloz*, 1947, législation, p. 97

BLERVACQUE (L.-Ph.)

« Les impacts des parcs éoliens », *Droit de l'environnement*, janvier-février 2006, p.28

BLOCH (K.)

« Concession de service public, Analyse comparée de la notion en droit interne, communautaire et international », *Juris-Classeur Collectivités territoriales*, fasc.760 (2004)

BLUMANN (C.)

« Energie et Communautés européennes », *Rev. europ.*, 1984, p. 22

BOITEAU (C.)

« Concept communautaire de service public et services publics locaux », *RFDA*, 1995, p. 321

« Le prix controversé du rachat de l'énergie éolienne ou l'énergie renouvelable à quel prix ? », *AJDA*, 2009, p. 2105

BONAITI (J.-P.)

« La décentralisation dans la loi de 1946 : du compromis introuvable à l'accommodement implicite » in *La nationalisation de l'électricité en France, nécessité technique ou logique politique, Association pour l'histoire de l'électricité*, Paris, PUF, 1996, p.173

BONICHOT (C.) et FROMENT (E.)

« Les compétences des collectivités locales », *LPA*, 14 mai 2001, p. 29

BOUQUET (G.)

« La fourniture d'électricité des entreprises locales de distribution hors de leur zone de desserte après la loi du 9 août 2004 », *AJDA*, 2 mai 2005, p. 922

« Les mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir des sources d'énergie renouvelable à l'épreuve des articles 87 et 88 du traité relatifs aux aides d'Etat », *AJDA*, 2006, p. 697

BOUQUET (G.) et BUTTERY (E.)

« Vers la fin du droit des préférences accordés aux concessionnaires de transport et de distribution d'électricité et de gaz », *AJDA*, 2006, p. 964

BOUQUET (G.) et BEAUVILLARD (S.)

« Le règlement des différends devant la CRE », AJDA, 2004, p. 1911

BOURGINON (D.)

« Quel rapport entre libéralisation du marché gazier et sécurité énergétique ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, mars 2008, p. 178

BOUROTTE (C.)

« La place des collectivités locales dans la nouvelle organisation du secteur de l'électricité », *Collectivités Territoriales-Intercommunalité*, 2001, chron. N°15, p. 4

BOUSSEL Hélène

« Menace sur les réseaux de distribution », *Gazette des communes*, 21 mars 2005, n°12, p. 32

BOUZELY (S.-C.)

« La gestion des services publics et la liberté commerciale », *Revue Administrative*, 1980, p. 187

BRACONNIER (S.)

« Les arrêtés municipaux anti-coupure d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », *AJDA*, 2005, p.645

« La loi 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, la régulation économique à l'épreuve du service public », *CJEG*, 2006, p. 1

« Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs – L'exemple des polices d'abonnement conclues par des collectivités locales avec les gestionnaires de services publics industriels et commerciaux », *AJDA*, 2006, p. 2099

BRECHON-MOULENES (Ch.)

« Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, p. 643

BRISSON (J.-F.)

« Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 529

« Les transferts de compétences de l'Etat aux collectivités locales », *DA*, Avril 2008, p. 8

BRONDEL (S.)

« Contrats de fourniture d'électricité et de gaz : la mise en concurrence peut être repoussée », *AJDA*, 2004, p. 1567

BROUANT (J.-Ph.), ZITOUNI (F.), QUILICHINI (P.), AMZALLAC (M.) et LOTT (X.)

« La loi 'Libertés et responsabilités locales' et la politique du logement », Actes du séminaire permanent Droit de l'habitat, GRIDAUH 20 octobre 2004, AJDI 2004, p. 867

BRUNET (P.)

« L'empire du principe de transparence ou le côté obscur de la force », *RDC*, 2006, p. 493

CADIEU (P.)

« Le fabuleux destin de la loi Sapin », Octobre 2005, Revue Lamy des Collectivités territoriales, p.

CAMBY (J.-P.)

« La valeur de la loi ? », *RDP*, 1999, n°4, p. 1223

CARBAJO (J.)

« Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public », *AJDA*, 1981, p. 176

CARDON (H.) et COIN (R.)

« Les ouvrages de transport et de distribution d'électricité et de gaz dans le code de la voirie routière », *CJEG*, 1990, p.79

CASSARA Hervé

« Géothermie : le droit à la recherche de l'or blanc », Gazette du Palais, 18-19 janvier 2006, p. 10

CAUDAL (S.)

« L'écofiscalité à l'épreuve des principes financiers et fiscaux », *RFFP*, Mai 2005, p. 32

CHABRIT (N.)

« Le droit nouveau de l'énergie : la transposition des directives électricité et gaz en France », *Dalloz*, Cahier droit des affaires n°30, p. 463

CHAPUISAT (L.-J.)

« Les affaires communales », *AJDA*, 1976, p. 470

CHAVRIER (G.)

« Le service public de l'électricité est-il menacé ? », *DA*, octobre 2002, p. 10

CHENOT (B.)

« Philosophie des nationalisations », *RFAP*, 1980, n° 15, p. 7

CHEVALIER (J.-M.)

« Politique énergétique : les enjeux : La France peut-elle encore définir une politique énergétique nationale ? », *Futuribles*, n°284, mars 2003, p. 5

CHIRAC (J.)

« Une nouvelle vision de l'action publique », *JCP A*, 2005, p. 307

CHORIN (J.)

« Les dispositions sociales dans la loi du 10 février 2000 ouvrant l'électricité à la concurrence », *Droit social*, 2002, p. 410

« La grève dans les services publics quelques questions d'actualité », *Droit social*, 2003, p. 567

CHRESTIA (Ph.)

« Le service public, l'usager et le droit de grève », *JCP A*, 2005, p. 1151

CHRISTIANY (D.)

« La nouvelle politique énergétique des intercommunalités », Collectivités territoriales- Intercommunalités, octobre 2005, p. 3

COIN (R.)

« Les ouvrages de transport et de distribution d'électricité et de gaz dans le code de la voirie routière », *CJEG*, 1990, p. 79

« Les instances de régulation dans la loi du 10 février 2000 », *CJEG*, 2001, p. 6

« Le régime juridique de la production d'électricité en France dans la loi du 10 février 2000 », *CJEG*, 2001, p. 269

COIN (R.) et BLOCK (G.)

« L'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz, une nouvelle étape : la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 », *JCP*, 8 septembre 2004, p. 1517

COLIN Frédéric

« Le bon fonctionnement du service public », *RRJ*, 2006, p. 2055

COLLECTIF

L'Europe de l'électricité face au modèle français, Collection Revue Politique et Parlementaire, Paris, PUF Diffusion, 2004, 167 p.

CONSTANTINESCO (V.)

« Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTDE*, Avril-juin 2005, p. 305

COURIVAUD (H.)

« Projet de loi de modernisation et développement du service public de l'électricité, quels enjeux pour les collectivités territoriales ? », 1ère partie, *La gazette des communes*, 8 novembre 1999, p. 44

« Projet de loi de modernisation et développement du service public de l'électricité, quels enjeux pour les collectivités territoriales ? », 2ème partie, *La gazette des communes*, 15 novembre 1999, p. 76

« Les collectivités locales confrontées à la libéralisation des activités de réseau électrique : convergences et divergences d'approches entre la France et l'Allemagne », *CJEG*, 2001, p. 411

CROUZATIER-DURAND (F.)

« L'expérimentation locale », *RFDA*, 2004, p. 21

DAUCHY (J.-M.)

« Mutabilité du service public et droits des usagers », *LPA*, 2003, n° 251, p. 8

DEBAT (J.-F.)

« Le système français des certificats d'économie d'énergie », *CJEG*, 2006, p. 365

DEHARBE (D.)

« La part des montages contractuels dans le régime juridique de l'éolien », *Droit de l'environnement, janvier-février* 2006, p. 10

DELACOUR Eric

« La loi 'MURCEF' : aspects de droit public », *DA*, Mars 2002, p. 5

« Précisions sur le régime d'appel d'offres et les contrats d'achat en matière de production d'électricité », *Contrats et marchés publics*, février 2003, p. 9

DELATTRE (F.)

« L'ouverture à la concurrence des marchés énergétiques », *Regards sur l'actualité n°263, La documentation française*, p. 33

DELCAMP (A.)

« Principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, 1995, p. 609

DELPIROU (D.)

« Régies d'électricité et distribution aux services publics », *CJEG*, 1990, p. 265

DELVOLVE Pierre

« Les concessions de transport et de distribution de gaz » , 1ère partie, *CJEG*, 1969, Chron. p. 1091

« Les concessions de transport et de distribution de gaz » , 2ème partie, *CJEG*, 1969, Chron. p. 1147

« Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 1

DEMAYE-SIMONI (P.)

« Le développement de l'éolien en questions, remarques sur le rôle des collectivités territoriales et intercommunalités », *Droit de l'environnement*, janvier-Février 2006, p. 38

DENYSYUK (V.)

« A la recherche d'une communauté paneuropéenne de l'énergie : intégration de l'Ukraine dans la politique énergétique européenne, implications et contours », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, mars 2008, p. 186

DEPREZ (D.)

« Un nouveau classement pour les installations de traitement des déchets ? », *BDEI*, septembre 2008, p. 12

« Les éoliennes soumises au régime des installations classées ? », *BDEI*, septembre 2008, p. 12

DERDEVET

« Entre service public et concurrence européenne quinze ans de valse-hésitation française…et d'incompréhensions mutuelles », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, mars 2008, p. 169

DEROSIER (J.-P.)

« La dialectique centralisation/décentralisation, recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, p. 107

DESAMA (C.)

« 1990-2003, la libéralisation du marché de l'électricité en Europe », *Problèmes économiques*, 26 mai 2004, p. 2

DIEU (F.)

« La soumission à la concurrence des conventions de délégation du service public de distribution du gaz », *BJCP*, 2006, p. 165

DOUENCE Jean-Claude

« Les incidences du caractère national ou local du service public », *AJDA*, 1997, numéro spécial, p. 113

DRAGO (G.)

« Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *RIDC*, 1994, p. 583

DREYFUS (B.)

« A propos de la clause de compétence générale », *AJDA*, 2009, p. 337

DREYFUS (J.-D.) et NOEL (N.)

« Un socialisme municipal qui ne dit pas son nom ? Commentaire de l'article 12 de la loi du 23 février 2005 relatif au développement des territoires ruraux », *BJCL*, 2005, p. 214

DUCOULOUX-FAVARD (C.)

« La loi Le Chapelier et la liberté du commerce », *LPA*, 9 juin 1989, p. 28

ECHARD (H.) et ROUVEYRAN (T.)

« Les apports de la loi du 13 juillet 2005 pour les collectivités », *Gazette des communes*, 19 septembre 2005, p. 62

ECHEGUT (M.)

« La notion d'éligibilité en matière d'achat public d'énergie électrique », *Contrats et Marchés publics*, janvier 2005, p.5

ESNAULT (B.)

« Libéralisation des marchés électriques et choix d'investissement en production », *Revue de l'Energie*, 2002, p. 503

FABERON (J.-Y.)

« Energie : les réticences de la décentralisation », *AJDA*, 1985, p. 571

FAURE-TRONCHE (V.)

« Le problème de la qualification des contrats d'accès au réseau passés par EDF », *DA*, juin 2001, p. 4

FERSTENBERT (J.)

« Une troisième catégorie des services de l'Etat ? », *AJDA* 1997, p. 315

FIQUET (A.)

« L'interconnexion et les échanges d'énergie en Europe », *CJEG*, 1988, p. 264

« Vers une réconciliation entre l'Europe et les services publics », *AJDA*, 1998, p. 864

FLAMAND-LEVY (B.)

« Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *RFDA*, 2004, p. 59

FOURNIER (J.)

« Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union Européenne », *CJEG*, 2005, p. 135

FRISON-ROCHE (M.-A.)

« La mutation de la régulation énergétique par la loi du 9 août 2004 », *Revue Lamy Concurrence*, Novembre 2004-Janvier 2005, p. 131

GADEA (N.)

« Les missions de service public dans le cadre de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », *RRJ*, 2001, p. 813

GALLON (S.)

« La fin du monopole d'EDF et la concurrence sur le marché européen de l'électricité », *Regards sur l'actualité n°263, La documentation française*, p. 3

GAUDEMET (M.)

« Un nouveau régime juridique pour les contrats des EPIC », *Le Moniteur*, 25 janvier 2002, p. 81

GAUDEMET (Y.)

« La mort de charbonnage de France », *RJEP*, 2003, p. 1

GERADIN (D.)

« L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau, Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation », *Cahiers de droit européen*, 1999, p. 13

GERARD-VARET (L.-A.)

« Présentation », *Revue d'économie politique*, 1996, n° 1, p. 1

GLASER (E.)

« Obligation de transparence et absence de transparence », *BJCP*, 2005, p. 415

GLENARD (G.)

« La notion de délégation dans le droit de la délégation de service public », 1ère partie, *DA*, Février 2002, p. 4

« La notion de délégation dans le droit de la délégation de service public », 2ème partie, *DA*, Mars 2002, p. 11

GODFRIN (G.)

« L'urbanisme en voie de transition environnementale », *Construction-Urbanisme*, janvier 2009, p. 3

GOHIN (O.)

« La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *AJDA*, 2003, p. 522

GODFRIN (G.)

« L'urbanisme en voie de 'transition environnementale' », *Construction –urbanisme*, janvier 2009, p. 3

GRAMMATICO (L.)

« Le recours à la démocratie participative sur l'avenir énergétique de la France », *Droit de l'environnement*, octobre 2005, p. 235

GROS (M.)

« Les éoliennes sont-elles des moulins à vent ? », *Droit de l'environnement*, janvier-février 2006, p. 8

GROUD (H.)

« Réflexions sur les compétences locales », *Les cahiers de l'administration territoriale, n° 7 Services publics locaux*, juin 1984, p. 8

« Questions sur le droit des interventions économiques des Collectivités locales », *AJDA*, 2005, p. 457

GUENTCH (B.)

« Concessions : La renégociation des contrats d'EDF », *La gazette des communes*, 25 novembre 1991, p. 27

GUILLOUD (L.)

« Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », *LPA*, 19 avril 2007, p. 53

GUY (S.)

« Les annexes législatives », *RFDA*, 1994, p. 819

HAMON (F.)

« Les monopoles des services publics français face au droit communautaire : le cas d'EDF et GDF », *Dalloz*, 1993, p. 91

« Le marché intérieur de l'énergie : les directives électricité et gaz naturel », *AJDA*, 1998, p. 851

HASTINGS-MARCHADIER (A.)

« Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », *AJDA*, 1998, p. 683

HERTZOG (R.)

« Le prix du service public », *AJDA*, 1997, p. 55

JEGOUZO (Y.)

« Les schémas de services collectifs », *AJDA*, 2002, p. 683

« Un Etat décentralisé », *AJDA*, 2003, p. 513

JEZE (G.)

« La concession de service public », *RDP*, 1925, p. 529

JEZEWSKI (C.)

« En attente de décentralisation », *Pouvoirs locaux*, 1997, n° 33, p. 77

JOSSERAND (L.)

« Le contrat forcé et le contrat légal », *Dalloz*, 1940, p. 5

JOURDAN (Ph.)

« La formation du concept de service public », *RDP*, 1987, p. 89

KARPENSCHIF (M.)

« La notion d'aide d'Etat, application au secteur de l'énergie », *RJEP*, 2003, p. 51

KERN (B.)

« Légalité des arrêtés anti-coupures EDF-GDF et renégociation des contrats de concession, *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, avril 2005, p. 53

KIMPE (J.)

« La nécessaire intercommunalité », *Les cahiers du CNFPT*, 1993, n° 38, p. 69

KOVAR (R.)

« La 'peau de chagrin', ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics », *Europe*, juillet 1992, p. 1

« La fée électricité : plus de lumière sur les articles 37 et 92 du traité CE », *Europe*, Décembre 1997, p. 3

KUCHEIDA (J.-P.)

« Le conseil supérieur de l'électricité et du gaz », *Revue Française de l'Energie*, février 2002, p. 77

LACHAUME (J.-F.)

« Décentralisation et régies locales », *RFDA*, 1989, p. 432

« Service public local, Définition », *Juris-Classeur Collectivités territoriales*, fasc. 730 (1995)

« Service public local, Domaine », *Juris-Classeur Collectivités territoriales*, fasc. 732 (1995)

« Service public local, régime juridique », *Juris-Classeur Collectivités territoriales*, fasc. 734 (1995)

« L'usager du service public industriel et commercial géré par l'entreprise publique », *CJEG*, 1994, p. 317

« Le décret n°2001-184 du 23 février 2001 relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public local », *RFDA*, 2001, p. 1063

LAGONDET (F.)

« Du dogme du marché intérieur à la négociation sur le service public, A propos de la directive Electricité », *Europe*, mai 1997, p.4

LAIGNEAU (M.)

« Vers de nouvelles règles du jeu du marché de l'électricité : à propose du rapport Champsaur, *RJEP*, Août-septembre 2009, p. 1

LAJUDIE (G. de)

« Les compétences des collectivités territoriales en matière d'environnement », *Gazette de l'environnement*, 25 juin 1998, p. 763

LAMBERT-HABIB (M.-L.)

« Comment introduire des critères de développement durable dans les opérations d'aménagement urbain ? », *RFDA*, 2006, p. 759

LAMBRECHT (C.)

« Droit des énergies nouvelles », *RJE*, 1982, p. 284

LAPOUZE (P.)

« L'expérimentation par les collectivités territoriales », *JCP A*, 2006, p. 307

LARERE (S.)

« Présentation des dispositions de la loi du 3 janvier 2003 relatives à l'électricité », *CJEG*, 2003, p. 323

LAVOILLOTTE (M.-P.)

« Le nouveau cadre juridique des installations photovoltaïques au sol », *Droit de l'environnement*, 2010, p. 109

LE BAUT-FERRARESE (B.)

« L'impact paysager des éoliennes », *JCP A*, 2008, p. 37

« Coup de vent sur les éoliennes ? », *AJDA*, 2008, p. 2117

LE BAUT-FERRARESE (B.) et LANDBECK (D.)

« La loi sur l'énergie du 13 juillet 2005 et les énergies renouvelables », *AJDA*, 2006, p. 189

LE BERRE (Ch.)

« La logique économique dans la définition du service public », *RFDA*, 2008, p. 50

LE BRIERO (S.)

« La loi énergie du 13 juillet 2005 : un nouveau souffle pour l'énergie éolienne ? », *Gazette du Palais*, 18-19 janvier 2006, p. 15

LE CORRE (L.)

« Eoliennes, à la recherche d'une régulation juridique », *Environnement*, Décembre 2002, p. 8

LE CORRE (L.)

« Un nouveau statut juridique pour l'éolien », *Environnement*, mars 2003, p. 16

LE GALL (A.)

« La loi du 3 janvier 2003 », *JCP E*, 2003, p. 452

« Droit de l'énergie », *JCP E*, 2006, p. 204

« Droit de l'énergie », *JCP*, 2007, p. 39

LE CLAINCHE (M.)

« Interventionnisme et socialisme municipal : un essai de définition », *Administrations*, 1979, n° 104, p. 64

LE LOUARN (P.)

« Les chartes de l'environnement entre décentralisation et déconcentration, conception et mise en œuvre d'une politique publique de l'Etat », *RJE*, 1995, n° 1, p. 27

LEMOUZY (L.)

« Le rapport Caillosse sur la clause générale de compétence », *JCP A*, 2006, p. 927

LEPAGE (C.)

« Les innovations de la loi du 13 juillet 2005 en matière d'économie d'énergie et d'énergies renouvelables », *Gazette du Palais*, 18-19 janvier 2006, p. ????

« Vers une révolution du droit de l'urbanisme », *Gaz. Pal.*, 2008, p. 2803

« Le projet de la Grenelle et le droit de l'urbanisme », *Gaz. Pal.*, 2008, p. 2804

« Les nouvelles obligations en matière de construction selon les projet de loi Grenelle », *Gaz. Pal.*, 2008, p. 2810

« Les plans 'climat énergie' territoriaux », *Gaz. Pal.*, 2008, p. 2813

LESQUEL (E.)

« Limay dresse un bilan positif de la télégestion », *La gazette des communes*, 20 septembre 2004, p. 48

LEVASSEUR (Ch.)

« Desserte gazière en France : la modification des règles en matière d'établissement de nouveaux distributeurs », *Compétition Policy Newsletter*, Numéro 2, juin 1999, p. 34

LEVENEUR (L.)

« La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998, p. 676

LEVY (A.) et ZONCA (C.)

« Le droit de grève à EDF », *Droit ouvrier*, 1996, p. 395

L'HUILLIER (J.)

« Gaz-Electricité », Encyclopédie Dalloz, p. 214

Commentaire de la loi de nationalisation du 8 avril 1946, Sirey Lois annotées, 1946, p. 337

LIBCHABER (R.)

« Qu'est-ce qu'une loi ? », *RTD civ*, 1999, p. 242

LIGNIERES (P.) et LAZAR (L.)

« L'énergie en France au 1er juillet 2007, hésitations autour de la libéralisation et de la privatisation », *DA*, août-septembre 2007, p. 9

LIGNIERES (P.) et ZARGUY (P.)

« Les collectivités publiques, clients éligibles d'électricité et de gaz » 1ère partie, DA, Mars 2004, p. 31

« Les collectivités publiques, clients éligibles d'électricité et de gaz » 1ère partie, DA, Avril 2004, p. 42

LOMBARD (M.)

« Un profil haut du service public de l'énergie : le service universel », commentaire de la directive de 1996, *DA*, mars 2003, p. 39

LOMBART (P.)

« Le régime du transport et de la distribution de gaz », *CJEG*, 1989, p. 3

« Le monopole de la distribution publique du gaz », *CJEG*, 1990, p. 249

« Le service public du gaz sous les feux de l'actualité juridique », *AJDA*, 1998, p. 873

« Le secteur du gaz entre liberté et contrôle – La loi du 3 janvier 2003 », *CJEG*, 2003, p. 278

« Le nouveau régime juridique du transport de gaz en France », *CJEG*, 2005, p. 397

LONDON (C.)

« Energie et environnement, une équation difficile », *Environnement*, octobre 2005, p. 11

« La nouvelle directive-cadre 'déchets' statu quo, évolution ou révolution ? », *BDEI*, Novembre 2008, p. 46

LONG (M.)

« Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », *RFDA*, 2001, p. 1161

MACHELON (J.-P.)

« La naissance du socialisme municipal en France 1882-1911 retour sur un vieux débat », *In les mélanges LAVROFF*, Paris, Dalloz, 2004, p. 437

MADOUI (L.)

« Libéralisation de l'énergie : opportunité ou marché de dupes ? », *La gazette des communes*, 2004, n° 1734, p. 34

MAILLOT (J.-M.)

« Le principe de précaution, les éoliennes et le juge administratif », *In les mélanges COLSON*, Grenoble, PUG, 2004, p. 591

« La juridiction administrative et les parcs éoliens en zone de montage », *AJDA*, 2009, p. 354

MAIRE (E.)

« Le cadre réglementaire de l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz en Europe », *RDUE*, 2/2001, p. 451

MARCOU (G.)

« Présentation », *Annuaire 2003 des collectivités locales Les services publics locaux*, (édition CNRS), p. 5

« Services publics locaux et droit communautaire », *Annuaire 2003 des collectivités locales Les services publics locaux*, (édition CNRS), p. 95

« La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347

MARKUS (J.-P.)

« Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA*, 2001, p. 589

MARTIN (J.-M.)

« Chronique sur l'énergie : tendances de la consommation (1979-1981) et nouvelles orientations de la politique énergétique française (1981-1990), *Revue d'économie industrielle*, 1982, n°20, p. 101

MARTIN (R.)

« Les éoliennes mal aimées », *Annales des loyers*, 2007, p. 639

MATHARANT (X.) et PINTAT (P.)

« La libéralisation du secteur de l'électricité et la mise en concurrence des contrats de fourniture », *CJEG*, 2001, p. 431

MAUGUE (Ch.)

« Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694

MAUGUE (Ch.) et TERNEYRE (Ph.)

« Les délégations de service public en question », *CJEG*, 1997, p. 131

MAZIERE (A.)

« Concurrence et service public : détermination des coûts pertinents », *AJDA*, 2005, p. 1334

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)

« Le principe d'égalité entre collectivités locales », *CCC*, n° 12, p. 93

MERLE (M.) et BOULOUIS (J.)

« Nationalisations et démocraties », *D.*, 1950, Chron. p. 117

MERLIN (A.)

« La sûreté du réseau de transport d'électricité et l'ouverture des marchés », *Problèmes économiques*, 26 mai 2004, p. 12

MESNARD (A.-H.)

« La notion de loi d'orientation sous la Vème République », *RDP*, 1977, p. 1137

« Les instruments de programmation des dépenses d'environnement par les collectivités locales », *RFFP*, mai 2005, p. 142

MODERNE (F.)

« Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? », *RFDA*, 2001, p. 563

MOLITOR (C.)

« La subsidiarité et les collectivités locales », *In* DELPEREE (F.) (Dir.) *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 2002, p. 538

MONPION (A.)

« Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ? », *AJDA*, 2008, p. 232

MONTECLER (M.-C. de)

« Vers plus de concurrence sur le marché de l'électricité », *AJDA*, 2009, p. 1639

MONTINARI (P.)

« Bientôt un nouveau cadre juridique pour les éoliennes », *Droit de l'environnement*, Novembre 2002, p.270

MORANGE (G.)

« Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie », *D.*, 1956, Chron., p. 22

MOREAU (J.)

« Les problèmes juridiques soulevés par les arrêtés et délibérations anti-coupures », *CJEG*, 2006, p. 97

MOUTOUH (H.)

« Le service public face à la libéralisation du marché de l'électricité : évolution ou révolution ? », *Gaz. Pal.*, septembre 1999, p. 2

MOZOL (P.)

« Rapport du comité Balladur : quelles perspectives de réforme des collectivités locales ? », *JCP A*, n°13, 23 mars 2009, p. 32

NICINSKI (S.)

« Les évolutions du droit administratif de la concurrence », *AJDA*, 2004, p. 751

« La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA*, 2008, p. 35

NICINSKI (S.) et PINTAT (P.)

« La libéralisation du secteur gazier », *AJDA*, 2003, p. 223

NOGUELLOU (R.)

« La conduite par l'Etat de la décentralisation », *DA*, décembre 2009, p. 3

NOUGARET (G.)

« La loi n°2004-803 du 9 août 2004 : une nouvelle étape dans la libéralisation du marché du gaz », *JCP A*, 2005, p. 624

NOURY (A.)

« Le plan régional et les contrats régionaux de plan entre les collectivités locales », *Les cahiers du CNFPT*, 1er mars 1994, p. 35

OHNET (J.-M.)

« Retour à l'Etat », *Pouvoirs locaux*, II/1997, p. 1

PAPIN (J.-Ph.)

« Le statut du personnel des industries électriques et gazières, ses origines, ses fondements, et sa portée », *CJEG*, 2000, p. 135

PASTOR (J.-M.)

« Présentation du projet de loi Grenelle II », *AJDA*, 2009, p. ?

« Le Sénat a adopté le projet de loi Grenelle II », *AJDA*, 2009, p. 1860

PAUL (G.)

« Le renforcement de la prise en compte du développement durable et l'évaluation environnementale dans les documents et les autorisations d'urbanisme », *Gaz. Pal.*, 2008, p. 2815

PELCRAN (A.)

« Les réformes des collectivités locales : quels enjeux ? », *JCP A*, 2008, n° 43, p. 3

PERCEBOIS (J.)

« La définition des missions de service public », *Revue de l'Energie*, 2002, p. 81

PETIT (L.)

« L'extension du domaine industriel des communes », *RPP*, 1905, Tome 4, p. 468

PILATE (J.-M.)

« Occupations de la voie publique et pouvoirs des maires », *CJEG*, 1984, p. 407

PISIER (E.)

« Service public et libertés publiques », *Pouvoirs*, 1986, n° 36, p. 143

PONTIER (J.-M.)

« Les régies locales d'électricité et de gaz : de minimis ? », *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Mélanges Péquignot, tome 2*, Paris, CERAM, 1984, p. 574

« Semper manet sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, p. 1443

« La subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, p. 1515

« Les instruments prévisionnels non décisionnels de l'action administrative », *AJDA*, 1997, p. 379

« Faut-il oublier les schémas de services collectifs ? », *AJDA*, 2005, p. 1705

« L'avenir des contrats de plan Etat-région », *Revue administrative*, 2005, p. 510

« Les contrats de projet Etat-régions 2007-2013 », *Revue administrative*, 2007, p. 523

« Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA*, 2008, p. 1653

« Entre deux rives : une décennie d'intercommunalité », *JCP A*, 2009, n° 29, p. 42

POUPEAU (F.-M.)

« Un néo-libéralisme centralisateur. Les collectivités locales dans la libéralisation du système de distribution électrique français », *Politique et management public*, Volume 18, n°2, juin 2000, p. 1

PORTIER (N.)

« Deux pas en avant, un pas en arrière », *Pouvoirs locaux*, II/1997, p. 78

PRIET (F.)

« La liberté d'entreprendre entre deux juges », *in Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Orléans, Presses universitaires d'Orléans, 2006, p. 495

PRIEUR (M.)

« La répartition des compétences entre la CEE et les collectivités régionales et locale en matière d'environnement : le cas de la France », *in* CHARPENTIER (J.) (Dir.), *La*

protection de l'environnement par les communautés européennes, Paris, Pédone, 1988, 170 p.

QUILICHINI (P.)

« Réguler n'est pas juger : réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économiques », AJDA, 2004, p. 1060

« La modernisation du service public de l'électricité », *LPA*, 31 octobre 2000, p. 10

QUIOT (G.)

« La doctrine et la distinction des services nationaux et des services publics locaux : observations critiques », Mélanges Hubert CHARLES, Nice, Université de Nice-Sophia Antipolis, faculté de Droit, des Sciences Politiques, Economiques et de Gestion, 2001, 394 p.

RACINE (P.-F.)

« Le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDiS) de la Commission de régulation de l'énergie », *RJEP*, Mars 2010, p. 3

RASERA (M.)

« Finances locales et protection de l'environnement », *RFFP*, mai 2005, p. 135

RAYNAUD (F.) et FOMBEUR (P.)

« Les documents annexés à une loi n'ont aucune valeur normative », *AJDA*, 1999, p. 420

REMOND (B.)

« Fonder la décentralisation », *Pouvoirs locaux*, 1997, n° 33, p. 420

RICHER (L.)

« L'usager intermédiaire », *CJEG*, 1996, p. 371

« La loi du 10 février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public », *AJDA*, 2000, p. 239

« Etat de la transposition de la directive 96/92 en France », CJEG, 2002, p. 27

« Les collectivités locales et l'électricité après la loi du 10 février 2000 », *In Mélanges MOREAU*, Paris, Economica, 2003, p. 491

« La régulation des collectivités locales : l'exemple de l'électricité », *CJEG*, mars 2004, p. 109

« Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz », *AJDA*, 2004, p. 2094

« La transparence tempérée par la loi », *AJDA*, 2007, p. 1153

RICHER (L.), JANNENEY (P.-A.), CHARBIT (N.)

« Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2004, p. 73

« Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2004, p. 2309

« Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2005, p. 854

« Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2005, p. 1216

RIHAL (H.)

« Le statut constitutionnel des collectivités territoriales issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 : entre innovation et complexité », *RFAP*, 2003, p. 219

RITLENG (D.)

« Financement du service public et aides d'Etat », *AJDA*, 2004, p. 1021

ROBBE (F.)

« L'ouverture du marché de l'électricité et l'adaptation du service public (la transposition par la loi du 10 février 2000 de la directive du 19 décembre 1996) », *CJEG*, 2000, p. 211

ROCHE (C.)

« Les collectivités territoriales et l'Union européenne », *AJDA*, 2005, p. 1325

ROMI (R.)

« Beaucoup de vent pour rien, le juge et les éoliennes », *Droit de l'environnement*, janvier-février 2006, p.44

« La future directive-cadre déchets : un nouveau pas vers l'objectif zéro déchet. » *Droit de l'environnement*, Octobre 2008, p. 162

« La loi Grenelle I : programme, promesses ou vœux pieux ? », *Droit de l'environnement*, septembre 2009, p. 32

ROUAULT (M.-C.)

« La théorie du socialisme municipal l'intérêt communal discipliné par le juge administratif », *Quotidien juridique*, 18 juin 1987, p. 3 et 20 juin 1987, p. 5

ROUSSEL (C.)

« Eoliennes et permis de construire », *Droit de l'environnement*, janvier-février 2006, p. 35

RUETE (M.)

« Une politique européenne de l'énergie », *LPA*, 28 avril 2007, p. 5

SABLIERE (P.)

« Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à Electricité de France de la distribution publique d'électricité », *CJEG*, 1993, p. 1

« Y a t-il un droit de l'électricité », *CJEG*, 1999, p. 1

« Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ? Contribution à l'étude des incertitudes pesant sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 2005, p. 2325

SADELEER (N.)

« Valorisation et élimination des déchets : une distinction à clarifier », *RDUE*, 2/2007, p. 329

SAULGEOT (L.)

« Le régime juridique et administratif de l'industrie électrique », *Revue française de l'énergie*, 1997, p. 55

SAVARY (G.)

« La fausse posture de l'intercommunalité française », *Pouvoirs locaux*, 1997/II, p. 41

SENAC DE MONSEMBERNARD (M.)

« A propos des pouvoirs et du fonctionnement de la CRE », *DA*, Avril 2004, p. 39

SMITH (A.)

« Trois scénarios de la subsidiarité », *Pouvoirs locaux*, 1997/II, p. 26

SOTO (J. de)

« Le cahier des charges-type des concessions de distribution de gaz (Contribution à l'étude de l'influence des nationalisations sur les contrats administratifs) », *JCP*, 1950, I, n° 892

SYROTA (J.),

« Délibération de la commission de régulation de l'électricité du 14 décembre 2000 sur les conditions de création d'une bourse de l'électricité », CJEG, 2001, p. 449

STIRN (B.)

« La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA*, 1998, p. 673

TACCOEN (L.)

« Le marché intérieur de l'électricité chronique d'un débat (1987-1996) », *CJEG* 1999, p. 166

« Une seconde phase dans la réalisation du marché intérieur de l'électricité : la directive de 1996 entre concurrence et intérêt général », *CJEG*, 1999, p. 174

TERNEYRE (Ph.)

« Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension, A propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité », *AJDA*, 2009, p. 1640

TESTE (P.)

« Les aspects particuliers de la clause d'égalité de traitement des usagers des services publics d'électricité et de Gaz », *CJEG*, 1955, p. 293

THIEFFRY (D.)

« Contrôle des compensations des services publics : les propositions de la commission européenne », *AJDA*, 2004, p. 1021

THOMAS (I.)

« Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA*, 2004, p. 330

TRAORE (S.)

« Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », DA, Août-Septembre 2004, p. 16

TRUCHET (D.)

« Unité et diversité des grands principes du service public », AJDA, numéro spécial, 20 juin 1997, p. 38

« Label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427

TUOT (T.)

« La loi du 10 février 2000 un an après l'installation de la régulation du marché électrique », *CJEG*, 2001, p. 51

« Le rôle et la place du régulateur sectoriel dans l'ouverture à la concurrence et l'importance de la coordination entre les régulateurs européens de l'énergie », *Concurrence et consommation*, 2002, n° 128, p. 24

« Les barricades mystérieuses : réflexions critiques sur l'ouverture à la concurrence des marchés de l'électricité et du gaz en France», *CJEG*, 2003, p. 607

TURPIN (D.)

« Les nouvelles compétences des régions », *AJDA*, 2008, p. 1645

VATINET (R.)

« Réglementation du droit de grève dans un service public », note sous CE, 15 mai 2006, *JCP S*, 2006, n° 37, p. 33

VEDEL (G.)

« La technique des nationalisations, 1ère partie », *Droit social*, 1946, p.49

« La technique des nationalisations, 1ère partie », *Droit social*, 1946, p.93

VERHOEVEN (J.)

« Analyse du contenu de et de la portée du principe de subsidiarité », *in* F. DELPEREE (Dir.) *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 538 p.

VERPEAUX (M.)

« La loi du 13 août 2004 : le demi-succès de l'acte II de la décentralisation », *AJDA*, 2004, p. 1960

« La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *JCP G*, 2004, p. 1893

« Le rapport Balladur sur la réforme des collectivités locales, des raisons et des solutions », RFDA, 2009, p. 407

« La réforme des collectivités territoriales : le grand chantier progresse lentement », *JCP A*, 22 février 2010, p. 3

« L'acte III, scène 1, de la réforme des collectivités territoriales. A propos de la décision du 11 février 2010 du Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2010, p. 456

VESTUR (H.)

« Grenelle I : une loi 'hors norme'… », *RJEP*, Décembre 2009, p. 3

VIROLE (J.)

« Le Cahier des charges type pour les distributions publiques d'énergie électrique concédées à Electricité de France », *AJDA*, 1961, p. 397

WALINE (M.)

« Les nationalisations », *Droit social*, 1945, p. 84

« De quelques difficultés relatives au champ d'application et à la portée du statut national du personnel des industries électriques et gazières », *CJEG*, 1952, p. 262

WEBER (Y.)

« La nature juridique des concessions administratives d'activités industrielles et commerciales », *Mélanges ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 47

WEMAERE (M.) et GRIMEAUD (D.)

« La promotion des énergies renouvelables à l'aune du droit communautaire des aides d'Etat », *Gazette du Palais*, 18-19 janvier 2006, p. 23

WOERLING (J.-M.)

« Réflexions sur le renouveau du service public », *Revue administrative*, 1992, p. 394

Notes de jurisprudence et conclusions

AGUILA (Y.)

« Quelle est la nature du contentieux des installations hydrauliques ? », Note sous CE, du 19 octobre 2007, M. Lorette, *BDEI*, Mars 2008, p. 53

ALIBERT (R.)

Note sous CE, 23 juin 1933 Lavabre, *Sirey*, 1933, III, p. 81

BELLANGER Marc et DARCY Gilles

Note sous CE, 17 mars 1997, M. Hotz et autres et fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique nucléaire et gazière, *AJDA*, 1997, p. 533

BAZEX Michel et BLAZY Sophie

« Le statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'Etat ? », note CE, 16 décembre 2003 relative aux aides d'Etat accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, *DA*, mai 2005, p. 16

BLUM Léon

Conclusions sous CE, 3 février 1911, Commune de Mesle-sur-Sarthe, *D.*, 1913, IIIème partie, p. 25

Conclusions sous CE, 11 mars 1910 Compagnie Générale Française des tramways, Sirey, IIIème partie, p. 1

CASAS (D.)

Conclusions sous CE, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *RJEP*, 2006, p. 430

CHARDENET M.

Conclusions sous CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *S.*, 1916, IIIème partie, p. 19

CHEYLAN (F.)

« L'ouverture du marché communautaire de la distribution du gaz impose-t-elle une concurrence en cas de délégation consentie à un établissement public ? », conclusions sous TA Caen, 15 novembre 2005, Préfet de l'Orne contre commune de Landiscap, *BJCP*, 2006, p. 125

COLLY (F.)

« La distribution du gaz et les régies et SEM locales », Note sous CE, 28 mars 90 Commune de la Réole et autres contre GDF, *RFDA*, 1990, p. 627

CORNILLE (P.) et BENOIT-CATTIN (Ph.)

« Les règles générales de l'urbanisme », Note CE, 9 juillet 2003 Société energie du Grand Littoral SNC, *Construction –urbanisme*, Décembre 2003, p. 18

DELELIS Philippe

« Rééquilibrage d'une convention par une autorité administrative ad hoc », note sous CE, 11 juin 2003 EDF, SNET, Contrats et marchés publiques, novembre 2003, p. 37

DELPECHE (X.)

« Fourniture d'électricité, clause limitative de responsabilité », note sous Cass. com., du 18 décembre 2007, *D.*, 2008, p 154

DREYFUS (J.-D.)

Note sous cass. 1ère civ. du 6 janvier 2004, *AJDA*, 2004, p. 664

DUFAU (J.)

Note sous CE, 22 janvier 1954, Wittwer, *CJEG*, 1954, p. 273

DURAND (E.)

« L'arrêt Prussenelektra de la Cour de justice du 13 mars 2001 : une étape décisive dans la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables », Commentaire de CJCE 13 mars 2001 Prussenelektra, *CJEG*, 2002, p. 117

FORNACCIARI (M.)

Note sous CE, 17 décembre 1986, Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers, *RFDA*, 1987, p. 19

FAYOLLE (L.)

Note sous l'ord. 1er août 2006, Société d'exploitation de gestion et d'études rurales et autres, *Droit de l'environnement*, 2007, p. 145

FRAISSE Régis

« Quelle est la portée du principe de subsidiarité ? », note sous CC, n° 2005-516 DC du 07 juillet 2005, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *DA*, Août-septembre 2005, p. 21

GUETTIER (Ch.)

« Concession de service public, protection du concessionnaire contre la concurrence », note sous CE, 10 octobre 2007, Sté SPS Tarbes, *JCP E*, 20 décembre 2007, p. 2592

HAMON Francis

Note sous CJCE, 23 octobre 1997, Commission contre France, *AJDA*, 1997, p. 991

HAURIOU Maurice

Note sous CE, 10 janvier 1902, Compagnie Nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen, *S.*, 1902, IIIème partie, p. 3

Note sous CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, *S.*, 1910, IIIème partie, p.1

Note sous CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *S.*, 1916, IIIème partie, p. 17

HO SI FAT (F.)

Conclusions sous TA Versailles, 6 octobre 2003, *AJDA*, 2004, p. 2274

JEANNENEY Pierre Alain et AYACHE Laurent,

Note Cass. 1ère civ. 29 septembre 2004, *AJDA*, 2005, 1348

KOTSCHY (B.)

« Les derniers arrêts sur l'exemption in-house : coup de grâce ou limitation des excès ? », commentaire des arrêts Stadt Halle, Coname et Parking Brixen, *RDUE*, 2005, p. 845

LANDAIS (C.) et LENICA (F.)

Note sous CE, ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, AJDA, 2006, p. 1592

LE CORRE (L.)

Note sous CE, 9 juillet 2003 Société Energie Grand Littoral SNC, *Construction-Urbanisme*, décembre 2003, p.18

LECLERCQ (C.)

Note sous l'arrêt CE, 19 janvier 1962, Bernardet, *D.*, 1962, p. 202

LEPRERS (J.)

« Un maire peut-il interdire les coupures de gaz et d'électricité sur le territoire de sa commune ? », note sous CAA Douai, 29 décembre 2005, Commune de Waziers, *BJCL*, 2006, p. 261

LOMBARD (M.)

« Privatisations : Portée du 9ème alinéa du préambule de 1946 », note sous l'arrêt CE, 11 février 2004 Demas et autres, *DA*, avril 2004, p. 23

LOMBART (P.)

« La portée de l'arrêt au regard des monopoles d'importation et d'exportation de gaz naturel, note sous l'arrêt, CJCE 23 octobre 1997, Commission contre République Française, *CJEG*, 1998, p. 55

LONDON (C.)

« Incinération des déchets : précisions des magistrats communautaires : note sous CJCE 11 septembre 2008, aff. C-251/07 Gävle Kraftvörme AB, *BDEI*, Novembre 2008, p. 19

MARCOU (G.)

« L'exigence constitutionnelle de transposition des directives et les tarifs réglementés de l'électricité et du gaz », note sous CC, 30 novembre 2006, *AJDA*, 2007, p. 473

NICINSKI (S.)

« La délivrance des autorisations d'occupation du domaine public et le droit de la concurrence », note sous CAA Paris, 4 décembre 2003, *AJDA*, 2005, p. 200

« L'arrêt Commune d'Olivet et les distributeurs d'eau », note sous CE, 8 avril 2009, Commune d'Olivet, *AJDA*, 2009, p. 1747

PONTIER (J.-M.)

Note sous CE, 28 mars 1990, Commune de la Réole et autres, *AJDA*, 1990, p. 466

RAYMUNDIE (O.)

« Délégation de service public et droit communautaire », note sous CE, 30 mai 2002, Büchandler, *Contrats et marchés publics*, septembre 2002, p. 32

RIBES (D.)

« Quand le droit bavarde sur la valeur juridique des annexes législatives », note sous CC 2002-460 DC, *RFDC*, 2003, n° 53, p. 175

RICHER (L.)

Note sous CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria Verglags GmbH Telefonadress GmbH, *AJDA*, 2001, p. 106

Note sous avis CE 8 juillet 2004, section des travaux publics, *RJEP*, 2004, p. 444

SCHOETTL Jean-Eric,

« La loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique devant le Conseil Constitutionnel », commentaire de CC, n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *LPA*, 24 août 2005 p. 3

« Les problèmes soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie », commentaire de CC, n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *LPA*, n°245, p. 16

SENAC DE MONSEMBERNARD (M.)

« Intervention de la CRE au titre de soumission de règlement des différents », note sous CA Paris, 25 janvier 2005, Société Cerestar contre Société EDF, *DA*, avril 2005, p. 25

SENERS (F.)

« Peut-on implanter une installation classée en ville ? », Conclusions CE, 9 juillet 2003 Société Energie Grand Littoral SNC, *BJDU*, 2004, p. 99

SOLER-COUTEAUX (P.)

« La divisibilité de permis de construire des éoliennes » note sous CE, 6 novembre 2006, Association pour la préservation des paysages exceptionnels du Mezenc, *RDI*, 2006, p. 517

STIX-HACKL (Ch.)

« A quelles règles communautaires de transparence sont soumises les concessions ? », Conclusions sous CJCE, 21 juillet 2005 Coname, *BJCP*, 2005, p. 446

VATINET (R.)

Note sous CE, 15 mai 2006, CFDT finances et affaires économiques, *JCP S*, n° 37, p. 33

VEROT (C.)

Conclusions sous CE, 13 mars 2006, RFF et SNCF, *RJEP*, 2006, p. 245

Conclusions sous CE, 13 mars 2006, Société Eurodif, *RJEP*, 2006, p. 245

WALINE (M.)

Note sous CE, 10 mai 1974, denoyez et Chorques, *RDP*, 1975, p. 476

Thèses et ouvrages non publiés :

BEGUE Marie-Cécile

La politique française de l'électricité à l'épreuve de l'intégration communautaire et du droit de l'environnement, Thèse de doctorat, Nantes, 2004, 568 p.

CHAPUISAT Louis-Jérôme

La notion d'affaires locales en droit administratif français, Thèse de doctorat, Paris II, 1971, 545 p.

GAYRAL (L.)

La gestion de l'énergie au sein du patrimoine bâti des collectivités territoriales européennes dans le cadre de la libéralisation des marchés : étude économique des mécanismes financiers favorisant l'investissement dans l'efficacité énergétique, Tome 1, Thèse de doctorat, Paris-Dauphine, 2005, 461 p.

La gestion de l'énergie au sein du patrimoine bâti des collectivités territoriales européennes dans le cadre de la libéralisation des marchés : étude économique des mécanismes financiers favorisant l'investissement dans l'efficacité énergétique, Tome 2- Etudes de cas approfondies, Thèse de doctorat, Paris-Dauphine, 2005, 124 p.

EVESQUE (J.)

La nationalisation de l'électricité, Thèse de doctorat, Paris, 1947, 130 p.

PHILLIPI (P.)

Nationalisation et décentralisation, deux concepts compatibles, exemplarité en ce domaine des cas d'électricité de France et d'électricité de Strasbourg, Thèse de doctorat, Strasbourg III, 1988 nombre de pages ?

POUPEAU (F.-M.)

EDF ou la permanence d'un « compromis républicain ». Le système de distribution électrique française entre l'Etat et les collectivités locales, de la nationalisation à la mondialisation, Thèse de doctorat, Paris, 1999, 571 p.

Colloques :

GILBERT (G.) et DELCAMP (A.) (Dir.) « La décentralisation 10 ans après », actes du colloque de du Palais du Luxembourg des 5 et 6 février 1992, Paris, LGDJ, 1993, 610 p.

GUGLIELMI (J. G) (Dir.), « Histoire et Service public » , Paris, PUF, 2004, 443p.

MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) (Dir.) *La république en droit français*, Actes du colloque de Dijon organisé par le Groupe d'études constitutionnelles appliquées et comparées de Dijon et l'Association française des constitutionnalistes

TERNY G. (Dir.) *La gestion des services publics locaux dans l'Europe de demain*, Actes du deuxième colloque international des services publics, Université Paris-Dauphine, 21 octobre 1992, Paris, Litec, 1994, 316 p.

« La nationalisation de l'électricité en France : nécessité technique ou logique politique ? », Actes du colloque organisé par l'Association pour l'histoire de l'électricité en France, 3-5 avril 1996 à Paris, textes réunis par L. BADEL, Paris, Association pour l'histoire de l'électricité en France, 1996, 595 p.

« La crise de l'énergie et le droit international », Actes du 9ème colloque de la société Française pour le droit international des 29, 30 et 31 mai 1975 à Caen, Paris, Editions A. Padone, 1976, 310 p.

« La sécurité juridique et l'action publique locale », Actes du colloque organisé par le Sénat le 29 avril 1999, Paris, Sénat, 1999, 214 p.

« L'action économique des Collectivités territoriales et le droit de la concurrence », Actes du colloque du 1er avril 2005 organisé par l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Dijon, *Revue Lamy des Collectivité territoriales*, mai 2005 p. 37
« Les mutations du service public », Actes du colloque du 4 octobre 2007 à l'Université de Franche-Comté, *RFDA*, 2008, p. 3

Mélanges :

Gouverner, administrer, juger : liber amicorum Jean Waline, Paris, Dalloz, 2002, 797 p.

Contrats publics, Volume 1er Mélanges en l'honneur de Michel GUIBAL, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 206, 874 p.

Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Paris, Dalloz, 2007, 882 p.

Dossiers spéciaux :

Bulletin de la FNCCR, n° 219, spécial congrès de la Rochelle des 23-26 septembre 2003

GRIDAUH

Travaux relatif à l'écriture des PLU, en particulier, les travaux de J.-P. BROUANT relatifs à la thématique « PLU et énergie », Site du GRIDAUH, *http://www.gridauh.fr/fr/46.htm*

SABLIERE (P.)

« La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz », *CJEG*, n° hors série février 1993

« La politique française de l'énergie », *Regards sur l'actualité*, n° 318, février 2006

« Les engagements de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique », *Revue concurrence et consommation*, Juillet-août 2002

Rapports officiels :

BELOT (C.) et JUILHARD (J.-M.)

*Rapport d'information n° 436 fait au nom de la de la délégation du Sénat à l'aménagement et au développement durable du territoire sur les énergies locales,*S., 2006, 244 p.

BILLOUT (M.), DENEUX (M.) et PASTOR (J.-M.)

Rapport d'information n°357 au nom de la mission commune d'information (1) sur la sécurité d'approvisionnement électrique de la France et les moyens de la préserver, S., 2007, 246 p.

BIRRAUX (C.) et LE DEAUT (J.-Y.)

Rapport n° 3415 (A.N.) et 96 (S.) sur l'état actuel et les perspectives techniques des énergies renouvelables, A.N. et S., 2001, 360 p.

BRANA (P.)

Maîtriser l'énergie, un enjeu des années 90, Rapport au Premier ministre, Paris, la Documentation française, 1989, 158 p.

CASTILLON (P.) LESGGY (M.) et MORIN (E.)

Rapport du comité des sages remis à Nicole Fontaine, Ministre délégué à l'industrie, 2003, 61 p.

COCHET (Y.)

Stratégie et moyens de développement de l'efficacité énergétique et des sources d'énergie renouvelables en France, Rapport au Premier Ministre, Paris, la Documentation Française, 2000, 183 p.

CLEMENT (P.)

Rapport n° 376, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle adopté par le Sénat relatif à l'organisation décentralisée de la République et sur la proposition de loi constitutionnelle de M. Hervé Morin et de plusieurs de ses collègues relative à l'exercice des libertés locales, 1ère partie, A.N., 2002, 99 p.

DAUMONT (J.-L.)

Réussir la future organisation électrique en France, Paris, La Documentation française, 1998, 70 p.

LAFITTE (P.) et SAUNIER (C.)

Rapport n° 3197 (A.N.) et 426 (S.) Les apports de la science et de la technologie au développement durable, Tome I : « Changement climatique et transition énergétique : dépasser la crise », A.N. et S., 2006, 204 p.

LENOIR (J.C.)

Rapport n° 1659 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi d'orientation sur l'énergie, sur le projet de loi relatif au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, A.N., 2004, 276 p.

Rapport n° 3278 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi relatif au secteur de l'énergie, A.N., 2006, 343 p.

Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieur et des libertés locales

Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes, Paris, La Documentation française, 2004, 278 p.

MONTESQUIOU (A. de)

Rapport d'information n° 259 fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur la politique européenne de l'énergie, A.N., 2006, 72 p.

POIGNANT (S.)

Rapport n° 1596 fait au nom de la commission *des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi d'orientation sur l'énergie,* A.N.

POIGNANT (S.) et TOURTELIER (Ph.)

Rapport d'information n°625 par la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur la mise en application de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, A.N., 2008, 69 p.

PONIATOWSKI (L.)

Rapport n° 16 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du plan sur le projet de loi relatif aux marchés énergétique, S., 2002, 202 p.

Rapport n° 386 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, S., 2004, 124 p.

RAMADIER (P.)

Rapport fait au nom de la commission de l'équipement national et de la production industrielle sur le projet de loi relatif au monopole et à la nationalisation de l'électricité et du gaz, 1946

REVOL (H.)

Rapport n°439 sur la politique énergétique de la France, S., 1998

Rapport d'information n° 305 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan et du groupe d'étude de l'Energie sur les Actes du Colloque « Le marché européen de l'énergie : enjeux et conséquences de l'ouverture » organisé par le Sénat le 12 décembre 2001, S. 2002, 68 p.

Rapport n°502 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, S., 1999

SOUVIRON (J.P.)

Rapport de synthèse sur le débat national énergie et environnement, Gazette Nucléaire, 1994,14 p.

Lexiques et dictionnaires :

BLUM (C.), PRUVOST (J.), ALAOUI (K.) et BADY (G.)

Le nouveau Littré, Paris, GARNIER, 2004, 1639 p.

CORNU (G.)

Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2007, 986 p.

GENOUVRIER (E.), DESIRANT (C.) et HORDE (T.)

Dictionnaire des synonymes, Paris, Larousse, 743 p.

GUILLIEN (R.), VICENT (J.), GUICHARD (S.) et MONTAGNIER (G.)

Lexique des termes juridiques, Paris, Dalloz, 769 p.

ROUQUETTE (R.)

Dictionnaire de droit administratif, Paris, Le Moniteur, 2002, 891 p.

SCHAEGIS (C.)

Dictionnaire de droit administratif, Paris, Ellipses, 2008, 314 p.

VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.) et INSERGUET-BRISSET (V.)

Dictionnaire de droit administratif, Paris, Sirey, 2008, 440 p.

Dictionnaire encyclopédique Larousse, Paris, Larousse, 1993, 2764 p.

Sites internet :

- www.ademe.fr
- www.anroc.com
- www.assemblee-nat.fr/12/dossiers/energie.asp
- www.cnr.tm.fr
- www.debat-energie.gouv.fr
- www.debat-energie.gouv.fr/site/index.php
- www.edf.fr

- www.energie-cites.org
- www.fnccr.asso.fr
- www.industrie.gouv.fr
- www.legifrance.gouv.fr
- www.ser-fra.com
- www.Sigeif.fr
- www.ufelec.asso.fr
- www.vie-publique.fr/actualite/dossier/prix-petrole

Sources diverses :

ADEME, AITF, EDF, GDF, *Energie et patrimoine communal – enquête 2005, 26 p.*

Table des matières

Introduction 7

I- Le double objet de l'étude ..... **Erreur ! Signet non défini.**

A- Les collectivités territoriales 9

B- Le secteur énergétique 11

II- Contexte de l'étude ..... **Erreur ! Signet non défini.**

A- Les réformes de la décentralisation 13

B- Les mutations du secteur de l'énergie 14

III- Démarche suivie ..... **Erreur ! Signet non défini.**

A- L'étude du degré de décentralisation en matière énergétique 16

B- Méthodologie de la recherche 17

Première partie : La distribution d'énergie : l'affaiblissement d'un rôle traditionnel des collectivités territoriales 20

Titre 1er : La remise en cause du caractère local du service public de la distribution par la nationalisation ..... **Erreur ! Signet non défini.**

Chapitre 1 : Le rôle fondamental de la commune jusqu'à la loi de nationalisation de 1946 **Erreur ! Signet non défini.**

Section 1 : La prise en charge spontanée de la distribution d'électricité et de gaz par la commune ..... **Erreur ! Signet non défini.**

§1 : La distribution d'électricité et de gaz : une affaire locale 25

A- Une qualification difficilement contestable 25

1) La délicate détermination du contour de la notion d'affaire locale 25

2) Une activité répondant aux critères de l'affaire locale 29

B- Le fondement d'un interventionnisme limité des communes 33

1) Le principe de liberté du commerce et de l'industrie empêchant en principe l'interventionnisme économique des communes 33

a. Les origines du principe de liberté du commerce et de l'industrie 33

b. Une interprétation de cette liberté entravant l'action des communes 35

2) Le dépassement de cet obstacle 37

§2 : La distribution d'énergie : un monopole de fait 39

A- La nécessaire mise en place d'un monopole de fait 39

B- Des monopoles de fait protégés 41
Section 2 : La consécration d'un service public local..... **Erreur ! Signet non défini.**
§1 : L'organisation progressive d'un véritable service public 45
A- L'abandon progressif de la permission de voirie : vers la fin du service privé..... 46
1) L'abandon progressif de la permission de voirie 47
2) Le caractère privé de l'activité de distribution d'énergie organisée par la permission de voirie 51
B- Le mode d'organisation principal de la distribution d'électricité et de gaz : la concession de service public 54
1) Le recours massif à la concession 55
2) Le caractère de service public de l'activité concédée 58
C- La place résiduelle de la régie : la timidité du socialisme municipal..... 61
1) Les réticences initiales 61
2) Le socialisme municipal : l'acceptation d'un mode particulier de gestion du service public..... 64
§2 : Le caractère local du service public de la distribution d'énergie..... 67
A- Les incertitudes relatives à la notion de service public local..... 67
1) Une doctrine indécise 67
2) Essai de définition 70
A- Le caractère essentiellement local de l'activité de distribution d'énergie 72
1) La consécration législative de la compétence locale..... 72
2) Une présence étatique non négligeable 75
Chapitre 2 : La nationalisation de 1946, facteur du déclin du caractère local du service public de la distribution..... **Erreur ! Signet non défini.**0
Section 1 : La perte de pouvoir de l'autorité concédante..... 81
§1 : L'organisation d'une concession « obligée » aux monopoles nationaux..... 79
A- La création de deux monopoles nationaux..... 79
1) Le choix des monopoles..... 80
2) Le choix de la nationalisation..... 83
B- Le maintien du système de la concession..... 86
1) Le difficile maintien d'un système contesté..... 87
2) Les concessionnaires : deux établissements publics nationaux 91

§2 : Une concession d'une nature particulière : la fin d'un service public local 94
A- Une concession « sui generis » 95
1) Un contrat administratif 95
2) La difficile qualification de concession 98
B- La fin du rôle effectif des collectivités locales..... 106
1) Une collectivité locale n'assumant plus le service public..... 106
2) La mise en place d'un véritable service public national 109
Section 2 : La survivance d'une gestion strictement locale**Erreur ! Signet non défini.**3
§1 : Le maintien d'un « secteur libre »..... 111
A- Les entreprises exclues de la nationalisation 111
1) Le maintien des régies..... 112
2) Le maintien de sociétés d'économie mixte, des coopératives d'usagers et des sociétés d'intérêt collectif agricole 113
B- Les raisons du maintien..... 115
1) Le caractère public des régies 116
2) Une absence d'incidence du maintien des distributeurs non nationalisés sur la nationalisation..... 117
3) Une qualité de service satisfaisante..... 119
§2 : Un encadrement strict de ce « secteur libre » 119
A- Une cristallisation du secteur libre..... 120
1) La cristallisation des distributeurs non nationalisés..... 120
2) L'impossibilité de créer de nouvelles entreprises locales de distribution ……..122
B- Une cristallisation remise en cause 124
1) Une cristallisation contestée 124
2) L'exceptionnelle évolution des distributeurs non nationalisés 125
Titre 2 : L'absence de renforcement du rôle des collectivités territoriales en matière de distribution par la libéralisation du secteur énergétique.....**Erreur ! Signet non défini.**5
Chapitre 1 : L'absence de réel renforcement des pouvoirs des collectivités territoriales par la libéralisation ..... **Erreur ! Signet non défini.**7
Section 1 : L'absence de renforcement du rôle des collectivités territoriales s'agissant de la gestion de la distribution d'énergie.....**Erreur ! Signet non défini.**9

§ 1 : La mutation du rôle de l'autorité concédante 136
A- La perte d'une compétence : la fourniture 136
1) Une perte non clairement annoncée 137
2) La disparition de la fourniture des contrats de concession..... 139
B- L'évolution ambiguë de la régulation dans le secteur énergétique 141
1) La régulation locale : un leurre 142
2) une régulation « nationale » limitant la régulation locale 145
§ 2 : Un certain regain de liberté par les distributeurs non nationalisés..... 149
A- L'assouplissement de la cristallisation des distributeurs non nationalisés 149
1) L'assouplissement de la cristallisation structurelle 149
2) L'assouplissement de la cristallisation territoriale 151
B- Une évolution aux répercussions limitées 154
1) Une évolution intrinsèquement limitée 154
2) La place résiduelle des distributeurs non nationalisés 156
Section 2 : La faible évolution des prérogatives traditionnelles des collectivités concédantes relatives au fonctionnement de la distribution d'énergie**Erreur ! Signet non défini.**62
§1 : L'évolution limitée de leur rôle de garantes du respect du principe d'égalité des « usagers-consommateurs » 159
A- Les collectivités territoriales, techniquement garantes de l'égalité d'accès à l'électricité et au gaz..... 159
1) L'égalité d'accès à l'électricité 160
2) L'égalité d'accès au gaz 164
B- L'absence de moyens permettant aux collectivités territoriales d'être socialement garantes de l'égalité d'accès à l'électricité et au gaz 167
1) Le rôle limité des collectivités territoriales s'agissant du tarif d'utilisation du réseau 168
2) Le rôle mineur des collectivités concédantes en matière d'aide aux personnes en situation de précarité..... 171
§2 : Le statu quo de leur rôle de garantes du respect des principes de continuité et de mutabilité..... 177

A- Le statu quo du rôle des collectivités concédantes s'agissant du principe de continuité 178
1) Les aspects généraux de ce principe en matière électrique et gazière 178
2) La gestion locale des biens attachés au service 179
3) Un rôle effacé s'agissant de la réglementation du droit de grève 181
a. Considérations d'ordre général 182
b. La réglementation du droit de grève des agents de la distribution au sein des entreprises publiques 184
B- Le statu quo du rôle des collectivités concédantes s'agissant du principe de mutabilité 188
1) Mutabilité dans la réglementation du service public de la distribution d'énergie 189
2) Mutabilité technique et technologique de la distribution d'énergie 191
Chapitre 2 : Des perspectives d'évolution limitées ..... **Erreur ! Signet non défini.**9
Section 1 : Un mouvement en faveur d'une remise en cause des monopoles nationaux des distributeurs ..... **Erreur ! Signet non défini.**9
§1 : La place grandissante de la concurrence dans le secteur énergétique 195
A- Le mouvement de libéralisation du secteur énergétique 196
1) Une condamnation des monopoles par le droit communautaire 196
2) L'existence de dérogations 197
B- L'introduction de concurrence dans la distribution de gaz 199
1) Le plan de desserte gazière 200
2) La fin du plan de desserte gazière : le principe de la mise en concurrence des nouveaux contrats de concession 204
§2 : Le développement de la soumission des contrats de concession aux règles de la concurrence 206
A- La délicate justification des dérogations aux règles de passation des délégations de service public 207
B- L'obligation de mise en concurrence des contrats de concession par le juge communautaire 210
1) La jurisprudence Coname 210
2) Une jurisprudence susceptible d'entraîner la suppression des « monopoles » nationaux de distribution 214

a- En matière de distribution d'électricité 217
b- En matière de distribution de gaz 220
c- Une exception aux règles de publicité et de mise en concurrence commune à la distribution d'électricité et de gaz : les contrats *in house* 222
C- Le nécessaire maintien de monopoles locaux de distribution 223
1) Une situation liée à l'existence d'un réseau 223
2) La nécessaire limitation temporaire les monopoles locaux des distributeurs 226
Section 2 : Un mouvement aux répercussions incertaines pour les collectivités territoriales ..... **Erreur ! Signet non défini.** 31

§1 : Un environnement favorisant peu la décentralisation de la distribution d'énergie 227
A- La poursuite du mouvement global de centralisation du secteur énergétique 228
1) Une centralisation a priori en contradiction avec le principe de libre administration des collectivités territoriales 228
2) Une centralisation justifiée 231
a. Une centralisation justifiée par la recherche de cohérence 232
b. Une centralisation justifiée par la recherche d'égalité 233
B- L'hostilité à l'égard de l'interventionnisme industriel et commercial des collectivités territoriales 235
1) Des obstacles juridiques 235
2) Des obstacles matériels 238
§2 : Des leviers d'évolution à l'efficacité limitée 241
A- La perspective d'un impact limité de la remise en cause des quasi-monopoles 241
B- Des alliés introuvables 244
1) La commission de régulation de l'énergie 244
2) L'intercommunalité 245
Deuxième partie : L'essor d'un nouveau rôle des collectivités territoriales : la politique de protection des ressources énergétiques 251

Titre 1 : L'implication nouvelle des collectivités territoriales dans l'élaboration d'une politique de protection des ressources émergente ..... **Erreur ! Signet non défini.**
Chapitre I : Un nouveau rôle encore fragile ..... **Erreur ! Signet non défini.**60
Section 1 : La reconnaissance d'une compétence des collectivités territoriales pour l'élaboration d'une politique de protection des ressources**Erreur ! Signet non défini.**60
§1 : Les collectivités territoriales et l'élaboration d'une politique de maîtrise de la demande d'énergie 256
A- La notion de maîtrise de la demande d'énergie..... 256
B- La reconnaissance d'une compétence des collectivités territoriales en matière d'élaboration d'une politique de maîtrise de la demande d'énergie . 258
§2 : Les collectivités territoriales et l'élaboration d'une politique de promotion des énergies renouvelables 260
A- La notion de promotion des énergies renouvelables 260
B- La reconnaissance d'un rôle des collectivités territoriales s'agissant de l'élaboration d'une politique de promotion des énergies renouvelables..... 262
Section 2 : Un rôle encore fragile..... **Erreur ! Signet non défini.**9
§1 : Une place difficile à trouver aux côtés de l'Etat et de l'Union Européenne... 265
A- L'absence de réelle prise en compte du rôle des collectivités territoriales dans l'élaboration de la politique communautaire de protection des ressources énergétiques..... 265
1) Une appropriation de la question de la protection des ressources par l'Union Européenne 265
a. Une Europe construite sur des préoccupations énergétiques..... 266
b. L'Union Européenne, un prescripteur en matière de politique de protection des ressources énergétiques 267
2) L'absence de prise en compte des collectivités territoriales 269
B- La place secondaire réservée par l'Etat aux collectivités territoriales dans le cadre de l'élaboration de la politique de protection des ressources énergétiques..... 271
1) L'élaboration d'une politique de protection des ressources nationales 271
2) Le rôle secondaire des collectivités territoriales 276

a. Une primauté de l'Etat *a priori* justifiée 276
b. Une collaboration inégalitaire entre l'Etat et les collectivités territoriales 284
§2 : Un rôle des collectivités territoriales mal défini 288
A- Un cadre juridique ne délimitant pas clairement les compétences des collectivités territoriales 288
1) La dispersion des mesures relatives à la protection des ressources 289
2) Une délimitation insuffisante de la compétence des collectivités territoriales 292
B- L'élaboration d'une politique de protection des ressources énergétiques : une compétence semblant discrétionnaire 293
1) L'ambiguïté d'un rôle encadré par une annexe législative 293
a. Un rôle envisagé dans l'annexe de la loi POPE..... 294
b. Un rôle s'imposant aux collectivités territoriales ? 295
2) L'absence de caractère impératif des dispositions législatives 299
Chapitre 2 : Un nouveau rôle à renforcer ..... **Erreur ! Signet non défini.**6
Section 1 : L'intervention légitime de certains niveaux de collectivités territoriales pour l'élaboration d'une politique de protection des ressources**Erreur ! Signet non défini.**7
§1 : La justification de l'élaboration de véritables politiques locales de protection des ressources 302
A- La pertinence de l'élaboration d'une politique locale de protection des ressources 302
1) L'essor de l'élaboration de politiques publiques locales 302
2) L'énergie : possible objet de politique locale..... 303
B- L'existence d'une participation des collectivités territoriales à la définition d'une politique nationale de protection des ressources 308
§2 : La recherche de l'échelon territorial idoine pour élaborer une politique locale de protection des ressources énergétiques..... 310
A- La pertinence de l'intervention d'un l'échelon traditionnellement compétent en matière énergétique : l'intercommunalité 311
1) L'intercommunalité : échelon traditionnellement compétent en matière énergétique 311

2) Le nécessaire développement du recours à l'intercommunalité pour élaborer des politiques locales de protection des ressources..... 312
B- Un échelon local s'imposant également en matière d'élaboration de politique énergétique locale : la région 316
Section 2 : Les moyens de renforcer ce rôle ..... **Erreur ! Signet non défini.**
§1 : La nécessité d'une loi dépourvue d'ambiguïtés 321
A- La nécessaire reconnaissance d'une compétence des collectivités territoriales en matière d'élaboration de la politique de protection des ressources 321
1) Une nécessaire reconnaissance expresse des collectivités territoriales en la matière 321
2) Le principe de subsidiarité, fondement de la reconnaissance d'une compétence des collectivités territoriales en la matière 324
B- Une compétence devant s'imposer aux collectivités territoriales 327
§ 2 : Des actions susceptibles d'être menées..... 330
A- Les exemples européens à adapter : la consécration du rôle des intercommunalités 330
1) Exemples de mesures existantes en Europe 330
2) Une adaptation envisageable 331
B- Les dispositions internes à étendre : la consécration du rôle de la région ……331
Titre 2 : Les moyens d'action locaux au service de la mise en œuvre de la politique de protection des ressources énergétiques ..... **Erreur ! Signet non défini.**40
Chapitre 1 : Des outils d'intervention indirects ..... **Erreur ! Signet non défini.**41
Section 1 : L'aménagement de l'espace : les limites de l'intervention des collectivités territoriales sur la protection des ressources**Erreur ! Signet non défini.**42
§1 : La planification et la réglementation de l'espace : l'absence de réalité d'un rôle affirmé en matière de politique de protection des ressources 338
A- Les documents de planification et de réglementation de l'espace : un moyen pour les collectivités territoriales d'agir sur la protection des ressources énergétiques..... 339
1) Les schémas de cohérence territoriale..... 340

2) Les plans locaux d'urbanisme 342
B- Les limites à l'influence des collectivités territoriales sur la protection des ressources par le biais de la planification et de la réglementation de l'espace 345
1) Des documents n'impliquant pas nécessairement une réelle prise en compte de la politique de protection des ressources 346
a. Des documents dont la vocation initiale est détachée de la protection des ressources énergétiques..... 346
b. Le principe de « compatibilité limitée » : un possible palliatif à l'absence de caractère contraignant de la loi..... 348
2) Des limites à la liberté des collectivités territoriales en matière d'élaboration de ces documents 354
§ 2 : Une organisation de l'implantation des unités de production échappant largement aux collectivités territoriales 355
A- Une réglementation propre aux unités de production d'énergie reléguant les collectivités territoriales au second plan..... 355
1) L'implantation des éoliennes : des collectivités territoriales quasiment absentes de la procédure..... 355
2) L'implantation des centrales hydrauliques..... 359
3) L'implantation d'usine de transformation des déchets 360
4) Le rôle des collectivités territoriales s'agissant de l'implantation de panneaux solaires 364
B- La compétence de principe de l'Etat pour délivrer les permis de construire des ouvrages de production d'énergie..... 365
Section 2 : La fiscalité énergétique locale au service de la protection des ressources .....**Erreur ! Signet non défini.**74
§1 : La nécessaire adaptation des taxes existantes à des fins de protection des ressources énergétiques 369
A- La taxe locale sur la fourniture d'électricité..... 369
B- Taxe foncière sur les propriétés bâties 372
§2 : La double limite à la mise en œuvre de la politique de protection des ressources énergétiques par les collectivités territoriales au moyen de la fiscalité 376

A- L'incompétence des collectivités territoriales pour créer de nouveaux impôts 376
B- Les effets encore limités de la fiscalité sur la politique de protection des ressources 378
Section 3 : L'aide aux particuliers..... **Erreur ! Signet non défini.**6
§1 : Une intervention des collectivités territoriales en matière de conseil et d'information..... 381
A- La réalité d'une information et d'un conseil locaux 381
1) Une proximité justifiant une telle compétence..... 381
2) Des points d'information et de conseil diversifiés..... 382
a- Les agences locales de maîtrise de l'énergie 382
b- Les agences territoriales de l'énergie et de l'environnement..... 383
c- Les espaces « info énergie »..... 383
B- Des conseils n'émanant pas directement des collectivités territoriales.. 384
§2 : L'allocation de subventions. 385
Chapitre 2 : Des outils d'intervention directs ..... **Erreur ! Signet non défini.**92
Section 1 : La production d'énergies renouvelables par les collectivités territoriales ..... **Erreur ! Signet non défini.**92
§ 1 : Le soutien d'une activité ancienne 387
A- Un rôle traditionnel des collectivités territoriales : la production d'énergie …….387
1) Une exclusion « accidentelle » des petites installations locales de production de la nationalisation 388
2) Une exclusion confortée par la suite 389
B- Une activité renouvelée : la production d'énergie d'origine renouvelable par les collectivités territoriales..... 391
1) L'admission d'une production d'énergie par les collectivités territoriales ……..392
2) Les modalités d'intervention des collectivités territoriales en matière de production d'énergie 396
a- La production par les collectivités territoriales elles-mêmes : 396
b- La production d'énergie par les autorités concédantes 398
c- La production par les distributeurs non nationalisés 399

d- Une diversité justifiée 399
§2 : La production d'énergies renouvelables par les collectivités territoriales : une activité encadrée 401
A- Une mise en œuvre de l'activité encadrée 402
1) La production d'un certain type d'énergie 402
2) Une subordination de la production à l'autorisation 404
B- Une production encadrée quant à ses débouchés 408
1) L'autoconsommation 408
2) La vente 409
a. La vente à EDF et aux distributeurs 409
b. La vente aux consommateurs finals 414
Section 2 : Le développement de la maîtrise de leur propre consommation par les collectivités territoriales 417
§1 : Un champ d'action potentiellement important 417
A- Les domaines susceptibles d'êtres affectés par la maîtrise de la demande 417
1) La maîtrise de la demande dans les bâtiments publics 418
2) L'éclairage public 419
B- Une intervention variable des communes 420
1) Le rôle prépondérant de la commune 420
2) La région, le département et la maîtrise de la demande d'énergie 420
§2 : Les outils au service de la maîtrise de leur consommation par les collectivités territoriales 421
A- L'existence de mesures incitatives : Les certificats d'économies d'énergie 422
B- L'utilisation de leur qualité d'acheteuse 427
1) Les collectivités territoriales : des clients éligibles 427
2) De la bonne utilisation du code des marchés publics 430
Conclusion générale 437
Index alphabétique 440
Bibliographie 443

Emilie HERSANT

Les collectivités territoriales et le secteur énergétique

Résumé :

Les collectivités territoriales s'affichent comme des acteurs majeurs du secteur énergétique. Cependant, leur relation est empreinte d'une certaine ambiguïté du fait du caractère éminemment stratégique du second. S'il apparaît qu'au début du XXe siècle les collectivités territoriales assumaient, à travers la distribution d'énergie, un véritable service public local, la réalité d'un tel caractère est aujourd'hui contestable. La nationalisation de 1946 a en effet eu pour conséquence de remettre profondément en cause l'exercice de cette compétence, lui faisant perdre son caractère effectivement local. Malgré la récente libéralisation du marché de l'énergie, les collectivités territoriales ne se sont pas réapproprié ce rôle. Elles semblent toutefois trouver progressivement une nouvelle légitimité dans ce domaine à la faveur des préoccupations occupant des places de plus en plus importantes que sont la sécurité d'approvisionnement et la protection de l'environnement. Ce travail se propose d'étudier les interactions entre les collectivités territoriales et l'énergie à travers la problématique de la décentralisation. Le secteur énergétique, aussi stratégique soit-il n'empêche pas la mise en place d'une certaine forme de décentralisation. Les collectivités territoriales ont un rôle important à y jouer même s'il ne saurait concerner ce secteur dans sa globalité. Elles sont ainsi passées de la prise en charge d'une activité industrielle et commerciale à une implication grandissante dans le domaine de l'énergie à travers le prisme environnemental.

Mots clés : collectivités territoriales, secteur énergétique, service public local, distribution d'énergie, production, énergies renouvelables, maîtrise de la demande d'énergie.

Local authorities and the energy sector

Summary :

Local authorities present themselves as key players in the energy sector. However, the relationship between energy and local authorities is quite ambiguous due to the eminently strategic nature of energy. If, at the beginning oh the XXth century, local authorities were in charge of a real local public service through energy supply, the reality of such a trait is today disputable. The 1946 nationalization led to question the real local nature of energy supply. In spite of recent energy market liberalization, local authorities could not recapture their traditional function. However, they gradually seem to find a new energy legitimacy by owing to more and more important concerns : environmental protection and energy supply safety. This study intends to analyze interactions between local authorities and energy through a decentralization problematic. Energy sector, as strategic as it is, does not prevent from introducing a certain form of decentralization. Local authorities have a key role to play, even if it does not concern the global energy sector. Thus, from an industrial and commercial taking on, local authorities are becoming more and more involved in energy sector through the environmental prism.

Keywords : Local authorities, energy, local public service, energy supply, production, renewable enrgy, energy demand management.

Laboratoire Collectivités Territoriales

Rue de Blois
BP 26739
45067 ORLEANS Cedex 2